

**T.C**  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
**SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**  
**ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**  
**MEDENÎ HUKUK BİLİM DALI**

**KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ**

**Akın ÜNAL**

**DOKTORA TEZİ**

**Danışman**  
**Prof. Dr. Murat DOĞAN**

**Konya-2011**



T.C.  
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



**BİLİMSEL ETİK SAYFASI**

Adı Soyadı	AKIN ÜNAL
Numarası	054133001003
Ana Bilim / Bilim Dalı	ÖZEL HUKUK ANA BİLİM / MEDENİ HUKUK BİLİM DALI
Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input checked="" type="checkbox"/>
Tezin Adı	KELEPGELEME SÖZLEŞMELETZİ

Bu tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel etiğe ve akademik kurallara özenle riayet edildiğini, tez içindeki bütün bilgilerin etik davranış ve akademik kurallar çerçevesinde elde edilerek sunulduğunu, ayrıca tez yazım kurallarına uygun olarak hazırlanan bu çalışmada başkalarının eserlerinden yararlanılması durumunda bilimsel kurallara uygun olarak atıf yapıldığını bildiririm.

Öğrencinin imzası  
(İmza)



T.C.  
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



**DOKTORA TEZİ KABUL FORMU**

Adı Soyadı	AKIN ÜNAL
Numarası	054133001003
Ana Bilim / Bilim Dalı	ÖZEL HUKUK BİLİM DALI / MEDENÎ HUKUK BİLİM DALI
Programı	Tezli Yüksek Lisans <input type="checkbox"/> Doktora <input checked="" type="checkbox"/>
Tez Danışmanı	PROF. DR.. MURAT DOĞAN
Tezin Adı	KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ

Yukarıda adı geçen öğrenci tarafından hazırlanan Kelepçeleme Sözleşmeleri başlıklı bu çalışma 08.08.2011 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda oybirliği ile başarılı bulunarak, jürimiz tarafından doktora tezi olarak kabul edilmiştir.

Ünvanı, Adı Soyadı	Danışman ve Üyeler	İmza
Prof. Dr. Murat DOĞAN	Danışman	
Prof. Dr. Mehmet AYAN	Üye	
Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR	Üye	
Prof. Dr. M. Fatih UŞAN	Üye	
Doç. Dr. Süleyman YALMAN	Üye	

Alaaddin Keykubat Kampüsü Selçuklu/ KONYA  
Tel: 0 332 223 2446 Fax: 0 332 241 05 24  
<http://www.sosyalbil.selcuk.edu.tr/>



T.C.  
**SELÇUK ÜNİVERSİTESİ**  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	AKIN ÜNAL	Numarası	054133001003
	Ana Bilim / Bilim Dalı	ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI MEDENİ HUKUK BİLİM DALI		
	Danışmanı	PROF. DR. MURAT DOĞAN		
Tezin Adı		KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ		

**ÖZET**

Kişiler sosyal düzene gerçek anlamda katılabildiği ölçüde maddî ve manevî gelişimini sağlayıp huzurlu ve mutlu olabilir. Bu ise onun kişilik haklarına saygı gösterilmesi ve bu hakların korunması ile mümkündür. Korunup kollanması gereken kişilik haklarının vazgeçilmez parçalarından biri de kişinin ekonomik faaliyet özgürlüğüdür. Söz konusu özgürlüğün gerçekleşebilmesinin yegâne yolu, kişinin sözleşmeler yoluyla sosyal düzene katılabilesidir. Ancak bazı durumlarda kişinin ekonomik özgürlüğü, yapmış olduğu bu sözleşmeler sebebiyle aşırı derecede sınırlanabilmektedir. Yani taraflardan birinin sözleşmeye koydurduğu hükümler sebebiyle, genellikle daha zayıf olan diğer tarafın ekonomik özgürlüğü elinden gitmekte ve güçlü olan tarafa bağımlı hale gelmektedir. Bu şekilde ekonomik özgürlüğü sınırlanan kimsenin korunması özel kanun hükümleri, gabin, genel işlem şartları ve genel ahlâka aykırılık yoluyla sağlanmaktadır.

Bu çalışmada kelepçeleme sözleşmeleri başlığı altında kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan ve kişiyi sözleşmenin diğer tarafına bağımlı hale getiren sözleşmelerin, BK.m19-20 (TBK.m.26-27) ile, MK.m.23/II çerçevesinde genel ahlâka aykırılık boyutu incelenmiştir. Bu bağlamda sözleşmede kelepçeleme niteliği taşıyan hükümlerin veya sözleşmenin tamamının genel ahlâka aykırı sayılabilesinin kriterleri tespit edilmiş, kelepçeleme halinin sıklıkla görüldüğü sözleşme tipleri ele alınmış, bunlara uygulanacak yaptırımlar ve buna bağlı olarak ortaya çıkan talepler değerlendirilerek çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kelepçeleme sözleşmeleri, ekonomik özgürlük, aşırı derecede sınırlama, genel ahlâka aykırılık, butlan.



T.C.  
SELÇUK ÜNİVERSİTESİ  
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



Öğrencinin	Adı Soyadı	AKIN ÜNAL	Numarası	054133001003
	Ana Bilim / Bilim Dalı	ÖZEL HUKUK ANA BİLİM DALI MEDENİ HUKUK BİLİM DALI		
	Danışmanı	PROF. DR. MURAT DOĞAN		
Tezin İngilizce Adı		OPPRESSIVE CONTRACST		

**SUMMARY**

People's level of real degree of involvement into the social order, provide their material and spiritual development and that can make them happy and peaceful. This is possible with respecting and protecting their human rights. One of the essential parts of these human rights that must be protected is the freedom of economic activity. The only way to provide freedom in question is involvement of the person into the social order by means of contracts. However, the economic freedom of the person, in some cases, can be extremely limited because of the contracts he made. That happens because of one of the parties' contract provisions included which is usually causes weaker party to lose his economic freedom and made him/her dependent on the stronger side. Special laws, such as fraud, breach of terms and conditions and general morality, are protecting anyone whose economic freedom is limited in these forms.

In this study, under the title of oppressive contracts, contracts that are excessively limiting the economic freedom of a person and making person dependent on the other side of the contract, BK.m.19-20 (TBK.m.26-27) and, contrary to the general morality in the framework of MK.m.23/II, were investigated. In this context, oppressive conditions of the contract and the whole contract's criteria for the breach of morality have been identified, contract types often seen with the state of oppressiveness have been addressed, and the sanctions to be applied and resulting demands are evaluated and suggestions for solutions made.

Key words: oppressive contracts, economic freedom, extreme limitation, breach of public morality, nullity.

<b>İÇİNDEKİLER.....</b>	<b>VI</b>
<b>KISALTMALAR .....</b>	<b>IX</b>
<b>YARARLANILAN ESERLER .....</b>	<b>XII</b>
<b>GİRİŞ.....</b>	<b>1</b>
<b>§ 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve SINIRLANDIRILMASI.....</b>	<b>1</b>
<i>I. Konunun Takdimi ve Önemi.....</i>	<i>1</i>
<i>II. Konunun Sınırlandırılması .....</i>	<i>2</i>
<b>§ 2. TERMİNOLOJİ MESELESİ.....</b>	<b>3</b>
<b>§ 3. KONUNUN MUKAYESELİ HUKUK İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ.....</b>	<b>8</b>
<i>I. Mukayeseli Hukuk.....</i>	<i>8</i>
A. Alman Hukuku .....	9
B. İsviçre Hukuku.....	11
C. Avusturya Hukuku .....	13
<i>II. Türk Hukuku .....</i>	<i>15</i>
<b>BİRİNCİ BÖLÜM.....</b>	<b>17</b>
<b>KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR .....</b>	<b>17</b>
<b>§ 4. GENEL OLARAK SÖZLEŞME VE ÖZGÜRLÜK KAVRAMLARI .....</b>	<b>17</b>
<i>I. Genel Olarak.....</i>	<i>17</i>
<i>II. Sözleşme Kavramı.....</i>	<i>17</i>
<i>III. Özgürlük Kavramı .....</i>	<i>18</i>
<b>§ 5. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI KAVRAMI .....</b>	<b>20</b>
<i>I. Genel Olarak.....</i>	<i>20</i>
<i>II. İrade Özerkliği.....</i>	<i>20</i>
<i>III. Sözleşme Özgürlüğü .....</i>	<i>24</i>
<i>IV. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları .....</i>	<i>28</i>
A. Sözleşme Yapma Özgürlüğü (İnikat Serbestisi) ve Sınırları .....	29
B. Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğü (Düzenleme Serbestisi) ve Sınırları .....	33
1. Genel Olarak .....	33
2. Anayasadaki 2001 Yılı Değişiklikleri Sonrası Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları Sorunu .....	34
3. Borçlar Kanununa Göre Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğünün Sınırları .....	38
a. Emredici Hükümlere Aykırılık .....	41
b. Kamu Düzenine Aykırılık .....	43
c. Kişilik Haklarına Aykırılık.....	45
d. İmkânsızlık.....	50
e. Ahlâka (Adaba) Aykırılık.....	51
<b>§ 6. AHLÂK, GENEL AHLÂK VE GENEL AHLÂKA AYKIRILIK.....</b>	<b>52</b>
<i>I. Genel Olarak.....</i>	<i>52</i>
<i>II. Ahlâk Kavramı.....</i>	<i>53</i>
<i>III. Genel Ahlâk ve Genel Ahlâka Aykırılık .....</i>	<i>56</i>
A. Genel Olarak.....	56
B. Genel Ahlâk Kavramı .....	57

C. Genel Ahlâka Aykırılık.....	59
1. Konusu ve Gayesi İtibariyle Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmeler .....	60
2. Kişinin Serbest İradesine Bırakılması Gereken Bazı Hareket Tarzlarına Riayet Etme Taahhüdü İçeren Sözleşmeler.....	61
3. Kişinin Şahsî ve Ekonomik Özgürlüğünü Kabul Edilemeyecek Derecede Sınırlayan Sözleşmeler ...	61
D. Genel Ahlâka Aykırılığın Sonuçları .....	63
<b>İKİNCİ BÖLÜM .....</b>	<b>65</b>
<b>KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ VE KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN GÖRÜLDÜĞÜ ALANLAR.....</b>	<b>65</b>
<b>§ 7. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI ve KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ DAYANAĞI ve KRİTERLERİ.....</b>	<b>65</b>
I. Kelepçeleme Sözleşmeleri Kavramı .....	65
A. Alman Hukuku .....	65
B. İsviçre Hukuku.....	69
C. Avusturya Hukuku .....	70
D. Türk Hukuku.....	71
E. Görüşümüz .....	73
II. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Hukukî Dayanağı.....	74
III. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Kriterleri .....	77
A. Kelepçeleme Sözleşmeleri Nitelemesi İçin Aranılan Kriterlere İlişkin Görüşler .....	78
B. Kelepçeleme Sözleşmeleri Nitelemesi İçin Aranması Gereken Kriterler .....	81
1. Ekonomik Özgürlüğün veya Varlığın Tehlikeye Girmesi .....	82
a. Ekonomik Özgürlük .....	83
b. Ekonomik Olarak Bağımlı Hale Gelmek .....	86
c. Değerlendirme ve Görüşümüz.....	87
2. Süre.....	89
3. Diğer Kriterler .....	93
a. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Oluşmasında Dikkate Alınabilecek Diğer Kriterler .....	93
b. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Oluşmasına Etki Etmeyen Kriterler .....	97
<b>§ 8. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN GÖRÜLDÜĞÜ ALANLAR .....</b>	<b>97</b>
I. Birçok Sözleşmede Ortak Biçimde Kelepçeleme Sözleşmelerine Sebep Olan Haller .....	98
A. Rekabet Yasağı Şartı veya Rekabet Yasağı Sözleşmeleri.....	98
1. Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı .....	101
2. İşletme Devir Sözleşmelerinde (Unternehmensverkaufsverträge) Rekabet Yasağı.....	105
3. Ortaklık (Şirket) Sözleşmelerinde (Gesellschaftsverträge) Rekabet Yasağı.....	108
4. Kira Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı .....	110
B. Cezaî Şart.....	111
II. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Görüldüğü Sözleşmeler .....	114
A. Kira Sözleşmeleri.....	115
B. Kredi (Kredi Açma) Sözleşmeleri.....	117
C. Ödünç Sözleşmeleri .....	120
D. Kefalet Sözleşmeleri .....	123
E. Temlik (Vaadi) Sözleşmeleri .....	127
F. Hizmet Sözleşmeleri.....	129
G. Ortaklık Sözleşmeleri .....	130
H. Bayiilik Sözleşmeleri.....	131
İ. Tek Satıcılık Sözleşmeleri.....	133
J. Diğer Alanlar .....	135

<b>ÜÇÜNCÜ BÖLÜM .....</b>	<b>137</b>
<b>KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI .....</b>	<b>137</b>
<b>§ 9. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKÎ SONUCU .....</b>	<b>137</b>
<i>I. Butlanın İleri Sürülmesi veya Butlanın Dikkate Alınması.....</i>	<i>137</i>
A. Butlan Görüşü .....	138
B. İptal Edilebilirlik Görüşü .....	140
<i>II. Kelepçeleme Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukî Yaptırım .....</i>	<i>142</i>
A. Genel Olarak.....	142
B. Amaca Uygun Çözüm Yolu: Değiştirilmiş Kısmî Butlan (modifizierte Teilnichtigkeit) .....	144
C. Basit Kısmî Butlan (schlichte Teilnichtigkeit).....	150
D. Tam Butlan (Totalnichtigkeit) .....	151
<i>III. Kelepçeleme Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukî Yaptırım İçin Esas Alınacak An .....</i>	<i>152</i>
<b>§ 10. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN ORTADAN KALKMASINDAN DOĞAN TALEPLER</b>	<b>154</b>
<i>I. Edimlerin İfasının Talep Edilememesi .....</i>	<i>155</i>
<i>II. İfa Edilmiş Edimlerin İadesi Talebi.....</i>	<i>156</i>
<i>III. Tazminat Talepleri .....</i>	<i>158</i>
<b>SONUÇ.....</b>	<b>160</b>



## KISALTMALAR

ABD.	:	Ankara Barosu Dergisi
ABGB.	:	Österreich Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Avusturya Medenî Kanunu)
Abs.	:	Absatz
AcP.	:	Archiv für die civilistische Praxis
AngG.	:	Angestelltengesetz
Art.	:	Artikel
AT.	:	Allgemeiner Teil
Auf.	:	Auflage
AÜHFD.	:	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AYM.	:	Anayasa Mahkemesi
BAG.	:	Bundesarbeitsgericht
BATİDER.	:	Bankacılık ve Ticaret Hukuk Dergisi
BB.	:	Betriebsberater
BGB.	:	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGH.	:	Deutscher Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkeme)
BGHZ.	:	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM.	:	Basler Juristische Mitteilungen
BK.	:	Borçlar Kanunu
BSK.	:	Basel Kommentar
BverfG	:	Bundesverfassungsgericht
BverfGE	:	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes
C.	:	Cilt
C.i.c.	:	Corpus iuris civilis
DEÜHFD.	:	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DM.	:	Alman Markı
dn.	:	dipnot
E.	:	Esas
f.	:	fıkra
GRUR.	:	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GÜHFD.	:	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

GWB.	:	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
H.	:	Heft
HGB.	:	Handelsgesetzbuch
HGK.	:	Hukuk Genel Kurulu
Hk.	:	Handkommentar
İBD.	:	İstanbul Barosu Dergisi
İBK.	:	İçtihadı Birleştirme Kararı
İİK.	:	İcra ve İflas Kanunu
İÜHFM.	:	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
JdT.	:	Journal des Tribunaux
Jura.	:	Jura/Juristische Ausbildung
JuS.	:	Juristische Schulung
JZ.	:	Juristenzeitung
K.	:	Karar Kanunu
KBİBB.	:	Kazancı Bilişim İçtihat Bilgi Bankası
Komm.	:	Kommentar
MDR.	:	Monatsschrift für Deutsches Recht
MHAD.	:	Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi
NJW.	:	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	:	Numara
NZG.	:	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OGer.	:	Obergericht (İsviçre)
OGH.	:	Oberster Gerichtshof für die Britische Besatzungszone, auch Sammlung
OLG.	:	Oberlandesgericht, auch Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte
OR.	:	Obligationenrecht
RabelsZ.	:	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RD.	:	Rekabet Dergisi
RG.	:	Resmî Gazete
RGZ.	:	Entscheidungen des Reichgerichts in Zivilsachen
RKHK.	:	4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun
s.	:	sayfa
S.	:	Sayı
SÜHFD.	:	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBBB.	:	Türkiye Barolar Birliği Dergisi

TBK.	:	Türk Borçlar Kanunu
TDK.	:	Türk Dil Kurumu
TK	:	Ticaret Kanunu
TMK.	:	Türk Medenî Kanun
u. a.	:	und andere(s)
vb.	:	ve benzeri
vd.	:	ve devamı
vs.	:	ve saire
WM.	:	Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht, Wertpapiermitteilungen
WRP.	:	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW/E.	:	Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen, Zeitschrift für Deutsches und Europäisches Wettbewerbsrecht
Y.	:	Yıl
YKD.	:	Yargıtay Kararlar Dergisi
ZBJV.	:	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZGB.	:	Schweizerisches Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)
ZHR.	:	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP.	:	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZMR.	:	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht

## YARARLANILAN ESERLER\*

- Akıncı, Müslüm** : Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, RD., S. 5, s. 2 vd., s. 2-16, (Kısaltılmışı: Akıncı, M.).
- Akıncı, Şahin** : Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006, (Kısaltılmışı: Akıncı, Ş).
- Akipek Jale / Akıntürk, Turgut** : Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 5. Bası, İstanbul 2004.
- Aktan, Coşkun Can** : Devlet Müdahalesi ve Ekonomik Özgürlükler, [http://www.canaktan.org/canaktan\\_personal/canaktan-arastirmalari/devlet-reformu/aktan-devlet-mudahalesi-ekonomik-ozgurluk.pdf](http://www.canaktan.org/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/devlet-reformu/aktan-devlet-mudahalesi-ekonomik-ozgurluk.pdf).
- Akyiğit, Ercan** : İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, Ocak 1991, s. 4-21.
- Akyol, Şener** : Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen'e Armağan, İstanbul 2001, (Kısaltılmışı: Akyol, Banka Sözleşmeleri).
- Akyol, Şener** : Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. bası, İstanbul 2006, (Kısaltılmışı: Akyol, Dürüstlük Kuralı).
- Aliefendioğlu, Yılmaz** : 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 141-176.
- Altaş, Hüseyin** : Kira Parası Artışlarının Sınırlanması, AÜHF, C. 49, S. 1-4, Y. 2000, s. 97-116, (Kısaltılmışı: Altaş, Kira Parası).
- Altaş, Hüseyin** : Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, (Kısaltılmışı: Altaş, Şekle Aykırılık).
- Altunkaya, Mehmet** : Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005.
- Aral, Fahrettin** : Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007 (Kısaltılmışı: Aral, F., Borçlar).
- Aral, Fahrettin** : Topyekün Temlik, AÜHF, Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 93-

---

\* Dipnotlarda geçen eserler, yazarlarının soyadları ile anılmıştır. Aynı yazarın birden fazla eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılmış şekilleriyle parantez içinde gösterilmiştir.

- 140, (Kısaltılmışı: Aral, F., Temlik).
- Aral, Vecdi** : Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 6. Baskı, İstanbul 1992, (Kısaltılmışı: Aral, V.).
- Arsebük, Esat** : Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumî Esasları, C. I, Kaynaklar, Ankara 1937.
- Arslan, Aziz Serkan** : Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi Ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri, GÜHFD, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 3-37.
- Arslan, Zühtü** : Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 216-231.
- Aslan, Mine Çiğdem** : Gabinin Unsurları ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2006.
- Atamer, Yeşim M.** : Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001.
- Ateş, Derya** : Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, (Ateş, Ahlâka Aykırılık).
- Ateş, Derya** : İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükümü ve Karar Özgürlüğü, ABD, Y. 65, S. 2, Bahar 2007, s. 135-148, (Kısaltılmışı: Ateş, Karar Özgürlüğü).
- Ateş, Derya** : Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBBD, S. 72, Y. 2007, s. 75-93, (Kısaltılmışı: Ateş, Sözleşme Özgürlüğü).
- Ayan, Mehmet/**
- Ayan, Nurşen** : Kişiler Hukuku, Konya 2007.
- Ayan, Mehmet** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Konya 2010.
- Ayiter, Nûşin** : Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer'i Rekabet Memnuiyeti Mukavelesi, Ahmet Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 463-469.
- Ayrancı, Hasan** : Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 229-252, (Kısaltılmışı: Ayrancı, Sözleşme).
- Ayrancı, Hasan** : Ön Sözleşme, Ankara 2006, (Kısaltılmışı: Ayrancı Ön Sözleşme).
- Barkhausen, Walter** : Das Verhältnis der Nichtigkeit wegen Knebelung zur Gläubigergefährdung bei der Sicherungsübertragung, NJW

- 1953, H. 39, s. 1412-1415.
- Başpınar, Veysel** : Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, (Kısaltılmışı: Başpınar, Butlan).
- Başpınar, Veysel** : Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD., Y. 1999, S. 1, s. 17-34, (Kısaltılmışı: Başpınar, Kelepçeleme).
- Başpınar, Veysel** : Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler, Ankara 2009, (Kısaltılmışı: Başpınar, Mülkiyet).
- Bauer-Mengelberg, R.** : Knebelungsverträge, Mit einem Exkurs über endlose Verträge, (Bd 19/20 Rechtsfragen der Praxis), 2. Auf., Halle/Saale, Leipzig, Berlin, 1931.
- Berger, Bernhard** : Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008.
- Böhme, Hermann** : Knebelungsverträge nach der Praxis des Reichsgerichts, Würzburg 1931.
- Breithaupt, Walter** : Die guten Sitten, JZ 1964, Nr. 9, s. 283-285.
- Brox, Hans /**
- Walker, Wolf-Dietrich** : Allgemeiner Teil des BGB, 31. Auf., Köln u.a. 2007.
- Bucher, Eugen** : “Für mehr Aktionen” adlı makalesinde geliştirmiştir (s. 24 vd.). Makalenin tamamı için bkz. [http://www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/39.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/39.pdf), (Kısaltılmışı: Bucher, Aktionen).
- Bucher, Eugen** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auf., Zürich 1988, (Kısaltılmışı: Bucher, OR AT)
- Buchner, Herbert** : Wettbewerbsverbot, Stuttgart 1981.
- Buz, Vedat** :Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, XIX (1998), S. 4. s. 53-82.
- Bürge, Alfons** : Rechtsdogmatik und Wirtschaft, Berlin 1987.
- Bydlinski, Franz** : Privatautonomie und objektive des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien 1967, (Kısaltılmışı: Bydlinski, Privatautonomie).
- Bydlinski, Franz** : Über das Verständnis der “guten Sitten” im österreichischen Recht, in Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, s. 827-836, (Kısaltılmışı:

- Bydlinski, Sitten).
- Bydlinski, Franz** : Zulässigkeit und Schranken "ewiger" und extrem langdauernder Vertragsbindung, Wien 1991, (Kısaltılmışı: Bydlinski, Vertragsbindung).
- Can, Osman** : Anayasa Değişiklikleri ve Düşünceyi Açıklama Özgürlüğü, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 503-532.
- Coing, H** : Allgemeine Rechtsgrundsätze in Rechtsprechung des Reichsgerichts zum Begriff der "guten Sitten", (§ 138, §826 BGB), NJW 1947-1948, H. 6, s. 213-217.
- Dayınlarlı, Kemal** : Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 1993.
- Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan** : Türk Özel Hukuku C. II, Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009.
- Dural, Mustafa** : Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul 1976.
- Dwelshauvers, Georges**  
Çev.:Mustafa Şekip Tunç : Psikoloji, (), İstanbul 1938.
- Edis, Seyfullah** : Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. Bası Ankara 1989.
- Ekinci, Hüseyin** : Doktrin ve Uygulamada Cezai Şart, Ankara 2004.
- Elbir, Halid Kemal** : Gabnin Unsurları, İBD, S. 25, Y. 1951, s. 1-23.
- Emmerich, Volker** : Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger, Jus 2000, H. 5, s. 494-495.
- Eren, Fikret** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- Ergüne, Mehmet Serkan** : Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları, İÜHFİM, C. LXII, S. 1-2, s. 351-380.
- Erkan Mustafa / Demircioğlu, Mutafa Yaşar** : Ülke Derecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerine Etkisi, İÜHFİM, Y. 2010, S.1, C. 1, s. 107-130.
- Erman, Hasan** : Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFİM, Cilt XXXVIII, Sayı 1-4, s. 601-620.
- Esener, Turhan** : Borçlar Hukuku, Cilt I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969.
- Falkner, Tobias** : Sittenwidrige Knebelung des Gewerberaummieters wegen

- fehler Gewinncance bei nicht wuchrischem Mietzins,  
Bayreuth 2004.
- Fendoğlu, H. Tahsin** : 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve  
Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13, Anayasa Yargısı, C.  
19, s. 178-214.
- Flume, Werner** : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das  
Rechtsgeschäft, 4. Auf., Berlin u.a. 1992, (Kısaltılmışı:  
Flume, Rechtsgeschäft).
- Flume, Werner** : Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Festschrift zum  
Hundertjährigen bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-  
1960, Karlsruhe 1960, s. 135-238, (Kısaltılmışı: Flume,  
Privatautonomie).
- Frowein Abraham** : Knebelungsverträge bei juristischen Personen, Bonn 1927.
- Gauch, Peter /**  
**Schluep Walter R. /**
- Schmid, Jörg** : Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I  
(bearbeitet von Jörg Schmid), 9. Auf., Zürich 2008.
- Giacometti, Zaccari** : Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen  
Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, Festgabe zur  
Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, s. 175-  
190.
- Giger, Hans** : Rechtsfolgen norm- und sittinwidriger Verträge, Zürich 1989,  
(Kısaltılmışı: Giger, Rechtsfolgen).
- Giritli, İsmet** : 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere  
Yansımı, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 88-103.
- Göksoy, Yaşar Can** : Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı,  
DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 633-681.
- Götz, Detlef** : Der Anschluß-Bierlieferungsvertrag, BB 1990, s. 1217-1220.
- Gözler, Kemal** : 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal  
Örneği, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 326-354, (Kısaltılmışı:  
Gözler, Anayasa Değişikliği).
- Gözler, Kemal** : Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin  
Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri:  
Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir



- İnceleme, ABD, Y. 59, S. 2001/4, s. 53-67,  
(Kısaltılmışı: Gözler, 13. Maddenin Yeni Şekli).
- Großfeld, Bernhard /**  
**Gersch, Hans-Georg** : Zeitliche Grenzen von privaten Schuldverträgen, JZ 1988, s. 937-946.
- Guhl, T. / Koller, A. /**  
**Schnyder, A. / Druey, N.** : Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auf., Zürich 2000.
- Günay, Cevdet İlhan** : Cezaî Şart, Ankara 2002.
- Güriz, Adnan** : Hukuk Felsefesi, 7. Baskı, Ankara 2007.
- Gürzumar, Osman Berat** : Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006.
- Hâtemî, Hüseyin** : Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle B.K. 65 Kuralı, İstanbul 1976.
- Hâtemî, Hüseyin** : Kanunsuz Kamu Düzeni, Yeni Şafak Gazetesi, 09.03.2008, (Kısaltılmışı: Kamu Düzeni).
- Hâtemî, H/**  
**Serozan, R./ Arpacı, A.** : Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992. (Kısaltılmışı: İlgili Yazar, (Hâtemî/Serozan/Arpacı).
- Hausheer, Heinz /**  
**Aebi-Müller, Regina** : Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005.
- Heinze, Gero** : Wettbewerbsverbote in Unternehmensveräußerungsverträgen, NJW 1973, H. 12, s. 492-493.
- Helm, Hort** : Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten beim Unternehmenskauf, in Festgabe für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1972, s. 299-317.
- Helvacı, Serap** : Gerçek Kişiler, İstanbul 2006.
- Hiddemann, Hans-Joachim** : Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bierlieferungsvertrag, WM 1975, s. 942-947.
- Hirş, Ernest** : Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2001.
- Hirte, Heribert** : Zivil- und kartellrechtliche Schranken für Wettbewerbsverbote im Zusammenhang mit Unternehmensveräußerungen, ZHR

- 154 (1990), s. 443-469.
- Honsell, Heinrich** : Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, H. 9, s. 565-566, (Kısaltılmışı: Honsell, Bürgschaft)
- Honsell, Heinrich** : Die Abwicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern 1989, s. 287-296, (Kısaltılmışı: Honsell, Darlehensverträge).
- Honsell, Heinrich** : Die Mithaftung mittelbarer Angehöriger, JuS 1993, H. 10, s. 817-820 (Kısaltılmışı: Honsell, Mithaftung).
- Horn, Norbert** : Übermäßige Bürgschaften mittelbarer Bürgen: wirksam, unwirksam oder mit eingeschränktem Umfang?, WM 1997, H. 22, s. 1081-1089.
- Hönn, Günther** : Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982, (Kısaltılmışı: Hönn, Vertragsparität).
- Hönn, Günther** : Zur Problematik der Privatautonomie, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek2/text.php?id=147>, (Kısaltılmışı: Hönn, Privatautonomie).
- Hürlimann, Roland** : Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20. Abs. 2 OR, Bern 1984.
- Illedits, Alexander** : Teilnichtigkeit im Privatrecht, Wien 1991.
- İşıktaç, Yasemin** : Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, İstanbul 1992.
- İnal, Tamer** : Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredi Sözleşmeleri, İstanbul 2002.
- İnan, Ali Naim** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1984.
- İşgüzar, Hasan** : Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989.
- Kaboğlu, İbrahim** : 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 105-118.
- Kalkan, Burcu** : Türk Hukukunda Gabin, İstanbul 2004.
- Kapani, Münci** : Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993.
- Kaplan, İbrahim** : Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, C. XVI, Y. 1991, S. 2, s. 48-90.
- Karakaya, İlkin /**
- Buch, Steffen** : Sittenwidrigkeit von Sportmanagementverträgen-

- Exklusivverträge und die Vermarktung der  
Persönlichkeitsrechte, ZRP 2002, H. 5, s. 193-196.
- Karasu, Rauf** : Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme  
İle Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasası, BATİDER, Y.  
2004, C. XXII, S. 4, s. 79-96.
- Kayar, İsmail** :Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi  
Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulaması, Naci  
Kınacıoğlu'na Armağan, GÜHFD, Y. 1997, C. I, S.1
- Kayar, İsmail /**  
**Üzülmez, İlhan** : Hukukun Temel Kavramları, 4. Baskı, Ankara 2007.
- Kılıçoğlu, Ahmet M.** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007.
- Kıllıoğlu, İsmail** : Ahlâk-Hukuk İlişkisi, İstanbul 1988.
- Kocaağa, Köksal** : Türk Özel Hukukunda Cezai Şart, Ankara 2003.
- Koller, Alfred** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3.  
Auf., Bern 2009, (Kısaltılmışı, Koller, A..).
- Korunrumpf, Hans-Jürgen /**
- Wendt, Heinz F.** : Türkçe-Almanca, Almanca-Türkçe Langenscheidt Cep  
Sözlüğü, Berlin 1993.
- Kostakoğlu, Cengiz** : Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, 2.  
Baskı, İstanbul 1996, s. 90-91.
- Koziol, Helmut** : Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite, AcP 188 (1988), s.  
183-229.
- Köhler, Helmut** : BGB Allgemeiner Teil, 31. Auf., München 2007.
- Köprülü, Bülent** : Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin Hukuku, 2. Bası,  
İstanbul 1984.
- Kötz, Hein** : Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetz- und  
Sittenwidrigkeit, RabelsZ., 1994, s. 209-231.
- Kramer, Ernst A.** : Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Basel 2009, (Kramer,  
Obligationenrecht)
- Küçükyağcı, Arzu** : Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün  
Sınırlandırılması, AÜHFD, C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 101-124.
- Künzler, Fritz** : Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB, Zürich 1951.
- Larenz, Karl /**  
**Wolf, Manfred** : Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Auf., München

- 2004.
- Lindacher, Walter F.** : Grundsätzliches zu § 138 BGB, AcP 173 (1973), s. 124-136.
- Looschelders, Dirk** : Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auf., Köln 2009.
- Malzer, Georg** : Das Recht der Energielieferungsverträge, Heidelberg 1976.
- Martinek, Michael** : Franchising, Heidelberg 1987, (Kürzungsform; Martinek, Franchising).
- Martinek, Michael** : Moderne Vertragstypen, Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge Band II, München 1992, (Kürzungsform: Martinek, Vertragstypen, Band II)
- Mayer-Maly, Theo** : Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, Karlsruhe 1971, (Kürzungsform: Mayer-Maly, Bewußtsein).
- Mayer-Maly, Theo** : Was leisten die guten Sitten? AcP 194 (1994), s. 105-176, (Kürzungsform: Mayer-Maly, Sitten).
- Medicus, Dieter** : Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auf., Heidelberg 2006.
- Melullis, Klaus-J** : Zu Zulässigkeit und Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten anläßlich von Vereinbarungen über das Ausscheiden eines Gesellschafters, WRP 1994, H. 1. s. 686-693.
- Michalski, Lutz** : Die Sittenwidrigkeit von Miet-/Pachtzinsen für Gewerberäume, ZMR 1996, Heft 1, s. 1-6.
- Mumcu, Ahmet /**
- Küzeci, Elif** : İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 4. Baskı, Ankara 2007.
- Munz, Robert Jakob** : Art. 66 des Obligationsrecht, Zürich 1958.
- Mülbart, Peter O.** : Das Darlehen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung 1988-1991, Teil 1, JZ 1992, H. 6, s. 289-298.
- Oftinger, K. / Jeanpretre, R.**  
(Übers.: **Kemal Dayımlarlı**) : Borçlar Kanununun Genel Kısmına İlişkin Federal Mahkeme İttihatları 2 Bası, Ankara 1990.
- Oftinger, Karl** : Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auf., Zürich 1973. (Kürzungsform: Oftinger, Bundesgerichtspraxis)
- Oftinger, Karl** : Die Vertragsfreiheit, Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht. Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, s. 315-333, (Kürzungsform: Oftinger, Vertragsfreiheit)

- Oğuzman, M. Kemal /**  
**Barlas, Nami** : Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 12. Bası, İstanbul 2005.
- Oğuzman, M. Kemal /**  
**Öz, Turgut** : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, İstanbul 2006.
- Oğuzman, M. Kemal /**  
**Seliçi, Özer /**  
**Oktay-Özdemir, Saibe** : Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009.
- Oktay, Saibe** : Federal Mahkeme'nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi, İÜHFM, C. LV, Y. 1996, S. 1-2, s. 489-500, (Kısaltılmışı: Oktay, Karar)
- Oktay, Saibe** : Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni, İÜHFM, C. LV, Y. 1997, S. 3, s. 209-234, (Kısaltılmışı: Oktay, Uzun Süreli).
- Öktem, İmran** : Umumî Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması, İzBD., (1937), Y. 3, S.1-9, s. 89-102.
- Öktem, Niyazi /**  
**Türkbağ, Ahmet Ulvi** : Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 3.Baskı, İstanbul 2003.
- Öktem, Niyazi** : Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul 1977.
- Öner, Necati** : İnsan Hürriyeti, Ankara 2005.
- Öz, Turgut** : Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997.
- Özden, Bülent** : Türk Hususî Hukukunda Gabin, İBD, Y. 1991, C. 2, s. 509 – 527.
- Özen, Burak** : Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008.
- Özkan, Ahmet Fatih** : Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, ABD, Y. 2009, S. 4, s. 75-94.
- Özsunay, Ergun** : Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 5. Basım, İstanbul 1982, (Kısaltılmışı: Özsunay, Kişiler).
- Özsunay, Ergun** : Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 86, (Kısaltılmışı, Özsunay, Kartel).
- Pazarlı, Osman** : İslamda Ahlâk, 2. Bası, İstanbul 1980.
- Pfab, Alexander** : Die Sittenwidrigkeit von Arbeitnehmerbürgschaften, Jura 2005, H. 11, s. 737-743.

- Pflüger, Fritz** : Das vertragliche Konkurrenzverbot im Diensvertrag, Art. 356-360 OR, Bern 1949.
- Pütz, Adolf** : Knebelungs-Verträge: unter besonderer Berücksichtigung unsittlicher Kreditsicherungsverträge, 1921 [erschienen] 1923.
- Raiser, Ludwig** : Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, N. 1, s. 1-8, (Kısaltılmışı: Raiser, Vertragsfreiheit).
- Raiser, Ludwig** : Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Festschrift zum Hundertjährigen bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960, Karlsruhe 1960, s. 101-134, (Kısaltılmışı: Raiser, Vertragsfunktion).
- Reisoğlu, Safa** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010.
- Riemer, Michael Hans** : Personenrecht des ZGB, 2. Auf., Bern 2002.
- Römermann, Volker** : Nachvertragliche Wettbewerbsverbote bei Freiberuflern, BB 1998, H. 30, s. 1489-1490.
- Rüthers, Bernd /**
- Stadler, Astrid** : Allgemeiner Teil des BGB, 15. Auf., München 2007.
- Sağlam, Fazıl** : 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, Anayasa Yargısı, C. 19, (s. 288-310), (Kısaltılmışı: Sağlam, F., Çözüm).
- Sağlam, Fazıl** : Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982, (Kısaltılmışı: Sağlam, F., Temel Hak).
- Sağlam, Mehmet** : Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 233-266, (Kısaltılmışı, Sağlam, M.).
- Saymen, Ferit H. /**
- Elbir, Halid K.** : Türk Borçlar Hukukunda Umumi Hükümler, İstanbul 1966.
- Schachtschneider,**
- Albrecht Karl : Das Sittengesetz und die guten Sitten, in Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln 1993, s. 195-225.
- Schapp, Jan** : Die Konkretisierung von Generalklauseln durch den Zivilrichter am Beispiel der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger, Festschrift für Alfred Söllner, München

- 2000, s. 973-996.
- Schellhammer, Kurt** : BGB Allgemeiner Teil und gesamtes Schuldrecht mit Nebengesetzen, 3. Auf., Heidelberg 1999.
- Scheuing, Rudolf** : Der Knebelvertrag, Stuttgart, 1930.
- Schlosser, Wolfgang** : Sittinwidrigkeit der Sicherungsübereignung infolge Schuldnerknebelung und Gläubigergefährdung, Duesseldorf 1959.
- Schmidt, Helmut** : Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin 1973.
- Schnabl, Daniel** : Kehrtwende der Rechtsprechung zu sittenwidrigen Bürgschaftsverträgen?, WM 2006, H. 15, s. 706-714.
- Schwab, Dieter / Löhnig, Martin** : Einführung in das Zivilrecht, 17. Auf., Heidelberg 2007.
- Schweingruber, Edwin** : Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes, Bern 1930.
- Schwenzer, Ingeborg** : Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auf., Bern 2006.
- Seifert, Achim** : Zur Zulässigkeit von Arbeitnehmerbürgschaften, NJW 2004, H. 24, s. 1707-1709.
- Seliçi, Özer** : Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977.
- Serick, Rolf** : Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, B. III, Heidelberg 1970. (Kısaltılmışı: Serick, III)
- Sevig, Vasfi Raşit** : Ahlâkın Umumiyyetle Hukuk ve Hususiyle Mukaveleler Üzerindeki Tesiri, Arsebük Armağanı, Ankara 1958, (s. 513-618).
- Simitis, Konstantis** : Gute Sitten und Ordre Puplic, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB, Marburg 1960.
- Sirmen, Lâle** : Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 441-472.
- Soyer, M. Polat** : Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.
- Spiro, Karl** : Können übermäßige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 1952, H.

- 11, s. 449-470. (Kısaltılmışı: Spiro, Verpflichtungen).
- Stahelin, Adrian** : Zwingende Normen zum Schutz der schwächeren Partei als Regulatoren zwischen Freiheit und Zwang, in Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Zürich 1983.
- Streit, Joachim** : Die Nichtigkeit, Sittinwidrigkeit und Aufhebbarkeit von Bierlieferungsverträgen unter Berücksichtigung des deutschen und europäischen Kartellrechts, Trier 2001/2002.
- Sunder-Plassmann, Reinhard** : Der Verhältnis arbeitsvertraglicher Unwirksamkeitsgründe zu § 138 Abs. 1 BGB, Münster 1964.
- Sungurbey, İsmet / Kaneti, Selim** : Medenî Hukuk Sorunları, 3. Cilt, İstanbul 1976.
- Sungurbey, İsmet** : Türkiye’de Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994.
- Taşar, Mehmet Okan** : Ekonomik Özgürlük Kavramı ve Türkiye’de Ekonomik Özgürlüklerin Gelişimi, SÜHFD., C. 15, S. 1, s. 143-167.
- Tekinay, S.S. / Akman, S. / Burcuoğlu, H. / Altop, A.** : Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Tiryaki, Refik** : Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008.
- Traub, Fritz** : “Geltungserhaltende Reduktion” bei nichtigen vertraglichen Wettbewerbsverboten?, WRP 1994, H. 11, s. 802-806.
- Tuğ, Adnan** : Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya 1994.
- Tunçomağ, Kenan** : Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 1972, (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Borçlar)
- Tunçomağ, Kenan** : Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963, (Kısaltılmışı: Tunçomağ, Cezaî Şart).
- Tuor, P. / Schnyder, B. / Schmid, J. / Rumo-Jungo, A.** : Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auf., Zürich 2006.
- Tutumlu, Mehmet Akif** : Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2008.
- Ulmer, Peter** : Der Vertragshändler, München 1969.
- Ulusoy, Erol** : Genel Kredi Sözleşmeleri Hükümlerinin Geçerlilikleri, [www.turkhukusitesi.com/makale\\_650.htm](http://www.turkhukusitesi.com/makale_650.htm),



- Usinger, Wolfgang** : Abschied von der Marktmiete? - Wider den Einsatz der EOP-Methode zur Bestimmung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung bei der Pacht von Gaststätten und sonstigen Gewerbemieträumen, NZM 1998, H. 17, s. 641 - 646.
- Uşan, M. Fatih** : İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003.
- Üçer, Mehmet** : Roma Hukuku'nda Laesio Enormis ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin, AÜHFD, C. 54, S. 4, Y. 2005, s. 521 - 542
- Ünal, Mehmet** : Ferdi (Özel) Mülkiyetin Tarihî, Dinî ve Beşerî Kökenleri, Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 901-930.
- Veelken, Winfried** : Bindungen des Revisionsgerichts bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften nach § 138 BGB, AcP 185 (1985), s. 46-72.
- Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet** : Türk Medenî Hukuku, C. I, 2. cüz, Şahsın Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1963.
- von Tuhr, Andreas / Peter, Hans** : Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auf., Zürich 1979.
- Wagner, Stephan** : Die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften nach Einführung der Restschuldbefreiung und Kodifizierung der c.i.c., NJW 2005, H. 41, s. 2956-2959.
- Westermann, Harry** : Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen, Karlsruhe 1954.
- Westerwelle, Heinz** : Die sittenwidrigkeit von Sicherungsübereignungen unter besonderer Berücksichtigung der Gläubigergefährdung, 1960.
- Wolf, Ernst** : Vertragsfreiheit – Eine Illusion, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, s. 358-388, (Kısaltılmışı: Wolf, E., Vertragsfreiheit).
- Wolf, Manfred** : Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, (Kısaltılmışı: Wolf, M., Interessenausgleich).
- Yalman, Süleyman** : Türk – İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006.

**Yavuz, Cevdet /**

**Acar, Faruk / Özen, Burak** : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2009.

**Yavuz, Nihat** : Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2010.

**Yetkin, Çetin** : Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 312-324.

**Yılmaz, Süleyman** : Döviz Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılama Sorunu Ve Yargıtay'ın Bakışı, AÜHFD, C. 59, S. 1, Y. 2010, s. 131-172.

**Zevkliler, Aydın /**

**Acabey, M. Beşir /**

**Gökyayla, K. Emre** : Zevkliler Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000.

**Zevkliler, Aydın /**

**Gökyayla, K. Emre** : Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010.

**Zimmermann, Reinhard** : Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, Berlin 1979.

## ŞERHLER

**Bamberger/Roth** : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, §§ 1-610, 2. Auf., München 2007, (Kısaltılmışı: Bamberger/Roth /Yazar Adı, §, Nr.).

**Erman** : Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 12. Auf., Köln 2008, (Kısaltılmışı: Erman/ Yazar Adı, §, Nr.).

**Jauernig** : Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, 12. Auf., München 2007, (Kısaltılmışı: Jauernig/Yazar Adı, §, Nr.).

**Münchener** : Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil (§§ 1 – 240), 5. Auf., München 2006, (Kısaltılmışı: Münchener/Yazar Adı, §, Nr.)

**Nomos**

**Handkommentar BGB** : Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 5. Auf., Baden-Baden 2007, (Kısaltılmışı: Nomos Hk-BGB /Yazar Adı, §, Nr.).

**Palandt** : Bürgerliches Gesetzbuch, 67. Auf., München 2008, (Kısaltılmışı: Palandt/Yazar Adı, §, Nr.)

**Planck** : Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Auf., Berlin 1913.

**Schmidt-Futterer Mietrecht**: Großkommentar des Wohn- und Gewerberaummietrechts, 9.

- Auf., München 2007, (Kısaltılmışı: Mietrecht / Yazar Adı, §, Nr.).
- Soergel** : Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. II, Allgemeiner Teil II, (§§ 104-240), 13. Auf., Stuttgart u. a. 1999, (Kısaltılmışı: Soergel/Yazar Adı, §, Nr.).
- Staudinger** : J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1., Allgemeiner Teil, §§ 134-163, 14. Neubearbeitung, Berlin 2003, (Kısaltılmışı: Staudinger/Yazar Adı, §, Nr.).
- Basler Kommentar** : Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 4. Auf., Basel 2008, (Kısaltılmışı: BSK OR I/Yazar Adı, Art., Nr.).
- Basler Kommentar** : Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, 3. Auf., Basel 2002. (Kısaltılmışı: BSK ZGB I/Yazar Adı, Art., Nr.).
- Bucher, Eugen** : Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Bd. I/2/2, Das Personenrecht, Die natürlichen Personen, Kommentar zu Art. 27 ZGB, 3. Auf., Bern 1993, (Kısaltılmışı: Berner Komm/Bucher, ZGB Art. 27, Nr.).
- Egger, A** : Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Band, Einleitung (Art.1-10) und Personenrecht (Art.11-89), 2. Auf., Zürich 1930, (Kısaltılmışı Zürcher Komm/Egger, Art. Nr.).
- Kramer, Ernst A.** : Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Bd. VI/1/2/1a, Kommentar zu Art. 19-20 OR, (Stand 1990) Bern 1991, (Kısaltılmışı: Berner Komm/Kramer, OR Art. 19-20, Nr.).
- OR Kommentar** : Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auf., Zürich 2009, (Kısaltılmışı: OR Komm./Yazar Adı, Art., Nr.).
- Rummel Kommentar** : Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, §§ 1-1174 ABGB, 3. Auf., 2000 Wien, (Kısaltılmışı: Rummel Komm/Yazar Adı, §, Nr.).
- Schwimann Kommentar** : Praxiskommentar zum ABGB, 2. Auf., Bd. 5, §§ 859-1089 ABGB, Wien 1997. (Kısaltılmışı: Schwimann Komm/ Yazar Adı, §, Nr.).

# GİRİŞ

## § 1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ ve SINIRLANDIRILMASI

### I. Konunun Takdimi ve Önemi

Çalışmamızın konusu, “*Kelepçeleme Sözleşmeleri*”dir. Kelepçeleme sözleşmelerinde kişinin yapmış olduğu sözleşme sebebiyle -özetle- ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması ve ekonomik geleceğinin risk altına girmesi ve diğer tarafa bağımlı hale gelmesi sözkonusudur. Bu sebeple kelepçeleme sözleşmeleri, sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak BK. m. 19-20, (TBK.m.27/I) ve MK. m. 23/II kapsamında ele alınan ve genel ahlâka aykırılık oluşturan bir konudur.

Teknik ve ekonomik hayattaki baş döndürücü gelişmeler sebebiyle ortaya çıkabilecek sorunları çözebilmek için zamanında kanunî düzenleme yapılamadığı gibi, getirilmiş olan düzenlemeler de zaman zaman yetersiz kalabilmektedir. Ayrıca kanun koyucunun her konuya ilişkin çok ayrıntılı düzenlemeler yapması da, hem doğru hem de mümkün değildir. İşte kanunî düzenlemenin olmadığı, yetersiz kaldığı durumlarda dürüstlük kuralı ve genel ahlâka aykırılık gibi çerçeve ilkeler önemli fonksiyona sahip olmaktadır. Zaten birçok kanunî düzenlemede de kanun koyucunun kendisi doğrudan çerçeve ilkelere gönderme yapmaktadır.

Yukarıda bahsedilen sebeplerle, modern doktrin ve uygulamalar, genel ahlâka aykırılığın boyutlarını da genişletme eğiliminde olup, genel ahlâka aykırılığı sorunlara çözüm yolu olarak görmektedir. Gerçekten de, doktrinde ve mahkeme içtihatlarında genel ahlâka aykırı kabul edilen yeni sözleşme grupları oluşturulmuştur. İşte bunlardan biri de, sözleşme taraflarından birine düşen edim yükümünün çerçevesi, miktarı ve süresi gibi hususların, onun ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlaması sebebiyle, sözleşmenin genel ahlâka aykırı sayılmasıdır.

Son dönemlerde kişinin ekonomik özgürlüğünü sınırlayan sözleşmelerde ciddi artış vardır. Özellikle de ekonomik olarak zayıf durumda olan sözleşme tarafı kendisinden daha güçlü ve muhtaç olduğu diğer tarafın isteklerini genelde kabul ederek daha da zor duruma düşmektedir. Elbetteki her sözleşme, ekonomik özgürlükler dâhil olmak üzere kişinin pek çok özgürlüğünü az veya çok kısıtlar. Ancak burada incelenmeye çalışılan husus, kişinin ekonomik özgürlüğünün kabul edilemez biçimde sınırlandığı ve sözleşmenin diğer tarafına

bağımlı hale geldiği durumlara ilişkindir. Hemen belirtmekte yarar vardır ki, kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanmasının varlığını kabul için taraflardan birinin zayıf diğerinin güçlü olduğu bir durumda iken sözleşmenin yapılmış olması şart değildir.

Yukarıda bahsettiğimiz gelişmeler kelepçeleme sözleşmelerini çalışma konusu olarak tercih etmemize sebep olmaktadır. Bununla birlikte bu konuda belirtilmesi gereken en önemli husus ise Türk hukukunda yeterince ilgi görmemiş olmasıdır. Gerçekten konu özellikle Alman hukukunda 1920'lerden itibaren akademik çalışmalar bakımından yoğun ilgi çekmiş ve farklı yönleri ile bağımsız pek çok çalışma kapsamında incelenmiştir. İsviçre'de ise doğrudan bir çalışmanın konusu olarak ele alınmamış olsa da, muhtelif eserlerin içinde önemli yer tutmuştur. Türk hukukunda ise şimdiye kadar bağımsız olarak sadece makale boyutunda incelenmiş, doktora çalışmalarında ve ders kitaplarında da konuya kısa kısa değinilmiştir. Bu çalışmayla teknik bir kavram olan "*kelepçeleme sözleşmeleri*" adı altında konuyu bir bütün olarak Türk hukukuna kazandırma ve konuyu muhtelif yönleriyle ele almak isteyen daha sonraki araştırmacılara ışık tutabilme hedeflenmiştir.

## II. Konunun Sınırlandırılması

Çalışmada kelepçeleme sözleşmeleri, BK. m. 19-20, (TBK.m.26-27) ve MK. m. 23/II bağlamında ele alınmış olup yer yer özel kanunlardaki düzenlemeler ile karşılaştırması yapılmıştır. Ayrıca kelepçeleme sözleşmelerinin benzer hukukî müesseselerden ayrıldığı noktalara temas edilmiştir.

Çalışmamız üç bölümden meydana gelmektedir. Bunun yanısıra geniş sayılabilecek giriş kısmı ile sonuç kısmı bulunmaktadır. Giriş'te öncelikle kelepçeleme sözleşmesinin terminolojik durumuna açıklık getirilmiş, bunu takiben mukayeseli hukuk kapsamında Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuk sistemlerindeki durum değerlendirilmiştir.

Birinci Bölüm'de kelepçeleme sözleşmeleri için özel anlam ifade eden sözleşme, özgürlük ve sözleşme özgürlüğü kavramları ile sözleşme özgürlüğünün sınırları üzerinde durulmuştur. Sözleşme özgürlüğünün sınırları incelenirken Anayasamızdaki 2001 yılı değişikliklerinin sözleşme özgürlüğüne yaptığı etkilerle ilgili tartışmalar da değerlendirilmiştir. Bunların yanısıra kelepçeleme sözleşmelerin hukukî dayanağı olan genel ahlâka aykırılık konusu, ahlâk ve genel ahlâk kavramları ile birlikte incelenmiştir.

İkinci Bölüm'de de kelepçeleme sözleşmeleri kavramı, muhteva itibarıyla farklı hukuk sistemleri de incelenmek suretiyle tespit edilmiş ve kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî

dayanağı üzerinde durulmuştur. Yine bir sözleşmede kelepçeleme sözleşmelerinin oluşup oluşmadığını tespiti yarayacak olan kriterler belirlenmeye çalışılmıştır. Son olarak da bahsedilen kriterler ışığında kelepçeleme sözleşmelerinin en çok görüldüğü alanlar, mümkün olduğunca kısa mahkeme karar özetleri ile somutlaştırılmıştır.

Üçüncü Bölüm’de ise, BK.m.19-20 (TBK.m.26-27) ve MK.m.23/II hükümleri çerçevesinde kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî sonucu, tam veya kısmî butlan boyutlarıyla açıklanmıştır. Bu bölümde ayrıca kelepçeleme hükümleri sebebiyle geçersiz olan bir sözleşmeden doğabilecek talepler üzerinde durulmuştur.

Sonuç kısmında ise çalışmamız esnasında vardığımız sonuçlar toplu olarak ortaya konmuştur.

*Tez çalışmamızın devam ettiği esnada Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Türkiye Büyük Millet Meclisinde görüşülüp kabul edilmiştir. Türk Borçlar Kanun’un, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğü girecek olmasından dolayı, çalışma içinde bu Kanun’un getirmiş olduğu düzenlemelere de yer verilmiştir. Söz konusu düzenlemeler “Türk Borçlar Kanunu (TBK)” şeklinde ve italik olarak gösterilmiştir.*

## § 2. TERMİNOLOJİ MESELESİ

Terminoloji meselesine girmeden evvel belirtmemiz gereken bir husus vardır ki, o da, “kelepçeleme sözleşmeleri”nin, satım, kira, eser sözleşmesi gibi bir sözleşme tipi olmadığıdır. “Kelepçeleme sözleşmeleri” teknik terimi, kavrama yabancı olan kimseler için yeni bir sözleşme tipiymiş gibi algılamaya sebep olmaktadır. Ancak “kelepçeleme sözleşmeleri”, bir sözleşme tipi olmayıp, birçok sözleşmede ortaya çıkabilen ve genel ahlâka aykırılık teşkil eden bir ihlâl halidir.

Türk doktrininde “kelepçeleme sözleşmeleri” kavramının ismi ve muhtevası hususunda henüz bir görüş birliği bulunmamaktadır. Benzer şeyler İsviçre hukuku için de söylenebilir. Ancak, Alman hukukunda özellikle isim konusunda hâkim bir görüşün varlığından bahsedilebilir. Fakat adı geçen ülkede de kavramın muhtevası konusunda tam bir birlik olduğu söylenemez. Biz bu kısımda bölümde “kelepçeleme sözleşmeleri”nin sadece ismi konusunda açıklama yapmayı, kavramın içeriği hakkındaki değerlendirmeleri ise ileride ele almayı uygun buluyoruz<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Bkz. ileride § 7, I.

Türk hukukunda “*kelepçeleme sözleşmeleri*” şeklindeki isimlendirme için temel alınan kavramlar Alman hukukunda kullanılan “*Knebelungsvertrag*” veya “*Knebelungsverträge*”dir. Sözkonusu kavramların kökeni “*knebeln*” fiili olup, sözlük anlamı ise “*bağırmasını önlemek için ağzını tıkamak ya da kapamak*”tır<sup>2</sup>. “*Knebelungsvertrag*” veya “*Knebelungsverträge*” terimleri; “*knebeln*” fiilinden türetilen ve “*tıkama*” anlamına gelen “*Knebelung*” kelimesi ile Almanca sözleşme anlamına gelen “*Vertrag*” veya onun çoğulu “*Verträge*” kelimelerinin bir araya getirilmesinden oluşmaktadır. Alman hukukunda kavramın “*Knebelungsvertrag*” ve “*Knebelungsverträge*” şeklinde tekil veya çoğul kullanımını görmek mümkündür. Kavramın esas alınan Almanca aslına göre de Türkçe’ye tekil veya çoğul olarak tercümesi yapılmaktadır.

Türk doktrininde yukarıda bahsedilen kavramların karşılığı olarak şimdiye kadar “*boğazlama sözleşmeleri*”<sup>3</sup>, “*köleleştiren sözleşme*”<sup>4</sup>, “*boğazlama sözleşmesi, kördüğüm sözleşmesi*”<sup>5</sup>, “*cendere sözleşmeleri*”<sup>6</sup>, “*kıskıvrak bağlama sözleşmeleri*”<sup>7</sup>, “*kelepçeleme (kıskıvrak bağlama) sözleşmeleri*”<sup>8</sup> “*kelepçeleme sözleşmeleri*”<sup>9</sup> terimleri kullanılmıştır. Yine

<sup>2</sup> **Önen**, Yaşar / **Şanbey**, **Cemil** Ziya: Almanca-Türkçe Sözlük, C. I, Türk Dil Kurumu 1993; Birinin ağzını tıkamak, bkz. **Savaşçı**, Özgür: Langenscheidts Eurowörterbuch Türkisch, Berlin 1999; tıkamak, zorla engellemek, bkz. **Korunrumpf**, Hans-Jürgen / **Wendt**, Heinz F.: Türkçe-Almanca, Almanca-Türkçe Langenscheidt Cep Sözlüğü, Berlin 1993; 1. denkleme çubuğu ile ipi germek, (mecazî) kımıldamayacak bir surette bağlamak, 2. tıkaçla bir kimsenin ağzını tıkamak, bkz. **Denker** Arif Cemil / **Davran** Bülent: Almanca-Türkçe Büyük Lügat, C. I, B. I, 2. Baskı, 1973 İstanbul. Burada “*knebeln*” kelimesine verilen sözlük anlamlarından, hukuk terminolojisindeki anlama en uygun olanı, mecazî anlamda kullanılan “*kımıldamayacak bir surette bağlamak*”tır.

<sup>3</sup> **Özsunay**, Ergun; Gerçek Kişilerin Hukukî Durumu, 5. Basım, İstanbul 1982, s. 152; **Zevkililer**, Aydın / **Acabey**, M. Beşir / **Gökyayla**, K. Emre: Zevkililer Medenî Hukuk, 6. Baskı, Ankara 2000, s. 457.

<sup>4</sup> **Akyol**, Şener: Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, 2. Bası, İstanbul 2006, s. 124; **Akyol**, Şener: Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof. Dr. Kemaleddin Birsen’e Armağan, İstanbul 2001, s. 96. Yazar, Banka Sözleşmeleri eserinde “*köleleştiren*” kavramının yanı sıra “*kelepçe hüküm*” ifadelerine de yer vermiştir (s. 104, 112). Yine aynı eserde her iki kavramın birlikte kullanıldığı da (s. 99) görülmektedir.

<sup>5</sup> **Dural**, Mustafa / **Öğüz**, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009, s. 139.

<sup>6</sup> **Atamer**, Yeşim M.: Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, s. 155. Aynı şekilde niteleyen diğer bir yazar için bkz. **Öz**, Turgut: Yönetim (Management) Sözleşmesi, İstanbul 1997, s. 16, dn. 39. Yazar her ne kadar burada “*cendere sözleşmesi*” kavramını kullanmış olsa da, eserinin ilerleyen sayfalarında “*kelepçeleme sözleşmesi*” terimine de yer vermiştir. (s. 129, dn. 337). Yazar “*kelepçeleme sözleşmesi*” kavramını kullandığı yerle bağlantılı kısımda “*kelepçeleme sözleşmesi, boğazlama sözleşmesi*” terimlerini birlikte kullanmayı da (s. 130) tercih etmiştir.

<sup>7</sup> **İşgüzar**, Hasan: Tek Satıcılık Sözleşmesi, Ankara 1989, s. 102, 119. Yazar, konuyu “*kıskıvrak bağlama yasağı*” kavramı ile de ifade etmektedir (s. 119).

<sup>8</sup> **Sungurbey**, İsmet / **Kaneti**, Selim: Medenî Hukuk Sorunları, 3. Cilt, İstanbul 1976. s. 179, 188, 207. **Sungurbey**, İsmet: Türkiye’de Bankaların İçyüzü, Çorlu 1994, s. 26, dn. 19, s. 47, 53. Yazar, her ne kadar eserlerinin bazı yerlerinde “*kelepçeleme, kıskıvrak bağlama sözleşmeleri*” şeklinde kullanımı tercih etse de, onun, asıl kullanım şekli olarak “*kelepçeleme (kıskıvrak bağlama) sözleşmeleri*” kavramını benimsediğini söylemek mümkündür.

<sup>9</sup> **Başpınar**, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara 1998, s. 140. Yazar, eserinde “*kelepçeleme sözleşmesi*” kavramını ilk sıraya koymakla beraber, “*kıskıvrak bağlama sözleşmesi*” kavramını da kelepçeleme sözleşmeleri ile birlikte zikretmiştir. **Başpınar**, Butlan, s. 140. Ancak yazar, anılan eserden sonra kaleme almış olduğu makalesinde daha net biçimde “*kelepçeleme sözleşmeleri*” kavramını kullanmıştır. Zaten makalenin başlığı da bu durumun bir göstergesidir. Bkz. **Başpınar**, Veysel: Kişilik

doktrinde, herhangi bir kavram tercihinde bulunmaksızın “*cendere sözleşmeleri, kelepçeleme sözleşmeleri veya boğucu sözleşmeler*” şeklinde kullanım olduğu ifade edilerek konu takdim edilmiştir<sup>10</sup>. Ancak son zamanlara kadar Türk doktrininde çoğunlukla, doğrudan bir teknik terim kullanmaksızın, İsviçre hukukundaki “*übermässige Bindung, übermässigkeit, übermässige Vertragsleistung*” kavramları esas alınarak konu ele alınmıştır. Özellikle “*aşırı ölçüde bağımlılık*”, “*borçlunun iktisaden mahvına sebep olma*” hususlarına vurgu yapıldığı ve bu deyimler etrafında konunun izah edildiği anlaşılmaktadır<sup>11</sup>.

Yargıtay kararlarında da herhangi bir teknik kavramın kullanılmadığı ve yine doktrindeki “*aşırı ölçüde bağımlılık*”, “*borçlunun iktisaden mahvına sebep olma*” gibi hususlara vurgu yapıldığı görülmektedir<sup>12</sup>. Yüksek Mahkeme’nin konuya ilişkin kapsamlı ilk incelemesi 1974 tarihli bir Hukuk Genel Kurulu kararıdır<sup>13</sup>. Muhtelif daire kararlarında da sürekli adı geçen bu Yargıtay kararına atıf yapılmıştır. Söz konusu kararda, taraflarca kararlaştırılan cezaî şartın, borçlunun -tacir olsa bile- “*iktisaden mahvına neden olacak derecede ağır ve yüksek ise*” genel ahlâka aykırı sayılması ve cezaî şartın tamamen veya kısmen iptal edilmesi gerektiği belirtilmiştir. Aslında Yargıtay kararlarında “*kelepçeleme sözleşmeleri*” kavramına hemen hemen rastlamak mümkün değildir. Ancak Yargıtay 1994

---

Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri, ABD., Y. 1999, S. 1, s. 17, 19, 21, 22, 23 vd.. Söz konusu makale, Türk hukukunda bu konuyu doğrudan ele alan, ilk ve tek çalışma özelliğine de sahiptir. Bu kavramı kullanan diğer yazarlar için bkz. **Ulusoy**, Erol: Genel Kredi Sözleşmeleri Hükümlerinin Geçerlilikleri, [http://www.turkhukuksitesi.com/makale\\_650.htm](http://www.turkhukuksitesi.com/makale_650.htm); **Yavuz**, Nihat: Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2010, s. 411 vd..

<sup>10</sup> **Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 254. Ancak yazarın ilerleyen sayfalardaki, “*boğucu (cendere, kölelik, kelepçeleme) sözleşmeleri*” şeklindeki kullanımına bakılırsa, “*boğucu sözleşmeler*” kavramını tercih ettiği söylenebilir (s. 258, dn. 757).

<sup>11</sup> **Eren**, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008, s. 293; **Tekinay**, S. S. / **Akman**, S. / **Burcuoğlu**, H. / **Altop**, A.: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993, s. 401; **Arsebük**, Esat: Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumî Esasları, C. I, Kaynaklar, Ankara 1937, s. 174-175; **Oktay**, Saibe: Federal Mahkeme’nin 21 Haziran 1988 Tarihli Kararının Çevirisi ve İncelenmesi, İÜHF, C. LV, Y. 1996, S. 1-2, s. 499; **Oktay**, Saibe: Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni, İÜHF, C. LV, Y. 1997, S. 3, s. 223; İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarını çevirisini yapan Dayınlarlı ise, Oftinger tarafından “*hüküm altına girme sözleşmesi*” ifadesini kullanmıştır. Bkz. **Oftinger**, K. / **Jeanpretre**, R.: Borçlar Kanununun Genel Kısımına İlişkin Federal Mahkeme İçtihatları (Çev.: Kemal Dayınlarlı), 2 Bası, Ankara 1990, s. 95. Kelepçeleme sözleşmeleri veya benzeri kavramların şimdiye kadar Türk hukukunda hâkim biçimde kullanılmamasının sebebini Türk-İsviçre hukuku sarmalında aramak gerekir. Son yıllara kadar Türk doktrini, İsviçre literatür ve doktrinin daha fazla etkisinde kalmaktaydı. Ancak kanaatimizce son yıllarda Alman literatürü ve doktrini, İsviçre’nin önüne geçmeye ve yapılan akademik çalışmalarda belirleyici olmaya başlamıştır. Bu sebeptendir ki, son dönemlerde kaleme alınan eserlerde kelepçeleme sözleşmeleri vb. kavramlarına daha fazla yer verilmektedir.

<sup>12</sup> 1. HD. T. 6.3.2002, E. 2001/10578, K. 2002/2892, (KBİBB.); 15. HD. T. 7.4.1997, E. 1997/248, K. 1997/1891 (KBİBB.); 13. HD. T. 3.10.1995, E. 1995/6697, K.1995/8386 (KBİBB.); 13. HD. T. 3.10.1988, E. 1988/2765, K. 1988/4383 (KBİBB.); 15 HD. T. 7.4.1997, E. 1997/248, K. 1997/1891 (YKD. 1997, s. 1263).

<sup>13</sup> HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 (KBİBB.). Gerçekten de kararda iktisadî özgürlüğün aşırı derecede sınırlanmasının genel ahlâka aykırılık teşkil edeceği belirtilerek geniş sayılabilecek ölçüde bunun şartları ve sınırları açıklanmıştır.



yılındaki bir kararında “kelepçeleyci” kavramını kullanmıştır<sup>14</sup>. Bununla birlikte, kelepçeleme sözleşmeleri kavramı ilk olarak 1994 yılındaki bir Yargıtay kararında geçmektedir. Ancak bu karardaki kullanım ise taraf iddialarının arasındaki bir terim olarak metne yansımıştır<sup>15</sup>. Başka bir ifadeyle buradaki kullanım “kelepçeleme sözleşmeleri” teriminin Yargıtay tarafından benimsenip kullanıldığı anlamına gelmemektedir. Yüksek Mahkeme kararlarındaki durum bu olmakla beraber, “kelepçeleme sözleşmeleri” kavramına bir mahalli mahkeme kararında yer verilmiştir. Söz konusu kararda aynen “*Bu türlü sözleşmelere doktrinde "kelepçeleme, borçluyu kısıktırak bağlama sözleşmeleri" adı verilmekte ve bu sözleşmeler MK.'nın 23/2 ve BK.'nın 19/20 uyarınca batıl sayılmaktadır*” ifadesi mevcuttur<sup>16</sup>.

“Knebelungsvertrag” kavramı Almanca-Türkçe hukuk sözlüklerinde ise “*fahiş şartlı sözleşme*”<sup>17</sup>, “*karşı tarafı çaresiz kılan sözleşme, karşı tarafın elini kolunu bağlayan sözleşme*”<sup>18</sup> olarak tercüme edilmiştir. Aslında sözlüklerdeki karşılık, kavramın içeriğini doğrudan ifade eden ve onun bir sözleşme ihlâl türü olduğunu gösteren bir özelliğe sahiptir.

Alman hukukunda kavramın ismi konusunda hâkim bir görüşün varlığından bahsedilebileceği yukarıda belirtilmişti. Her ne kadar Alman literatüründe konunun ilk ele alındığı dönemlerde muhteva ve isim dâhil olmak üzere, kavram birliğinin olmadığı belirtilmiş<sup>19</sup> ise de, bugün itibarıyla “Knebelungsverträge” kavramının yaygın biçimde kullanıldığı görülmektedir<sup>20</sup>. Bu kavramın yanısıra, eserlerde “Knebelungsvertrag”<sup>21</sup>, “Knebelvertrag”<sup>22</sup> ve “Knebelung”<sup>23</sup> kavramları da yer yer kullanılmaktadır.

<sup>14</sup> 19. HD. T.25.11.1994, E. 1994/6497, K. 1994/11467. Kredi sözleşmeleri ilgili sözkonusu kararın iki yerinde “kelepçeleyci” kavramı kullanılmıştır. Bunlardan biri; “*Kredi sözleşmesinin vadesiz süreci içinde, artan kredi faizlerinin, kredi müşterisi nezdindeki kredi borcuna, ihbar koşulu ile bankaya uygulama yetkisi tanıyan bu hükmün de kredi müşterisinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayıcı, ahlâka aykırı ve kelepçeleyci bir niteliği bulunduğu kabulü olanaksızdır*”, diğeri ise “*Para ticari yapan bankaların kredi işlemlerinde satıcı durumunda olup, sattığı paranın bankaya zararsız olarak dönmesini sağlamak amacı ile sözleşmeye konulan ve satın alan müşterinin de kabulündeki bu koşulların kelepçeleyci hükümler olarak nitelenmesi olanaksızdır*” şeklindedir.

<sup>15</sup> 11. HD. T. 12.12.1994, E. 1994/5786, K. 1994/9585 (KBİBB.). Sözkonusu kararda taraf iddiaları olarak aynen, “*Davacı vekili ... bankaca tek taraflı hazırlanmış ve empoze edilmiş şartları içeren bu sözleşmelerin kelepçeleme sözleşmeleri olduğunu, kredinin sosyal amaç için verilmiş olup, bankaca tek taraflı olarak öngörülen, gerek sözleşmelerle ve gerekse uyarılmanın kanuna, ahlâka, iyiniyet kurallarına aykırı olduğunu ... dava etmiştir.*” ifadelerine yer verilmiştir.

<sup>16</sup> Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesi (Ticaret Mahkemesi Sıfatıyla), T. 3. 5. 1994, E. 1994/193, K. 1994/218. Kararın tam metni için bkz. **Sungurbey**, s. 75 vd..

<sup>17</sup> **Kıygi**, Osman Nazım: Wörterbuch der Rechts- und Wirtschaftssprache, Teil II, Deutsch-Türkisch, München 1999, s. 452.

<sup>18</sup> **Ulusoy**, Erol: Rechtswörterbuch, Teilweise mit Erläuterungen, Deutsch-Türkisch, Türkisch-Deutsch, Mayıs 1999, s. 464.

<sup>19</sup> Bkz. **Scheuing**, Rudolf: Der Knebelvertrag, Stuttgart 1930, s. 1; **Pütz**, Adolf: Knebelungs-Verträge: unter besonderer Berücksichtigung unsittlicher Kreditsicherungsverträge, 1921 [erschienen] 1923, s. 1.

<sup>20</sup> Bkz. **Frowein** Abraham: Knebelungsverträge bei juristischen Personen, Bonn 1927; **Bauer-Mengelberg**, R.: Knebelungsverträge, Mit einem Exkurs über endlose Verträge, (Bd 19/20Rechtsfragen der Praxis), 2.

İsviçre hukukunda ise teknik kavramdan ziyade, “aşırı bağlılık, aşırılık, aşırı sözleşme yükümlülüğü” anlamlarına gelen “*übermässige Bindung, übermässigkeit, übermässige Vertragsleistung*” kavramlarıyla konu izah edilmeye çalışılmıştır<sup>24</sup>. Bununla birlikte, İsviçre hukuku “*Knebelungsvertrag*” ve “*Knebelungsverträge*” kavramlarına da yabancı değildir. Gerçekten de, bu kavramlar eserlerde konu başlığı olarak tercih edilmese bile, bazı eserlerde aşırı bağlılık içeren, diğer tarafın ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan sözleşmelere “*Knebelungsverträge*” adı verildiği belirtilerek, bir anlamda teknik kavramın varlığı kabul edilmiştir<sup>25</sup>. Bununla birlikte, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında henüz sözkonusu kavramlara rastlanmamaktadır.

---

Auflage, Halle/Saale, Leipzig, Berlin, 1931; **Böhme**, Hermann: Knebelungsverträge nach der Praxis des Reichsgerichts, Würzburg 1931; **Pütz**, s. 1 vd.; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 259; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; **Flume**, Werner: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin u.a. 1992, s. 371; **Köhler**, Helmut: BGB Allgemeiner Teil, 31. Auflage, München 2007, s. 186; **Simitis**, Konstantis: Gute Sitten und Ordre Public, Ein kritischer Beitrag zur Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB, Marburg 1960, s. 35; **Brox**, Hans / **Walker**, Wolf-Dietrich, Allgemeiner Teil des BGB, 31. Auflage, Köln u.a. 2007, s. 183; **Rüthers**, Bernd / **Stadler**, Astrid: Allgemeiner Teil des BGB, 15. Auflage, München 2007, s. 417; **Wolf**, Manfred: Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen 1970, s. 13, 258; **Larenz**, Karl / **Wolf**, Manfred: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, § 41, Nr. 32.

<sup>21</sup> **Falkner**, Tobias: Sittenwidrige Knebelung des Gewerberaummieters wegen fehlender Gewinnchance bei nicht wuchrischem Mietzins, Bayreuth 2004, s. 18.

<sup>22</sup> **Scheuing**, s. 1 vd.

<sup>23</sup> **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 71 vd.; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 116 vd.; **Ermann/Palm**, § 138, Nr. 128; **Medicus**, Dieter: Allgemeiner Teil des BGB, 9. Auflage, Heidelberg 2006, s. 272; **Schwab**, Dieter / **Löhnig**, Martin: Einführung in das Zivilrecht, 17. Auflage, Heidelberg 2007, s. 307.

<sup>24</sup> **Hürlimann**, Roland: Teilnichtigkeit von Schuldverträgen nach Art. 20. Abs. 2 OR, Bern 1984, s. 39; **Gauch**, Peter / **Schlupe** Walter R. / **Schmid**, Jörg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Bd. I (bearbeitet von Jörg Schmid), 9. Auflage, Zürich 2008, s. 130; **Tuor**, P. / **Schnyder**, B. / **Schmid**, J. / **Rumo-Jungo**, A.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Auflage, Zürich 2006, s. 96; **Guhl**, T. / **Koller**, A. / **Schnyder**, A. / **Druey**, N.: Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, s. 43; **Bucher**, Eugen: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988, s. 261; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 267 vd.; **Giger**, Hans: Rechtsfolgen norm- und Sittinwidriger Verträge, Zürich 1989, s. 72 vd.; **Riemer**, Michael Hans: Personenrecht des ZGB, 2. Auflage, Bern 2002, s. 138; **Spiro**, Karl: Können übermässige Verpflichtungen oder Verfügungen in reduziertem Umfang aufrechterhalten werden?, ZBJV 1952, H. 11, s. 449 vd.; **von Tuhr**, Andreas / **Peter**, Hans: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 3. Auflage, Zürich 1979, s. 260; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 216 vd.; **OR Komm/Dasser**, Art. 19, Nr. 17 vd.; **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 43; **BSK ZGB I/ Huguenin**, Art. 27, Nr. 9; **Schwenzer**, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern 2006, s. 240; **Oftinger**, Karl: Die Vertragsfreiheit, Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, s. 325.

<sup>25</sup> Doğrudan kavramı kullanan yazarlar için bkz. **Hausheer**, Heinz / **Aebi-Müller**, Regina: Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, Bern 2005, s. 136; Schweingruber ise, ilgili yerlerde aşırılık içeren sözleşmelere “*Knebelungsverträge*” dediğini belirtmiştir. Bkz. **Schweingruber**, Edwin: Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes, Bern 1930, s. 47, 148. Koller de benzer biçimde ekonomik özgürlüğün kaldırıldığı veya aşırı biçimde sınırlandırıldığı sözleşmelere “*Knebelungsverträge*” dediğini ifade etmiştir. **Koller**, Alfred: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Bern 2009, s. 226. Aynı şekilde bkz. **Riemer**, s. 139; Egger, ekonomik kişilik hakkı (özgürlüğü) başlığı altında konuyu açıklarken parantez içinde bu tür sözleşmelerin “*Knebelungsverträge*” olarak adlandırıldığını vurgulamıştır. **Zürcher Komm/Egger**, Art. 27, Nr. 35. Kramer ise, Alman hukukunda “*Knebelungsverträge*” kavramının genelleştğini ve yerleştiğini belirterek bu yönde bazı eserlere atıf yapmıştır. Bkz. **Berner Komm/Kramer**,

Biz de çalışmamızda, son dönemlerde Türk hukukunda da sıkça kullanılan ve diğer kavramlara nazaran daha fazla benimsenen “*kelepçeleme sözleşmeleri*” kavramını kullanmayı uygun buluyoruz. Benimsediğimiz kullanım, yukarıda da ifade edildiği üzere Almanca çoğul kullanım olan “*Knebelungsverträge*”nin karşılığıdır. Kavramın çoğulu, kelepçeleme sözleşmelerinin birçok sözleşmede ortaya çıkabilen ihlâl hali yapısını daha iyi vurgulamaktadır. Ayrıca onun, klâsik sözleşme tiplerinden -satım, kira, eser, hizmet vb.- ayırt edilmesini de kolaylaştırmaktadır. Bununla birlikte şu gerçeği de ifade etmek gerekir ki; Almanca-Türkçe hukuk sözlüklerindeki “*fahiş şartlı sözleşme*” gibi kavramların, meselenin özünü de anlatması bakımından, tercih edilip kullanılması da yanlış olmazdı.

### § 3. KONUNUN MUKAYESELİ HUKUK İLE TÜRK HUKUKUNDAKİ YERİ

#### I. Mukayeseli Hukuk

“*Kelepçeleme sözleşmeleri*” kavramı, hukuk literatürüne yeni girmiş gibi görünse de, kavramın Kara Avrupa Hukuku içindeki yeri oldukça eskidir. Gerçekten de, teknik kavramın ilk kullanımı Alman hukukunda 1900’lü yılların da ötesine kadar gitmektedir. İsviçre hukuk literatürüne de bakıldığında kavramın 1900’lü yıllardan beri var olduğu görülür. Kelepçeleme sözleşmeleri kavramının Türk hukukuna girişi ise 1970’li yıllara tekabül etmektedir. Şüphesiz kavramın muhtevası ve buna ilişkin uygulamalar Türk hukuku bakımından da yeni olmayıp, sadece ismi yenidir.

Aşağıda kelepçeleme sözleşmelerinin, Alman ve İsviçre hukuk sistemlerindeki durumu biraz ayrıntılı ve Avusturya hukukundaki durumu ise kısa biçimde ele alınmış, bunları takiben de Türk hukukundaki durumu incelenmiştir.

---

OR Art. 19-20, Nr. 225; Yazar ayrıca bir sonraki paragrafta “*Knebelungsvertrag*” kavramını benimseyerek kullanmıştır (Nr. 226). Ayrıca yazar, yakın zamanda yazmış olduğu diğer bir eserinde ise, çok daha net biçimde “*Knebelungsverträge*” kavramını benimsemiştir. Bkz. **Aynı Yazar**, *Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, Basel 2009, s. 99; Huguenin de, *Basler Kommentar zum Obligationenrecht* ile ilgili kitabında parantez içinde “*Knebelungsvertrag*” kavramını kullanmıştır. **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 45. Yazar, aynı şekilde *Medenî Kanunla ilgili Kommentarda* da bahsedilen kullanımı tekrarlamaktadır. **BSK ZGB I/Huguenin**, Art. 27, Nr. 10. Schwenger ise konu içinde, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarındaki ifadelerden yola çıkarak “*Knebelungsverträge*”nin tanımını yapmıştır. Bkz. **Schwenger**, s. 240; Oftinger, İsviçre Federal Mahkemesi kararlarına yer verdiği eserinde, “*genel ahlâka aykırı sözleşmeler*” başlığı altındaki kararlara geçmeden yazmış olduğu giriş bölümünde “*Knebelungsvertrag*” kavramına yer vermiştir. **Oftinger**, Karl: *Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, 2. Auflage, Zürich 1973, s. 72; Dasser ise bahsedilen kavramları kullanmamış ancak “*Knebelung*” kavramına yer vermiştir. **OR Komm/Dasser**, Art. 19, Nr. 17. Sadece “*knebelt*” fiiline yer verenler için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 130.

## A. Alman Hukuku

Kelepçeleme sözleşmeleri, ele alınan Almanya, İsviçre ve Avusturya hukuk sistemleri içinde en çok Alman hukukunda ilgi görmüştür. Konu, İsviçre ve Avusturya hukukçularına nazaran Alman hukukçuların dikkatini çekmiş ve onlar tarafından çok önce sayılabilecek tarihlerde ayrıntılı olarak doktora tez çalışmaları kapsamında ele alınmıştır.

Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinden farklı olarak, Alman hukukunda kelepçeleme sözleşmelerine kaynaklık eden düzenleme bir yerdedir. İsviçre ve onun paralelinde Türk hukukunda kelepçeme sözleşmelerinin temelini teşkil eden düzenlemeler hem Borçlar Kanunu hem de Medenî Kanunda ayrı ayrı yer alırken, Alman hukukunda sadece Medenî Kanunda bulunmaktadır. Gerçekten de, Alman Medenî Kanunu (BGB) § 138/I'e göre, hukukî işlemlerin genel ahlâka aykırı olması halinde, o hukukî işlem geçersizdir. Kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması birçok hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Alman hukukunda da genel ahlâka aykırılık içinde değerlendirilmektedir. Bu sebeple kelepçeleme sözleşmelerinin Alman hukukundaki kaynağı da BGB § 138/I'dir<sup>26</sup>.

Kelepçeleme sözleşmelerinin, Alman hukukunda monografik çalışmalara konu edilmesi 1900'lü yıllara rastlamaktadır<sup>27</sup>. Alman literatürüne bakıldığında konu ile ilgili en çok atıf yapılan eserin, *Bauer-Mengelberg* tarafından yazılmış olan “*Knebelungsverträge = Kelepçeleme Sözleşmeleri*” adlı monografik çalışma olduğu görülmektedir<sup>28</sup>. Yine atıflar arasında *Scheuing*'in konuya ilişkin “*Der Knebelvertrag = Kelepçe Sözleşmesi*” adlı monografik eseri de önemli yer tutmaktadır<sup>29</sup>. Bu iki yazarın eserleri doğrudan kelepçeleme sözleşmelerini bir bütün olarak ele alma özelliğine sahiptirler. Alman hukukunda bu iki eserin daha fazla bilinmesi de herhalde bundan olsa gerektir.

Alman hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri ile ilgili yazılmış ilk monografiler önceki paragrafta bahsedilenlerden ibaret değildir. Tespit edebildiğimiz kadarıyla tarih bakımından konuyu ilk olarak “*Knebelungs-Verträge: unter besonderer Berücksichtigung unsittlicher*

<sup>26</sup> **Bauer-Mengelberg**, s. 18; **Scheuing**, s. 3; **Böhme**, s. 9 vd.; **Pütz**, s. 2; **Frowein**, s. 5; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 32; **Köhler**, s. 185-186; **Flume**, *Rechtsgeschäft*, s. 371; **Brox/Walker**, s. 180, 183; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 259; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 71; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 116 vd.; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; RGZ 130, 1, 3; RGZ 130, 143, 145; RGZ 143, 48, 51; RGZ 165, 1, 15; BGH NJW 1998, 2531, 2532 vd.; BGHZ 19, 12, 18; BGHZ 44, 158, 161; BGHZ 83, 313, 316. Ayrıca, kelepçeleme sözleşmelerinin Alman İmparatorluk Mahkemesindeki tarihî gelişimi için bkz. **Böhme**, s. 8 vd..

<sup>27</sup> Bkz. **Scheuing**, s. 1 vd.. Eserde herhangi bir tarih belirtilmemiştir, ancak orada verilen bilgiler tarihî olarak 1900'lü yıllara işaret etmektedir.

<sup>28</sup> Bkz. **Bauer-Mengelberg**, s. 1 vd. Atıf yaptığımız sözkonusu eser 1931 tarihli olmakla beraber, eserin ilk baskısı 1929 tarihlidir. Yani konunun monografik olarak ele alındığı asıl tarih 1929 yılıdır.

<sup>29</sup> **Scheuing**, s. 1 vd..

*Kreditsicherungsverträge = Kredinin Güvence Altına Alınması Sözleşmeleri Çerçevesinde Kelepçeleme Sözleşmeleri*” adı altında ele alan yazar Pütz’dür<sup>30</sup>. Bu eseri müteakip ikinci çalışma Frowein tarafından yazılan “*Knebelungsverträge bei juristischen Personen = Tüzel Kişilerde Kelepçeleme Sözleşmeleri*”dir<sup>31</sup>. Scheuing ve Bauer-Mengelberg tarafından kaleme alınan monografilerde, daha eski tarihte yazılmış olan Pütz ve Frowein’in eserlerine atıf yapılmamıştır. Bunun sebebini o günün Almanya ulaşım şartlarında aramak gerekir. Zira o tarihlerde eserlerin her kütüphanede bulunamaması ve teknolojik gelişmelerin ileri seviyede olmaması sebebiyle yazılan eserlerin ülkenin geniş coğrafyasına yayılması geç olmuş veya hiç olmamıştır. Bugün itibariyle bile Pütz ve Frowein’in eserleri Alman kütüphanelerinin ancak birkaç tanesinde bulunmaktadır. Burada zikredilen monografilerin yanına Böhme tarafından kaleme alınan “*Knebelungsverträge nach der Praxis des Reichsgerichts = Alman İmparatorluk Mahkemesi Kararlarına Göre Kelepçeleme Sözleşmeleri*” çalışmayı da eklemek gerekir<sup>32</sup>. Böhme, o tarihte yazılan eserler zincirinin bir parçası olarak, kelepçeleme sözleşmelerini Alman İmparatorluk mahkemeleri uygulamaları çerçevesinde ele almıştır. Buraya kadar bahsedilen eserlerin kaleme alınış tarihi genelde 1920 ile 1930 yılları arasına denk gelmektedir<sup>33</sup>. Alman hukukunda daha sonraki tarihlerde doğrudan kelepçeleme sözleşmelerini konu edinen çalışmalar yapılmamıştır. Ancak kelepçeleme sözleşmeleri ile bağlantılı doktora tezi ve makale çalışmaları sürekli kaleme alınmaya devam etmiştir<sup>34</sup>. Bunlardan biri, Schlosser tarafından yazılmış olan “*Sittinwidrigkeit der Sicherungsübereignung infolge Schuldnerknebelung und Gläubigergefährdung = Ahlâka Aykırı Teminat Amacıyla Temlik Sözleşmeleri Neticesinde Borçlunun Kelepçelenmesi ve Alacaklıların Haklarına Hâlel Gelmesi*”dir<sup>35</sup>. Eserde asıl olarak teminat amacıyla temlik sözleşmesinin ahlâka aykırılığı konu edinilmiş, ancak eserin önemli bir kısmı kelepçeleme sözleşmelerine ayrılmıştır. Diğerleri ise, Westerwelle’nin eseri, “*Die sittenwidrigkeit von Sicherungsübereignungen unter besonderer Berücksichtigung der Gläubigergefährdung = Özellikle Alacaklıların Haklarına Hâlel Gelmesi Kapsamında Teminat Amacıyla Temlik*

<sup>30</sup> Pütz, s. 1 vd.. Eser doğrudan kelepçeleme sözleşmelerini ele almak üzere yazılmamıştır. Ancak eserin önemli bir kısmı kelepçeleme sözleşmelerine ayrılmış ve kelepçeleme sözleşmelerinin ortaya çıktığı tipik sözleşmelerin bazılarında da kısaca yer verilmiştir. Eserin önemli bir kısmı, esere adını veren “*Kredinin Güvence Altına Alınması Sözleşmeleri*”nden oluşmaktadır.

<sup>31</sup> Frowein, s. 1 vd. Yazar çalışmasını, kelepçeleme sözleşmelerinin tüzel kişilerde uygulamasının olup olmadığını konusu ile sınırlı tutmuştur.

<sup>32</sup> Böhme, s. 1 vd.

<sup>33</sup> Söz konusu yazarların eserlerini kaleme aldıkları yıllar, Pütz, 1921, Frowein, 1927, Bauer-Mengelberg, 1929, Scheuing, 1930, Böhme, 1931 tarihleridir.

<sup>34</sup> Burada konuyu kısa tutmak amacıyla zikredilmeyen eserlere, çalışmamız içerisinde konu başlıklarına uygun olan kısımlarda yer verilmiştir.

<sup>35</sup> Schlosser, Wolfgang: *Sittinwidrigkeit der Sicherungsübereignung infolge Schuldnerknebelung und Gläubigergefährdung*, Duesseldorf 1959.

*Sözleşmelerinde Ahlâka Aykırılık* ”tır<sup>36</sup>. Sonraki dönemlerde ise kelepçeleme sözleşmelerinin tipik olarak ortaya çıktığı sözleşmeler ele alınırken kelepçeleme sözleşmelerine değinilmiştir<sup>37</sup>.

## B. İsviçre Hukuku

Yukarıdaki bölümde de belirtildiği üzere, İsviçre hukukunda kelepçeleme sözleşmelerine kaynaklık eden düzenlemeler, hem İsviçre Borçlar Kanunu (Obligationenrecht) OR Art. 19/II ve Art. 20/I’de hem de İsviçre Medenî Kanunu (Schweizerisches Zivilgesetzbuch) ZGB Art. 27/II’de yer almaktadır<sup>38</sup>. OR Art. 19/II’de, tarafların yaptıkları anlaşmaların emredici hükümlere, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına ilişkin hükümlere aykırı olmadıkça, geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. OR Art. 20/I’de ise sözleşme içeriğinin imkânsız veya hukuka aykırı olması ya da genel ahlâka aykırı olması halinde, sözleşmenin batıl olacağı belirtilmiştir. Bu hükümlerle birlikte ZGB Art. 27/II’de de, kişinin, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya bunların hukuka ya da genel ahlâka aykırı olarak sınırlandırılmasına rıza gösteremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Kişilik haklarının korunabilmesine ilişkin düzenlemelerin farklı kanunlarda bulunması özellikle uygulanacak yaptırım konusunda İsviçre doktrininde de farklı görüşlerin doğmasına sebebiyet vermiştir. Geleneksel ve hâkim görüşe göre, kişinin ekonomik özgürlüğünü sınırlayan sözleşmeler genel ahlâka aykırı olması yüzünden OR. Art. 20/I’e göre geçersizdir ve hâkim bunu re’sen dikkate almalıdır<sup>39</sup>. Diğer görüşe göre, ZGB Art. 27/II’deki düzenlemenin başka bir amacı vardır. Bundan dolayı da bu tür sözleşmeler, kişiliği zarara uğrayan kimse

<sup>36</sup> **Westerwelle**, Heinz: Die sittenwidrigkeit von Sicherungsbereignungen unter besonderer Berücksichtigung der Gläubigergefährdung, 1960.

<sup>37</sup> Bu tür eserlere örnek için bkz. **Sunder-Plassmann**, Reinhard: Der Verhältnis arbeitsvertraglicher Unwirksamkeitsgründe zu § 138 Abs. 1 BGB, Münster 1964, s. 40 vd.; **Malzer**, Georg: Das Recht der Energielieferungsverträge, Heidelberg 1976, s. 117 vd.; **Streit**, Joachim: Die Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Aufhebbarkeit von Bierlieferungsverträgen unter Berücksichtigung des deutschen und europäischen Kartellrechts. 2001/2002 Trier, s. 70 vd.; **Martinek**, Michael, Franchising, Heidelberg 1987, s. 301 vd.; **Martinek**, Michael, Moderne Vertragstypen, Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge Band II, München 1992, s. 297 vd.; **Falkner**, s. 16 vd.; **Wolf, M.**, Interessenausgleich, s. 13, 258 vd..

<sup>38</sup> **Hürlimann**, s. 37 vd.; **Kramer**, Obligationenrecht, s. 99; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 100; **Gauch/Schluemp/Schmid**, s. 129; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 135; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 43; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72; **Riemer**, s. 138; **Koller, A.**, s. 224 vd.; **Schwenzer**, s. 238; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr.224; **von Tuhr/Peter**, s. 258-259, dn. 56; **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 43; **Oftringer**, Bundesgerichtspraxis, s. 72; **OR Komm/Dasser**, Art. 19, Nr. 14; **Schweingruber**, s. 115-117; BGE 114 II 161 vd.; BGE 129 III 212 vd.; BGE 123 III 345 vd.; BGE 111 II 337; BGE II 8 vd.. Aksi fikir için bkz. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 271; **Aynı Yazar**, OR AT, s. 240, s. 265 vd..

<sup>39</sup> Görüş ve konunun ayrıntıları için bkz. ileride § 5, IV, B, 3, c., ve § 9, I, A.

tarafından ileri sürülmedikçe geçerlidir<sup>40</sup>. Alman hukukunda ise konuya ilişkin düzenlemenin kaynağının bir yerde ve bütün olarak var olması sebebiyle, bahsedilen anlamda tartışmalar yaşanmamaktadır.

Kelepçeleme sözleşmeleri, İsviçre hukukunda, Alman hukukundaki kadar ilgi görmemiştir. Doğrudan kelepçeleme sözleşmeleri teknik kavramı adı altında veya içerik olarak onu anlatan herhangi bir monografik çalışma yapılmamıştır. Ancak kişilik haklarının korunması bağlamında yazılan eserler ile benzeri konularda yapılan çalışmalarda bu konuya önemli yer ayrılmıştır. Ayrıca İsviçre hukukunda yazılmış olan şerhlerde de konuya ilişkin monografik çalışma olarak adlandırılabilir kadar ayrıntı bulunmaktadır. Bu cümleden olarak İsviçre hukukundaki bazı eserlerin adı burada zikredilebilir. İlk olarak *Schweingruber*'in “*Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei = Ekonomik Olarak Zayıf Olan Sözleşme Tarafı*” adlı eseri belirtilebilir<sup>41</sup>. Eserin yazıldığı tarih 1930'dur. Yazarın, eserinde esas aldığı nokta, “*ekonomik olarak zayıf olan taraf*”tır. Ancak zayıf olma kriterinin hangi zaman dilimi içinde yer aldığı önemi yoktur. Yani sözleşme kurulurken zayıf olanın yapmış olduğu sözleşmeler de bu eserin kapsamındadır. Bundan dolayı eserde İsviçre Borçlar Kanununda farklı maddelerde düzenlenmiş gabin, hile, tehdit gibi hukukî konular da çalışmanın içinde yer almıştır. Bununla birlikte kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılması halinde de zayıf duruma düşecek olması sebebiyle kelepçeleme sözleşmelerine ilişkin bilgiler de eserde önemli bir yer tutmaktadır<sup>42</sup>. Yine bu konuyla bağlantılı olan diğer bir monografik eser de *Künzler* tarafından ortaya konmuştur. *Künzler*'in eseri “*Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB = İsviçre Medenî Kanunu m. 27'e göre Kişiliğin Korunması*”dır<sup>43</sup>. Adından da anlaşıldığı gibi eserde 27. madde bir bütün olarak ele alınmıştır. Malum olduğu üzere, kelepçeleme sözleşmeleri sözkonusu maddenin ikinci fıkrasını ilgilendiren ve onun alt konularından biridir. Yani çalışmada kelepçeleme sözleşmeleri sınırlı denebilecek boyutta ele alınmıştır<sup>44</sup>. Bu eserlerin yanında İsviçre hukukunda şerhler kapsamında yazılmış olan iki eserde kelepçeleme sözleşmelerine ilişkin geniş bilgiler bulunmaktadır. Sözkonusu eserler hacim olarak da geniştir. Bunlar Berner Kommentarın bir

<sup>40</sup> Görüş ve konunun ayrıntıları için bkz. ileride § 5, IV, B, 3, c., ve § 9, I, B.

<sup>41</sup> Eserin tam adı “*Die wirtschaftlich schwächere Vertragspartei insbesondere nach den allgemeinen Bestimmungen des schweizerischen Obligationenrechtes = Özellikle İsviçre Borçlar Kanununun Genel Hükümleri Çerçevesinde Ekonomik Olarak Zayıf Olan Sözleşme Tarafı*”dır.

<sup>42</sup> **Schweingruber**, s. 43 vd., 110 vd., 131 vd.. Ancak eserin, daha çok sözleşmenin yapılması esnasındaki zayıf olma durumuna göre kaleme alındığını söyleyebiliriz. Doğaldır ki, sözleşme yapıldığı vakitte taraflardan biri ekonomik olarak zayıf durumda olursa, sözleşmenin diğer tarafının etkisinde kalabilir. İşte bu etki aşırı düzeye çıkar ve yapılan sözleşme ile zayıf olanın ekonomik geleceği büsbütün tehlikeye girerse, kelepçeleme sözleşmelerinin varlığı gündeme gelebilir.

<sup>43</sup> **Künzler**, Fritz: *Der Schutz der Persönlichkeit nach Art. 27 ZGB*, Zürich 1951.

<sup>44</sup> **Künzler**, s. 124 vd..

parçası olarak *Kramer* tarafından OR Art. 19-20'ye ilişkin yazılmış olan eser<sup>45</sup>, *Bucher* tarafından kaleme alınmış olan ZGB Art. 27 ile ilgili<sup>46</sup> çalışmadır. Elbetteki İsviçre hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri hakkında diğer şerhlerde, birçok ders kitabında ve yargı kararlarında değerlendirmeler bulunmaktadır<sup>47</sup>. Çalışma içinde yeri geldikçe bu eserlere atıf yapılmış ve yargı kararlarına yer verilmiştir.

### C. Avusturya Hukuku

İsviçre hukukunda olduğu gibi, Avusturya hukukunda da, kelepçeleme sözleşmeleri Alman hukukundaki kadar monografik eserlere pek konu olmamıştır. Aynı şekilde kelepçeleme sözleşmeleri teknik kavramı, Avusturya doktrin ve literatüründe Alman hukukundaki kadar yaygın bir kullanım kazanamamış ise de, adı geçen ülke kavrama yabancı da değildir<sup>48</sup>. Özellikle Avusturya Yüksek Mahkemesinin (OGH) kararlarında “*Knebelungsvertrag = kelepçeleme sözleşmesi*” kavramına sıkça yer verilmiştir<sup>49</sup>.

Avusturya hukukunda kelepçeleme sözleşmelerine kaynaklık eden hukukî düzenleme, Alman hukukundaki gibi Medenî Kanunda yer almaktadır. Gerçekten de, Avusturya Medenî Kanunu (ABGB) § 879/I'e göre, kanuna ve genel ahlâka aykırı olan sözleşmeler geçersizdir. Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde olduğu gibi, Avusturya hukukunda da kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan sözleşmeler, genel ahlâka aykırılık içinde

<sup>45</sup> **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 208 vd..

<sup>46</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 267 vd..

<sup>47</sup> Bu eserler ve yargı kararları için bkz. **Koller, A.**, s. 224 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 97 vd.; **Hürlimann**, s. 37 vd.; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72; **Schwenzer**, s. 238 vd.; **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 43 vd.; **BSK ZGB I/ Huguenin**, Art. 27, Nr. 8 vd.; **Zürcher Komm/Egger**, Art. 27, Nr. 35 vd.; **OR Komm/Dasser**, Art. 19, Nr. 14 vd.; **Oftinger**, Bundesgerichtspraxis, s. 72 vd.; **Bucher** Bucher, OR AT 261 vd.; **Spiro**, Verpflichtungen, 450 vd.; BGE 114 II 161 vd.; BGE 129 III 212 vd.; BGE 123 III 345 vd.; BGE 111 II 337; BGE II 8 vd.; BGE 104 II 110; BGE 111 II 337; BGE 102 II 218.

<sup>48</sup> Kavramın kullanıldığı yerler için bkz. **Rummel Komm/Krejci**, § 879, Nr. 81e; **Schwimann Komm/Apathy**, § 879, Nr. 9; Bkz. **Bydlinski**, Franz: Privatautonomie und objektive des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien 1967, s. 171, 172; **Aynı Yazar**: Über das Verständnis der “guten Sitten” im österreichischen Recht, in Festschrift für Joachim Gernhuber zum 70. Geburtstag, Tübingen 1993, s. 829; **Iledits**, Alexander: Teilnichtigkeit im Privatrecht, Wien 1991, s. 93.

<sup>49</sup> OGH 22.10.1959, 1Ob309/59; OGH 29.11.1982, 3Ob608/82; OGH 04.10.1989, 3Ob525/89; OGH 21.12.2000, 8ObA144/00k; OGH 07.12.2001, 7Ob265/01y; OGH 12.02.2003, 9Ob4/03h; OGH 24.06.2010, 6Ob86/10f. Karar ayrıntıları ve daha fazla karar için bkz. <http://www.ris.bka.gv.at>.



değerlendirilmektedir<sup>50</sup>. Dolayısıyla Avusturya hukukundaki kelepçeleme sözleşmelerinin kaynağı da ABGB § 879/I olmaktadır<sup>51</sup>.

Kelepçeleme sözleşmeleri her ne kadar Avusturya hukukunda doğrudan bir çalışmanın konusu olmamış olsa bile, *Bydlinski* tarafından yazılmış konu ile bağlantılı olarak “*Zulässigkeit und Schranken "ewiger" und extrem langdauernder Vertragsbindung = Ebedi ve Aşırı Uzun Sözleşme Bağlılıklarının Sınırları ve Caizliği*” adlı eseri örnek verebiliriz<sup>52</sup>. Bunlardan başka *Illedits*’in doktora çalışması olarak kaleme aldığı “*Teilnichtigkeit im Privatrecht = Özel Hukukta Kısmî Butlan*”<sup>53</sup> adlı eser ile *Kötz*’ün mukayeseli çalışma olan makalesi “*Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetz- und Sittenwidrigkeit = Hukuka ve Genel Ahlâka Aykırı Olan Sözleşmelerin Geçersizliği*”dir<sup>54</sup>. Bunların yanı sıra Avusturya Medenî Hukuku alanındaki önemli bir şerh olan *Rummel*’de *Krejci* tarafından yazılan § 879’da da kısmen bilgi bulmak mümkündür<sup>55</sup>.

Avusturya hukukundaki çalışmaların az olmasının sebebi herhalde Alman hukukudur. Çünkü Avusturya hukuku, ciddi anlamda Alman hukukunun etkisindedir. Alman hukukunda bu konuda çok sayıda çalışma olduğu için, Avusturya hukukunda böyle bir çalışmanın içine pek girilmemiştir. Ayrıca birçok ünlü Avusturyalı hukukçu da aynı zamanda Alman hukuku alanında eserler vermiştir<sup>56</sup>. Yani bir anlamda iç içe geçmişlik sözkonusudur.

<sup>50</sup> **Rummel Komm/Krejci**, § 879, Nr.67 vd. paragraflar bağlamında Nr 81e; **Schwimann Komm/Apathy**, § 879, Nr. 9; **Bydlinski**, Sitten, s. 828-829; **Aynı Yazar**, Privatautonomie, s. 169 vd; **Kötz**, Hein: Die Ungültigkeit von Verträgen wegen Gesetz- und Sittenwidrigkeit, RabelsZ., 1994, s. 210, dn. 1; OGH 24.06.2010, 6Ob86/10f; OGH 22.10.1959, 1Ob309/59.

<sup>51</sup> ABGB § 879/II’de, 4 bent halinde genel ahlâka aykırı olan sözleşmelerin bazı örneklerine, § 879/III’de ise genel işlem şartlarına yer verilmiştir.

<sup>52</sup> **Bydlinski**, Franz: Zulässigkeit und Schranken "ewiger" und extrem langdauernder Vertragsbindung, Wien 1991, s. 1 vd., özellikle 22 vd.. Eser her ne kadar kelepçeleme sözleşmeleri vb. bir başlığı taşımaya da, ebedi ve aşırı uzun süreli sözleşmelerin, sözleşme taraflarından birinin ekonomik özgürlüğü ve geleceğini genelde risk altına alması sebebiyle, konuyu kelepçeleme sözleşmelerinden ayrı düşünmek mümkün değildir. Ayrıca eserdeki “knebelungsverträge” kavramı için bkz. s. 25.

<sup>53</sup> **Illedits**, s. 90 vd..

<sup>54</sup> **Kötz**, s. 212 vd.. Aslında makalede doğrudan Avusturya hukuku ele alınmamaktadır, ama mukayeseli hukuk araştırması olduğu için, orada söylenenler Avusturya hukuku açısından da geçerlidir.

<sup>55</sup> **Rummel Komm/Krejci**, § 879, Nr. 81e, 86 ve devamında yer alan birçok sözleşme tipine ilişkin açıklamalar bu kapsamda değerlendirilebilir.

<sup>56</sup> Örneğin Alman hukukunun en önemli şerhlerinden Münchener Kommentar’ın eski baskısında (3. baskı), kelepçeleme sözleşmelerini de içine alan § 138, ünlü Avusturya Hukuk Profesörü Mayer-Maly tarafından yazılmıştır. Ayrıca Mayer-Maly genel ahlâk ve genel ahlâka aykırılıkla ilgili Alman doktrini içinde eserler ortaya koymuştur. Bkz. **Mayer-Maly**, Theo: Das Bewußtsein der Sittenwidrigkeit, Karlsruhe 1971; **Aynı Yazar**: Was leisten die guten Sitten, Acp 194, s. 105 vd.. Benzer şeyler yine ünlü Avusturyalı hukukçu Franz Bydlinski için de söylenebilir.

## II. Türk Hukuku

İsviçre hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da, kelepçeleme sözleşmelerine kaynaklık eden düzenlemeler, hem Borçlar Kanunu madde 19/II ve 20/I’de hem de Türk Medenî Kanunu’nun 23/II. maddesinde yer almaktadır<sup>57</sup>. BK.m.19/II’de, tarafların yaptıkları anlaşmaların hukuka, emredici hükümlere, kamu düzenine, genel ahlâka ve kişilik haklarına ilişkin hükümlere aykırı olmadıkça, geçerli olacağı hükme bağlanmıştır. BK.m.20/I’de ise sözleşme içeriğinin imkânsız veya hukuka aykırı olması ya da genel ahlâka aykırı olması halinde, sözleşmenin batıl olacağı belirtilmiştir. Bu hükümlerle birlikte MK.m.23/II’de de, kişinin, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya bunların hukuka ya da genel ahlâka aykırı olarak sınırlandırılmasına rıza gösteremeyeceği hüküm altına alınmıştır. Kişilik haklarının korunabilmesine ilişkin düzenlemelerin farklı kanunlarda bulunması özellikle uygulanacak yaptırım konusunda İsviçre doktrinindeki gibi Türk doktrininde de farklı görüşlerin doğmasına sebebiyet vermiştir<sup>58</sup>.

Kelepçeleme sözleşmeleri Türk hukukunda, ne Almanya ne de İsviçre’deki kadar ilgi görmüştür. Konu ilk olarak *Sungurbey* tarafından bir mütalâa kapsamında incelenmiş ve bu mütalâa daha sonra “*Medenî Hukuk Sorunları*” adlı eserde yayınlanmıştır<sup>59</sup>. Ancak Türk hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri derli toplu olarak ilk defa *Başpınar* tarafından kaleme alınmış olan “*Kişilik Hakkı Açısından Kelepçeleme Sözleşmeleri*” adlı makalede yer almıştır<sup>60</sup>. Bu iki çalışma haricinde, bazı eserlerde de kelepçeleme sözleşmelerine belli ölçüde yer verilmiştir. Bunlara; *Ateş*’in, “*Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık*”<sup>61</sup>, *İşgüzar*’ın, “*Tek Satıcılık Sözleşmesi*”<sup>62</sup>, *Akyol*’un, “*Banka Sözleşmeleri*”<sup>63</sup>, *Oktay*’ın “*Uzun*

<sup>57</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 18; **Başpınar**, Butlan, s. 140-141; **Sungurbey/Kaneti**: s. 178; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 238; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 114; **Dural/Öğüz**, s. 139; **İşgüzar**, s. 119; Yavuz, s. 411 vd.; HGK. 11.2.1976, E. 1974/4-1088, K. 1976/209, (YKD. C. 2, S. 9, Y. 1976, s. 1269); Çorlu Asliye Hukuk Mahkemesi (Ticaret Mahkemesi sıfatıyla), T. 3. 5. 1994, E. 1994/193, K. 1994/218. Kararın tam metni için bkz. **Sungurbey**, s. 75 vd.; Ancak Yargıtay kararlarında konunun madde itibariyle daha çok BK.m.19-20 ekseninde ele alındığı ve MK.23/II’ye pek değinilmediği görülmektedir. Bkz. HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 (KBİBB.); 1. HD. T. 6.3.2002, E. 2001/10578, K. 2002/2892 (KBİBB.); 13. HD. T. 3.10.1995, E. 1995/6697, K.1995/8386 (KBİBB.); 13. HD. T. 3.10.1988, E. 1988/2765, K. 1988/4383 (KBİBB.).

<sup>58</sup> Bkz. ileride § 5, IV, B, 3, c., ve § 9, I.

<sup>59</sup> **Sungurbey/Kaneti**: s. 177 vd.. Eserin yayınlandığı tarih 1976’dır.

<sup>60</sup> Bkz. **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 17 vd.. Makalenin kaleme alındığı tarih 1999’dur. Ayrıca **Başpınar**’ın “*Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı*” adlı eserinde de kısa da olsa konuya ait bilgi bulunmaktadır. **Aynı Yazar**, Butlan, s. 140 vd..

<sup>61</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 238 vd..

<sup>62</sup> **İşgüzar**, s. 101 vd..

<sup>63</sup> **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 96 vd.. Yazar eserde, kredi açma sözleşmeleri başlığı altında, konuyu daha çok genel işlem şartları bağlamında ele almaktadır.

*Sürelî Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni*”<sup>64</sup>, *Yavuz’un*, “*Türk Kefalet Hukuku*”<sup>65</sup> örnek verilebilir. Şüphesiz Türk hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri hakkında bilgi içeren eserler bunlardan ibaret değildir<sup>66</sup>. Ancak yukarıdaki açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, Türk hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri yeteri kadar araştırılıp incelenmemiştir.

Yargıtay kararlarında konunun gündeme gelmesi de çalışmada mukayese kapsamında ele alınan ülkelere göre daha geç olmuştur. Gerçekten de, daha önce de ifade edildiği üzere, Yargıtay’ın kelepçeleme sözleşmeleri hakkındaki ilk kapsamlı incelemesi 1974 tarihli Hukuk Genel Kurulu Kararı’dır<sup>67</sup>. Yüksek Mahkeme’nin, bu tarihteki Hukuk Genel Kurulu kararı ile ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlanmasının genel ahlâka aykırı olduğu net biçimde açıklanmış ve konunun muhtevasına ilişkin bir mahkeme kararına göre detaylı sayılabilecek ayrıntıya yer verilmiştir. Yargıtay’ın muhtelif daire kararlarında sürekli bahsi geçen bu karara atıf yapılmıştır<sup>68</sup>.

Çalışmamızın muhtelif yerlerinde Türk hukukundaki durum hakkında detaylı bilgiler verildiği için, burada, yukarıdaki kısa bilgilerle yetinilmiştir.

---

<sup>64</sup> **Oktay**, *Uzun Sürelî*, s. 209 vd.. Daha öncede ifade edildiği üzere, uzun süreli sözleşmelerin, sözleşme taraflarından birinin ekonomik özgürlüğü ve geleceğini genelde risk altına alması sebebiyle, konunun kelepçeleme sözleşmelerinden ayrı düşünülmesi mümkün değildir. Şüphesiz bir sözleşmenin sadece uzun olması kelepçeleme sözleşmeleri için yeterli değildir. Her şeyden önce uzun sürenin, aşırılık boyutunda olması ve kişinin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye atmış olması gerekir (s. 222 vd.).

<sup>65</sup> **Yavuz**, s. 411 vd..

<sup>66</sup> Bu konudaki eserlerin bazıları için bkz. **Sungurbey**, s. 26, 47, 53, 77; **Atamer**, s. 149 vd.; **Dural/Öğüz**, s. 139; **Özsunay**, s. 152 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 401; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 457 vd.; **Eren**, s. 292.

<sup>67</sup> HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 (KBİBB.). Daha önce de belirttiğimiz üzere, kararda “*kelepçeleme sözleşmeleri*” kavramının yerine “*aşırı ölçüde sınırlama*” ve “*borçlunun iktisaden mahvına sebep olma*” ibareleri tercih edilmiştir.

<sup>68</sup> 15 HD. T. 7.4.1997, E. 1997/248, K. 1997/1891 (YKD. 1997, s. 1263); 15 HD. T. 5.5.1999, E. 1999/1119, K. 1999/1769, (KBİBB.); HGK., T. 7.4.2004, E. 2004/13-208, K. 2004/211 (KBİBB.); HGK., 2.2.2005, E. 2004/9-759, K. 2005/9 (KBİBB.).

## BİRİNCİ BÖLÜM

### KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

#### § 4. GENEL OLARAK SÖZLEŞME VE ÖZGÜRLÜK KAVRAMLARI

##### I. Genel Olarak

Çalışma konumuz olan kelepçeleme sözleşmeleri, sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlanması içinde yer almaktadır. Sözleşme özgürlüğünü ele almadan önce, bu konularla doğrudan bağlantılı olan sözleşme ve özgürlük kavramlarının da kısaca açıklanmasının konunun daha iyi anlaşılabilmesine katkı sağlayacağı açıktır. Bu sebeple aşağıda önce sözleşme kavramı, sonra da özgürlük kavramları ele alınmıştır.

##### II. Sözleşme Kavramı

Borçlar Kanununda sözleşmenin tanımına yer verilmemiştir. Ancak Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrası göre<sup>69</sup>; “İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde, akit tamam olur”. Kanundaki bu ifadeden yola çıkarak, sözleşme, iki tarafın, belirli bir hukukî sonuca ulaşmak için karşılıklı ve birbirine uygun şekilde iradelerini açıklamaları olarak tanımlanabilir<sup>70</sup>. Sözleşmelerde kural iki tarafın bulunmasıdır. Ancak, doktrinde de kabul edildiği üzere, ikiden fazla kişinin yapacağı şirket sözleşmesi ve yine ikiden fazla mirasçının yapacakları miras taksim sözleşmesi gibi sözleşmelerde ikiden fazla taraf bulunabilmektedir<sup>71</sup>.

Kanaatimizce, sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlanmasına geçmeden, “sözleşme özgürlüğü” tamlamasının diğer parçası olan “özgürlük” kavramından da kısaca bahsedilmelidir.

<sup>69</sup> Tarihi bir yaklaşım çerçevesinde sözleşme kavramı hakkında bkz.: **Sirmen**, Lâle: Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Hüseyin Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara 1972, s. 441 vd..

<sup>70</sup> **Ayan**, Mehmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Konya 2010, s. 109-110.

<sup>71</sup> **Oğuzman**, Kemal / **Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Baskı, İstanbul 2005, s. 39; **Ayan**, s. 110.

### III. Özgürlük Kavramı

Her şeyden önce felsefî bir kavram olan özgürlük<sup>72</sup> (hürriyet); hukukî, siyasî, toplum hayatında ve gündelik hayatta çeşitli anlamlarda kullanılmaktadır. Bu kadar değişik alanlarda kullanılan bir kavram olması sebebiyle de herkes tarafından kabul edilen ve tartışılmayan bir tanımı bulunmamaktadır. Bu durumu Montesquieu'nin şu ifadesi çok net olarak ortaya koymaktadır: “Hiçbir kelime yoktur ki, özgürlük kelimesi kadar kendisine değişik anlamlar verilmiş ve düşüncelere çeşitli biçimlerde yansımış olsun”<sup>73</sup>. Gerçekten de özgürlüğe, net ve herkes tarafından kabul gören kesin bir tanım vermek şimdiye kadar mümkün olmamış ve bundan sonra da pek mümkün görünmemektedir. Çünkü çok soyut olan özgürlük kavramı hukukî, siyasî, felsefî vb. alanlarda, hep değişik bir anlama bürünmektedir. Hal böyle olunca özgürlük adına yapılan tanımlar da deyim yerinde ise “körlerin fil tarifine” benzemektedir. Tarif edenin bakış açısı ve bulunduğu alan bakımından doğru görünürken, diğer alanlar bakımından eksik ve yetersiz kabul edilmektedir. Yani yapılan tanımların her biri, genellikle incelenen konuyla ilgili olarak meselenin bir yönünü ön plâna almaktadır<sup>74</sup>. Bu sebeple biz de özel bir tanım verme gayreti içine girmeksizin en genel sözlük anlamıyla özgürlüğü, “Herhangi bir kısıtlamaya, zorlamaya bağlı olmaksızın düşünme veya davranma, herhangi bir şarta bağlı olmama durumu; her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu” olarak açıklamayı uygun ve yeterli buluyoruz<sup>75</sup>.

<sup>72</sup> Özgürlük, Almanca *Freiheit*, Fransızca *liberté*, İngilizce *liberty, freedom*, Latince *libertas* kavramlarıyla ifade edilmektedir. Geniş bilgi için bkz. TDK. Felsefe Terimleri Sözlüğü, özgürlük maddesi, <http://tdkterim.gov.tr>, (erişim tarihi, 12.03.2009); **Cevzici**, Ahmet: Felsefe Sözlüğü, 6. Baskı, İstanbul 2005, s. 1305 (özgürlük maddesi), Ayrıca özgürlüğün felsefe boyutuna ilişkin kısa ve derli toplu bilgi için bkz.: **Cevzici**, s. 1305-1307. Özgürlüğü felsefî boyutlarda ele alarak hukuk ve politika vb. alanlarla bağımlı inceleyen bir eser için bkz: **Öktem**, Niyazi: Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul 1977.

<sup>73</sup> **Kapani**, Münci: Kamu Hürriyetleri, 7. Baskı, Ankara 1993, s. 3; **Mumcu**, Ahmet / **Küzeci**, Elif: İnsan Hakları ve Kamu Özgürlükleri, 4. Baskı, Ankara 2007, s. 11; **Ateş**, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007, s. 31.

<sup>74</sup> Hürriyet kelimesi ile farklı anlamlar kastedildiği, herkes tarafından kabul edilebilecek bir tanımın mümkün görülmediği, kavramı kullananların felsefî inancına, siyasî görüşüne, kavramın kullanıldığı alanların farklılığına göre de kelimenin anlamının değiştiği hususunda bkz. **Öner**, Necati: İnsan Hürriyeti, Ankara 2005, s. 14.

<sup>75</sup> Bkz. TDK. Güncel Türkçe Sözlük, <http://tdkterim.gov.tr>, erişim tarihi, 12.03.2009; yukarıdaki sözlük anlamının da bir tanımlama olmayıp, sadece bir açıklama yeraldığıdır.

Özgürlüğü, hukuk felsefecileri genelde iç ve dış özgürlük diye bir ayrıma tabi tutarak ele almışlardır. Buna göre; dış özgürlük, dış dünyadan gelebilecek herhangi bir sınırlama ile karşılaşmadan istenilen eylem ve davranışın gerçekleştirilmesi ve yapılması, yani davranış ve fiil özgürlüğüyle; iç özgürlük ise, alınan iradî kararların gerçekleştirilmesi ve dış dünyaya yansıtılması ile değil, bizzat bu kararların meydana gelmesi ve oluşmasıyla ilgilidir. Böylece dış özgürlük eylem ve davranış olarak dışa yansırken, iç özgürlük irade özgürlüğü olarak iç dünyada kalmaktadır. Felsefe bakımından özgürlük dendiğinde kastedilen de iç özgürlüktür. Bkz. **Aral**, Vecdi: Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 6. Baskı, İstanbul 1992, s. 61-62; **Öktem**, s. 14; **Killoğlu**, İsmail: Ahlâk-Hukuk İlişkisi, İstanbul 1988, s. 108-111; **Öktem**, Niyazi / **Türkbağ**, Ahmet

Toplum düzeni içindeki insanların yukarıdaki açıklamada ifade edildiği kadar özgür bir hayat sürmesi mümkün değildir. Belki kişi, dışa yansıtmadan özgürce düşünebilir, ancak bu düşüncesini dışa yansıtmak veya eyleme geçirmek istediğinde dış etkilerin tepkisi ile karşı karşıya kalır. Hukuk, ahlâk ve din gibi toplum kuralları kişinin bu kadar özgür hareket etmesine müsaade etmemektedir<sup>76</sup>. Yani özgürlük insanın iç dünyasında kaldığı müddetçe, özellikle hukukun dışındadır<sup>77</sup>. Özellikle hukukun dışındadır diyoruz, çünkü ahlâk kuralları ve din kuralları kısmen de olsa insanın düşünce dünyasına da hitap etmektedir. Örneğin, ahlâk kuralları, “başkaları hakkında kötü düşünme!” şeklinde, kişinin düşünme özgürlüğüne sınırlamalar getirmektedir<sup>78</sup>. Ancak sorun şudur ki: Hukuk, ahlâk ve din gibi toplumsal kurallar özgürlüğü ne ölçüde sınırlayabilir<sup>79</sup> veya bu sınırlamalar hangi boyutta olursa kabul edilebilir. Bu soruna çözüm bulmak ya da özgürlükle toplumsal kuralların kesişme noktasına kesin bir sınır çizmek mümkün değildir. Bu sorun ancak, insan hakları, temel hak ve hürriyetler gibi genel hukuk ilkeleri bağlamında çözümlenebilir<sup>80</sup>. Yani özgürlüğün sınırlandırılması, kısıtlanması hiçbir zaman bu ilkelerin ifade etmeye ve korumaya çalıştığı alanı yok etmemelidir. Yine sınırlamalar, bu ilkelerin devamı veya alt görünüşleri olan düşünce ve ifade özgürlüğü, sözleşme yapma özgürlüğü, çalışma özgürlüğü gibi özgürlüklerin tamamen ortadan kaldırılması veya ciddî anlamda kısıtlanması sonucunu doğuracak boyutta da olmamalıdır. Netice olarak şunu söyleyebiliriz: Özgürlüğe sınırlamalar getirilirken özgürlüğün içi boşaltılmamalıdır. Bununla birlikte hiçbir özgürlük sınırsız olamaz. Diğer taraftan özgürlükleri yok etme özgürlüğü de yoktur.

---

Ulvi: Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, 3. Baskı, İstanbul 2003, s. 75. Diğer taraftan bazı yazarlar da özgürlüğü olumlu ve olumsuz anlamda özgürlük olarak ele alıp açıklamaya çalışmışlardır. Buna göre, olumlu anlamda özgürlük, belirli bir emrin, baskının, engelin ya da kuralın yokluğu, yani bağımsızlık (bağımsızlık) olarak, olumlu anlamda özgürlük ise, bireyin davranışlarını kendi şahsî iradesiyle belirleyebilmesi yani seçebilmesi olarak tanımlanmıştır. **Hırş**, Ernest: Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, 3. Baskı, Ankara 2001, s. 129-131; Yazar, kısaca belirli şeylerden kurtulmuş olmayı olumsuz anlamda özgürlük, bir şey yapma konusunda özgür olmayı da olumlu anlamda özgürlük olarak ifade etmektedir (s. 129); **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 31-32; **Aynı yazar**: İrade Özerkliği Kapsamında MK. m. 23/II Hükmü ve Karar Özgürlüğü, ABD., Yıl 65, Sayı 2, Bahar 2007, s. 136.

<sup>76</sup> Bu kıskacı Hırş, “*Toplumsal etkilerin baskısına gelince; töre, âdet, ve hukukun baskısı altında hepimiz, Rousseau'nun dediği gibi, özgür doğduğumuz halde toplumsal zincirlerle bağlıyız*” diye ifade etmiştir. Bkz. **Hırş**, s. 130.

<sup>77</sup> **Mumcu/Küzeci**, s. 13.

<sup>78</sup> **Kayar**, İsmail / **Üzülmez**, İlhan: Hukukun Temel Kavramları, 4. Baskı, Ankara 2007, s. 4.

<sup>79</sup> Özgürlüğün bir hak olduğu konusunda doktrinde genel olarak bir fikir birliği bulunmaktadır. Bkz. **Mumcu/Küzeci**, s. 14 ve dn. 21’de anılan yazarlar. Ancak hak ve özgürlük sık sık kalıp halinde kullanılmasına rağmen, aslında birbirini tamamlayan iki şey değildir. Özgürlük, hakkın sadece bir alt konusudur. Hakkı düzenleyen ve korumaya çalışan, sosyal düzen kuralları olan hukuk, din, ahlâk kuralları neticede özgürlüğü de düzenleyecek ve duruma göre sınırlayabilecektir.

<sup>80</sup> **Cevzici**, (özgürlük maddesi), s. 1306.

## § 5. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SINIRLARI KAVRAMI

### I. Genel Olarak

Türk Borçlar Kanunu ile kaynak İsviçre Borçlar Kanunu ve hukuku, prensip olarak sözleşme özgürlüğü ilkesine dayanmaktadır<sup>81</sup>. Sözleşme özgürlüğü ilkesinin esasını ise, felsefi, ahlâkî ve ekonomik temellere dayanan<sup>82</sup> ve en genel anlamıyla, kişilerin tâbi olacakları kuralları bizzat koyabilmeleri anlamına gelen<sup>83</sup> “irade özerkliği” ilkesi oluşturmaktadır<sup>84</sup>. Bu sebeple sözleşme özgürlüğü ve bu özgürlüğün sınırlanmasına geçmeden kısaca irade özerkliği konusunu ele almak gerekir.

### II. İrade Özerkliği

Doktrinde, irade özerkliği (Privatautonomie)<sup>85</sup> ile sözleşme özgürlüğü zaman zaman eş anlamlı olarak kullanılmaktadır<sup>86</sup>. Her ne kadar bu kavramlar eş anlamlı olarak kullanılsa ve birbiri ile iç içe geçmiş gibi görünse de, tamamen birbirine eş değildir. Gerçekten de, sözleşme özgürlüğünün temelini irade özerkliğinin oluşturduğu yukarıda ifade edilmişti. Bu cümleden olarak sözleşme özgürlüğünün, irade özerkliğinin bir uzantısı olduğu ifade edilebilir. Ancak irade özerkliği, sözleşme özgürlüğünün bir uzantısı değildir. Zira irade

<sup>81</sup> **Esener**, Turhan: Borçlar Hukuku, Cilt I, Akitlerin Kuruluşu ve Geçerliliği, Ankara 1969, s. 193; **Erman**, Hasan: Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHF, Cilt XXXVIII, Sayı 1-4, s. 601; **Başpınar**, Butlan, s. 15; **Sirmen**, s. 446; **Altaş**, Hüseyin: Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara 1998, s. 43; **Aynı yazar**, Hüseyin: Kira Parası Artışlarının Sınırlanması, AÜHF, C. 49, S. 1-4, Y. 2000, s. 105; Aynı anlama gelmek üzere: **Eren**, s. 268-269.

<sup>82</sup> **Eren**, s. 267; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 43; **Aynı yazar**, Kira Parası, s. 104.

<sup>83</sup> **Ayan**, s. 5; **Başpınar**, Butlan, s. 2; **Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 17; **Oftinger**, Vertragsfreiheit, s. 317; **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 120.

<sup>84</sup> **Esener**, s. 193; **Erman**, s. 602; **Eren**, s. 267; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 43; **Aynı yazar**, Kira Parası, s. 104; **Oftinger**, Vertragsfreiheit, s. 322; **Ateş**, Derya: Sözleşme Özgürlüğü Yönünden Dürüstlük Kuralları, TBB Dergisi, S. 72, Y. 2007, s. 75.

<sup>85</sup> Doktrinde bu kavram için, “İrade Muhtariyeti”, “İrade Özgürlüğü”, “İrade Hürriyeti - Seçme Özgürlüğü” gibi terimler de kullanılmaktadır. İrade özerkliği kelimesi Almanca da “Privatautonomie” olarak kullanılmamaktadır. Almanca karşılığı için bkz. **Eren**, s. 267; “Kavramın Latince kökeni ise, autos (kendisi tarafından, kendisinden) ve nomos (kanun) kelimelerinin birleşiminden oluşmaktadır.”, **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 32, dn. 86; **Ateş**, İrade Özgürlüğü, s. 136, dn. 3.

<sup>86</sup> Bkz. **Flume**, Rechtsgeschäft, s. 12; Ayrıca yazar irade özerkliğini ele aldığı çalışma için bkz. Flume, Werner: Rechtsgeschäft und Privatautonomie, in Festschrift zum Hundertjährigen bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960, Karlsruhe 1960, s. 135 vd.; **Hönn**, Günther: Zur Problematik der Privatautonomie, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek2/text.php?id=147>; **Oğuzman/Öz**, s. 19; **Eren**, s. 268-269; **Başpınar**, Butlan, s. 17; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 363; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 36.

özerkliği, hâlâ tartışılan ve üzerinde fikir yürütülen felsefi, ekonomik ve ahlâkî anlamda bir deyimdir<sup>87</sup>. Sözleşme özgürlüğü ise, irade özerkliğinin bir görünümü olarak, pek çok hukuk sistemleri bakımından pozitif düzenlemeye kavuşmuş gerçek anlamda bir özel hukuk meselesidir<sup>88</sup>.

İrade özerkliği kavramı, kendisine kaynaklık eden özgürlük kavramı gibi, açık bir tanıma kavuşturulamayacak kadar geniş ve kapsamlıdır<sup>89</sup>. Özgürlük gibi, irade özerkliğine de bir tanım vermek güç olmakla beraber, felsefi anlamda irade özerkliği, “*İnsanın istemelerini kendisinden başka bir şeyin engellememiş bulunması, veya başkası tarafından kendisinin istemediği bir şeye zorlanmamış olması*”dır<sup>90</sup>. Tanımda da görüldüğü üzere, bahsedilen kavramın merkezinde kişinin kendi iradesi bulunmaktadır. Yani istemler kişinin kendi iradesi ile engellendiği zamanlarda, irade özerkliğinin mevcudiyetine bir zarar gelmemektedir. Ancak kişi başkası tarafından bilinçli veya bilinçsiz olarak belli bir istemeye zorlanmışsa, irade özgürlüğünden bahsetmek mümkün olmaz<sup>91</sup>.

İrade özerkliğinin merkezinde kişinin kendi iradesi olduğuna göre, öncelikle irade<sup>92</sup> kavramını ele almak gerekir. Her şeyden önce iradenin, yüksek bir zihin fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir. Ancak bu fonksiyonun tek bir organ tarafından yerine getirilemeyecek kadar genel yeti olduğu ve bu yetinin içinde, fikir (düşünce), fiil (eylem), bilinç ve zekâ gibi unsurların var olduğu belirtilmektedir<sup>93</sup>. İradenin en belirgin niteliğinden biri aklilik, diğeri amaçtır. Aklilik sayesinde iradî davranış ile irade dışı davranışlar birbirinden ayrılır. Örneğin hipnotize edilmiş bir kimsenin hareketiyle, iradesi herhangi bir etki ile engellenmemiş normal bir kimsenin davranışları birbirinden ayrılır. Gerçekten de, doktrinde ifade edildiği gibi, hipnotize edilen kimse, yaptığı şeyleri, kendisine telkin edilen şeylerin etkisiyle yapar.

<sup>87</sup> Hatta irade özerkliğinin psikoloji ile de ilgili olduğu hususunda bkz. **Güriz**, Adnan: Hukuk Felsefesi, 7. Baskı, Ankara 2007, s. 77. Yazar ayrıca burada konunun din felsefesi ve hukuk felsefesi ile ilgili olduğunu belirterek ve bu alanların en tartışmalı konularından birinin de irade hürriyeti olduğunu ifade etmektedir. *Öner* ise, İnsan Hürriyeti adlı eserinin önsözünde, Brunschwig’den bir alıntı yaparak şöyle demektedir: Felsefe çözülememiş meselelerin bilimidir. Bir defa çözüldüler mi, felsefe olmaktan çıkarlar”. Yazar bu bağlamda, hürriyet (özgürlük) meselesinin de, insan var olduğu sürece bir felsefe meselesi olarak kalacağını ve üzerinde tartışmaların sürüp gideceğini belirtmektedir. **Öner**, s. 7. Kanaatimizce irade özerkliği içinde aynı durum geçerlidir. Çünkü irade özerkliğinin temelinde de özgürlük (hürriyet) bulunmaktadır.

<sup>88</sup> **Saymen**, Ferit H. / **Elbir**, Halid K.: Türk Borçlar Hukukunda Umumi Hükümler, İstanbul 1966, s. 132, dn.131; **Erman**, s. 602.

<sup>89</sup> **Killoğlu**, s. 111, 113.

<sup>90</sup> Tanım için bkz. **Killoğlu**, s. 112.

<sup>91</sup> **Killoğlu**, s. 112.

<sup>92</sup> Cevizci’ye göre irade kavramının felsefi sözlük anlamı: “Eylemlerimizi, arzu, niyet ve amaçlarımıza göre, kontrol altında tutabilme, ve belirleme gücü; kişinin belli eylem ya da eylemleri gerçekleştirme de sergilediği kararlılık; belli bir durum karşısında, gerçekleştirilecek olan eylemi, her hangi bir dış zorlama ya da zorunluluk olmaksızın, kararlaştırma ve uygulama gücü; eyleme neden olan, eylemi başlatan yeti.” **Cevizci**, (irade maddesi) s. 930.

<sup>93</sup> **Öner**, s. 23; **Killoğlu**, s. 113.



Hâlbuki normal halde bulunan bir kimse bu şeylerin faydalı olduğuna hükmederek yapar. İşte iradeyi, irade dışından ayıran da bu hükümdür<sup>94</sup>. Amaç ise, iradenin diğer önemli bir niteliğidir. Amaç hakkında bir hüküm (yargı) bulunmaktadır. Amacı ilgilendiren bu hüküm (yargı), irade tarafından oluşturulmaktadır. Bu hüküm (yargı), amaç ile önceden edinilmiş düşünce arasında yapılan bir karşılaştırma sonucunda verilmektedir. Bu hüküm (yargı), iyiyi, faydalıyı, elverişliyi vs. olanı gerçekleştirmeye yönelik ve bununla ilgilidir<sup>95</sup>. Yani irade, “amacın değeri hakkında bilinç ya da amaç hakkında aklî bir hüküm”<sup>96</sup>, başka bir anlatımla “aklî bir istek”tir<sup>97</sup>.

İrade özerkliğine ilişkin tartışmalar çok eski olmakla beraber<sup>98</sup>, günümüz irade özerkliği doktrininin temeli Kant’a dayandırılmaktadır<sup>99</sup>. Kant irade özerkliğini, “Ahlâkın Metafiziği = Die Metaphysik der Sitten” adlı eserinde üç prensip<sup>100</sup> içinde saymakta ve bu prensiplerin sonuncusu olarak da irade özerkliğini göstermektedir. Kant’a göre, bütün emirler bizzat iradeden gelmektedir. Bundan dolayı irade kural koyucudur. Bundan dolayı kişi, ahlâk kurallarının hem koyucusu hem de sujesi olmaktadır<sup>101</sup>.

İrade özerkliği ile ilgili kesin ve genel bir sonuca varmak elbette güçtür. Ancak meselenin ahlâk ile çok yakın bir bağ içinde olduğu da bir gerçektir. İrade özerkliğinin varlığı

<sup>94</sup> **Dwelschauvers**, Georges: Psikoloji, (Çev.:Mustafa Şekip Tunç), İstanbul 1938, s. 397; **Öner**, s. 24; **Killoğlu**, s. 113.

<sup>95</sup> **Öner**, s. 24; **Killoğlu**, s. 113.

<sup>96</sup> **Dwelschauvers**, s. 397; **Öner**, s. 24; **Killoğlu**, s. 113.

<sup>97</sup> **Öner**, s. 24; **Killoğlu**, s. 113.

<sup>98</sup> İrade özerkliğini ilk ortaya atan düşünürün Aristoteles olduğu kabul edilmektedir. Aristoteles’in irade özerkliği, ahlâka uygun davranışın temelidir. Örneğin Aristoteles’e göre; bir kimse suç işlemediği zaman aile bireylerinin öldürüleceği tehdidiyle karşı karşıya kalsa ve uzun bir düşünceden sonra suç işlemeye karar verse, yapmış olduğu fiilden (suçtan) sorumludur. Çünkü olayda fizikî bir zorlama yoktur, ancak manevî bir zorlama vardır. Kişi manevî zorlamaya rağmen, alternatifler arasında seçim yapma özgürlüğüne, yani irade özgürlüğüne sahiptir. Dolayısıyla elinde alternatifler varken iradesini fiili yapmaktan yana kullanan kimse sorumlu olmalıdır. Bkz. **Güriz**, s. 77; **Killoğlu**, s. 114. Yani kişi, fizikî zorlamalar etkisi ile fiili yapmak zorunda kalsaydı, hangi ahlâkî düşünce ile sorumlu tutulabilecekti? Ama seçme özgürlüğüne sahip bir ortamda iradesini kullandığına göre ahlâkî anlamda da kişi sorumlu olmalıdır. Ayrıca irade özgürlüğünün felsefî gelişimi ve konu hakkındaki teorik tartışma ve görüşler için bkz. **Güriz**, s. 77 vd.; **Killoğlu**, s. 112 vd..

<sup>99</sup> **Güriz**, s. 80; **Killoğlu**, s. 116; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 34, dn. 90; **Erman**, s. 602.

<sup>100</sup> Üç prensibin birincisi, kudretin evrenselliği; ikincisi, insanlık prensibi; üçüncüsü, irade özerkliğidir. **Sevig**, Vasfi Raşit: Ahlâkın Umumiyyetle Hukuk ve Hususiyle Mukaveleler Üzerindeki Tesiri, Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 554 vd..

<sup>101</sup> **Sevig**, s. 555; **Eren**, s. 18. Ayrıca “Kant’a göre, ruhun bazı faaliyetleri fiziki ve maddi fenomenler içinde yer alır. Ancak bu alan irade faaliyetinin tümünü kapsamaz. Başka bir dünya daha vardır ki o da numen alanıdır. Bu alanının kanunları farklıdır ve fenomenler dünyasının etkisi altında değildir. Aslında numen ile kastedilen insanın deruni kişiliğidir. İnsan hürriyeti bertaraf eden ruhsal kanunlara değil, irade hürriyetini güvence altına alan ahlâkî kanunlara tâbidir. Ahlâk kanunları doğa kanunlarından farklı olarak neyin olacağını önceden belirlemezler, irade ahlâkî kanunlara da karşı gelebilir. Buna da irade özerkliği denilmektedir. Ahlâk kanunları, insan davranışından bağımsız değerler olup bunların ölçüleridir. Ahlâkî davranışın değeri, ahlâk kanunlarının standartlarına uygunlukta belirir. Bu sebeple iradenin nedenlerini araştırmaya lüzum yoktur. Diğer taraftan bir kimse ahlâk kurallarına da karşı gelebilir. Bu karşı gelme aslında irade özerkliğinin de bir kanıtı. Çünkü Kant, iradenin kendiliğinden (spontane) belirmesini de irade özerkliğinin kanıtı saymaktadır.” **Güriz**, s. 80-81’den naklen; **Killoğlu**, s. 116-117.

veya yokluğu şüphesiz ahlâk yönünden özel bir anlam taşımaktadır. Çünkü insan değişik tercihler arasında serbest bir seçim yapma, karar verme yetkisine sahip değil ve yapabileceği kudreti yoksa, sadece yapması gerekeni bilerek onu yapıyorsa, o takdirde ahlâkî sorumluluğun hangi temele dayandırılacağı sorunu ile karşı karşıya kalınmaktadır. Gerçekten de, kendi hareketini düzenleyen güçlerin etkisinde kalarak hür bir irade sahibi olmayan bir insanın davranışından dolayı, onu sorumlu tutmayı ahlâkî anlamda izah etmek güçtür<sup>102</sup>. Kısaca Kant'ın anlayışında olduğu gibi, irade yoksa, kesin emir, buna bağlı olarak da ahlâk yoktur. Bir anlamda ahlâkî davranış iradî (özgür) davranışla da eş olmaktadır<sup>103</sup>. Yani insan hürdür ve çeşitli tercihler arasında serbest bir seçim yapma ve bunlardan birini tercih etme imkânına sahiptir. Böylece insan bir davranış, bir fiilî kendi özgür iradesi ile istemekte, seçmekte, tercih etmekte ve bunun neticesinde de kendi özgür iradesi ile yükümlülük ve borç altına girmektedir<sup>104</sup>. Bu da kişinin hem bağımsız olduğunu, hem de kendisi tarafından konulmuş kuralların egemenliği altında bulunduğunu, bundan dolayı eğer borç altına girecek bir durum yaratmak istiyorsa bunu da ancak kendisinin yapabileceğini ifade eder<sup>105</sup>.

Bahsedilen düşüncenin hukuk dünyasına aktarılması ise, eşit ve hür irade sahibi olan insanların, ancak kendi istekleri ile borç altına girmeleri ve verdikleri söze bağlanmaları şeklinde ortaya çıkmaktadır<sup>106</sup>. Böylece borcu doğuran, değiştiren, devreden, sona erdiren hep kişinin kendi iradesi olmaktadır<sup>107</sup>. Bundan dolayı da özgürlük ve yükümlülük arasında teorik açıdan herhangi bir çelişki bulunmamaktadır.

İnsanın hür iradeye sahip olduğu ve sadece kendi iradesi ile bağlanabileceği<sup>108</sup> ve hukukî ilişkilerini istediği gibi düzenleyeceği fikri, liberal ve ferdiyetçi hukuk sistemlerinin temel kuralıdır<sup>109</sup>. Bu sebeple liberal ve ferdiyetçi hukuk sistemlerinin egemen olduğu yerlerde de irade özerkliği, kişilerin özel hukuk ilişkilerini kendi hür iradeleri ile doğrudan

<sup>102</sup> **Güriz**, s. 77.

<sup>103</sup> **Killoğlu**, s. 118.

<sup>104</sup> **Eren**, s. 267, 269.

<sup>105</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 34.

<sup>106</sup> **Erman**, s. 602; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 34; **Saymen/Elbir**, s. 132, dn. 131.

<sup>107</sup> Yani hür bir varlık olan kişi, kendi kaderini bizzat tayin etme hakkına (Selbstbestimmungsrecht) sahip olmaktadır. **Akıncı**, Şahin: Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2006, s. 10-11.

<sup>108</sup> Alman Anayasa Mahkemesi de verdiği bir kararında irade özgürlüğünün, kişinin kendi kendini sınırlama ilkesi üzerine kurulu olduğunu belirtmiştir. BverfG, 07.02.1990, BverfGE, C. 81, s. 242 vd..

<sup>109</sup> **Eren**, s. 267; **Başpınar**, Butlan, s. 14; **Altaş**, Kira Parası, s. 103; **Oftinger**, Vertragsfreiheit, s. 316 vd.; Liberal ve ferdiyetçi düşünce sistemleri (doğal hukuk akımı, hümanizm, aydınlanma gibi) 17. ve 18. yüzyıllarda ortaya çıkmış ve bu düşünce sistemleri, siyasî ve sosyal etkilerini Fransız ihtilâli ile göstermiştir. Daha sonra yaşanan sanayi devrimi ile serbest ekonomi anlayışı şeklinde kendini soysal ve hukuk hayatında tamamen göstermeye başlamıştır. Bu anlayış 19. yüzyılda, klâsik liberal iktisat teorisinin öncüsü Adam Smith'in sözlerine de şu şekilde yansımıştır: "Bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler". **Atamer**, s. 11-12; **Küçükyağcı**, Arzu: Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, C. 53, S. 4, Y. 2004, s. 105. Benzer açıklamalar için bkz. **Erman**, s. 602; **Tiryaki**, Refik: Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara 2008, s. 123-124; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık s. 35, dn. 93.

doğruya düzenleyebilmeleri olarak karşımıza çıkmaktadır<sup>110</sup>. Bu düzenlemede başvuru en önemli hukukî yol ve araç ise sözleşmelerdir<sup>111</sup>.

### III. Sözleşme Özgürlüğü

İrade özerkliğinin özel hukuk veya daha dar bir ifade ile borçlar hukukundaki görünümü sözleşme özgürlüğüdür<sup>112</sup>. Bu sebeple olaya borçlar hukuku penceresinden bakıldığında sözleşme özgürlüğü (Vertragsfreiheit) ile kastedilen aynı zamanda irade özerkliğidir. Bu kavramların eş anlamlı olarak kullanılma sebebi de budur. Söz konusu kavramlar borçlar hukukçuları arasında eş anlamlı olarak kullanılsa da, felsefeciler ve hukuk felsefecileri tarafından eş anlamlı olarak kullanılmamaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün gelişimi de irade özerkliğinin bir görünümü ve uzantısı olması sebebiyle, onun gelişimine paralellik arz etmektedir. Avrupa'daki kanunlaştırma

---

<sup>110</sup> **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 104; **Başpınar**, Butlan, s. 14; **Oftinger**, Vertragsfreiheit, s. 316 vd.; Bu yaklaşım ve anlayış bazı kanunlar açısından mutlak bir anlayışa kadar yükselmiştir. Fransız Medenî Kanunu 1134 üncü maddedeki düzenleme bunun için güzel bir örnektir. Söz konusu madde de, hukuka (kanuna) uygun olarak yapılan sözleşmelerin, taraflar için kanun yerine geçeceği kabul edilmiştir. **Eren**, s. 19; **Başpınar**, Butlan, s. 3; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 364; **Küçükyağın**, s. 106; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık s. 34, dn. 91, s. 35, dn. 93; **Serozan**, Rona: (Hâtemî, H./Serozan, R./Arpacı, A.), Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 28. Fransız Medenî Kanunundaki bu prensip, her ne kadar Türk ve İsviçre Borçlar Kanununda yer almasa da, Türk ve İsviçre Borçlar Hukukunda da kabul edilmektedir. Aslında aynı sonuç, İsviçre ve Türk Borçlar hukukunda da yedek hukuk kurallarının aksi taraflarca sözleşme ile kararlaştırıldığı zaman ortaya çıkmaktadır. Yani taraflar, yedek hukuk kuralının aksini bir sözleşme ile kabul ettiklerinde, sözleşmenin kapsamına giren hususlarda kabul edilen sözleşme hükümleri uygulanır. Bkz. **Oğuzman**, M. Kemal / **Barlas**, Nami: Medenî Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 12. Bası, İstanbul 2005, s. 68. Kısaca özetlemek gerekirse, bahsedilen prensip, tarafların kanun mertebesinde düzenleme yapabilmeleri anlamına gelmektedir. Tarafların sözleşme ile kurdukları bu düzene “mikro hukuk düzeni” de denmektedir. Şüphesiz taraflarca kurulan mikro hukuk düzeni, devletin genel hukuk düzenine aykırı olamaz. Yani sözleşme özgürlüğünün sınırını devletin hukuk düzeni oluşturmaktadır. Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 3.

<sup>111</sup> **Eren**, s. 268; **Altaş**, Kira Parası, s. 104; **Flume**, Rechtsgeschäft, s. 8. Ayrıca kullanılan diğer bir aracın da teşebbüs özgürlüğü olduğu, bu özgürlük ne kadar geniş uygulanırsa, irade özerkliğinin o kadar sağlanabileceği, teşebbüs özgürlüğünün olduğu toplumlarda gelişme, refah ve demokrasinin egemen olacağı belirtilmiştir. Geniş bilgi için bkz. **Başpınar**, Veysel: Mülkiyet Hakkını İhlâl Eden Müdahaleler, Ankara 2009, s. 66 vd.; **Aynı Yazar**, Butlan, s. 14; **Eren**, s. 268; **Altaş**, Kira Parası, s. 104. Kişiler, özel borç ilişkilerinde sözleşme yoluyla, kendi hukuk normlarını koymaktadırlar. Böylece sözleşme, onu yapanların kanunu, kişinin iradesi de hukukun kaynağı olmaktadır. Ancak şu gözden kaçırılmamalıdır ki; irade özerkliği ilkesi, kişilere özel hukuk ilişkilerini serbestçe düzenleme yetkisi vermekle birlikte, onlara objektif hukuk normu koyma yetkisi vermez. Objektif hukuk normunu sadece bununla yetkili olan organlar koyabilir. Örneğin yasama organı kanun yapar. Burada “kendi hukuk normlarını koymak” ifadesiyle kastedilen, hukuk düzeninin sınırları içinde tarafların çeşitli sözleşmelerle borç ilişkisi düzenlemeleri ve bununla bağlı kalmalarıdır. **Eren**, s. 268, s. 268 dn 6; **Oftinger**, Vertragsfreiheit, s. 317.

<sup>112</sup> **Ayan**, s. 6; **Eren**, 19; **Esener**, s. 193; **Erman**, s. 602; **Saymen/Elbir**, s. 132, dn. 131; **Sirmen**, s. 446; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 363; **Serozan**, (Hâtemî/Serozan/Arpacı), s. 28; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 38. Borçlar hukuku alanında irade özerkliğinden doğan üç temel ilke olduğu ve bu ilkelerin sözleşme özgürlüğünden başka, sözleşmenin bağlayıcı etkisi ve sözleşmenin nisbîliği olduğu hususunda bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 35; **Ateş**, İrade Özgürlüğü, s. 137. İrade özerkliğinden, sözleşme özgürlüğü, eşitlik, şekil özgürlüğü alt ilkeleri doğduğu hususundaki açıklama ve ayrıntı için bkz. **Eren**, s. 119 vd..

hareketleri ile birlikte sözleşme özgürlüğü birçok ülkede kanunî düzenlemeler içinde yer almaya başlamıştır. Ondokuzuncu yüzyılda, Fransız Medenî Kanunu<sup>113</sup> ve Avusturya Medenî Kanunları<sup>114</sup> bunlara örnektir. Keza yüzyıl kadar sonra yürürlüğe giren Alman Medenî Kanununda<sup>115</sup> da aynı durumu görmek mümkündür<sup>116</sup>. Türk Borçlar Kanununun da kaynağı olan 1911 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu da<sup>117</sup> sözleşme özgürlüğünü benimsemiştir.

Sözleşme özgürlüğü borçlar hukukunun bir temel ilkesi olmasına rağmen, ne Borçlar Kanununda ne de kaynak İsviçre Borçlar Kanununda tanımlanmış değildir<sup>118</sup>. Ayrıca Borçlar Kanunumuzda sözleşme özgürlüğü genel ve bütün yönleri ile düzenlenmiş de değildir<sup>119</sup>. Örneğin, BK. m. 19/I'de, sadece “sözleşmenin içeriğini belirleme” kısmı yer almaktadır<sup>120</sup>. Yine BK. m. 11'de ise şekil özgürlüğü üzerinde durulmuştur<sup>121</sup>. Her ne kadar sözleşme kurma özgürlüğü bakımından Borçlar Kanununda açık bir hüküm olmasa da, bu sözleşme özgürlüğünün doğal sonucudur. Zira sözleşme kurma özgürlüğünün olmadığı bir yerde sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün de bir anlamı olmaz. Çünkü bu ikisi arasında sıkı bir bağ vardır<sup>122</sup>.

Türk Hukukunda ilk olarak 1924 Anayasası ile sözleşme özgürlüğü tanınmıştır. Gerçekten de 1924 Anayasasının 70. maddesinde “... akit ... şirket hak ve hürriyetleri Türklerin tabii hukukundandır” ve 79. maddesinde “Ukudun (akitlerin), ... ve şirketlerin hududu hürriyeti kanunlar ile musarrahtır” şeklinde düzenleme getirilmiştir<sup>123</sup>. Böylece sözleşme özgürlüğü, normlar hiyerarşisinde en üst seviyede tanınmış ve bunun sınırlarının ise kanunlar olduğu belirtilmiştir. Anayasadaki bu düzenlemeleri takiben, 1926 yılında kabul

<sup>113</sup> Fransız Medenî Kanunu m. 1134/I.

<sup>114</sup> Avusturya Medenî Kanunu m.879 (ABGB § 879). Aslında bu madde de sözleşme özgürlüğünden doğrudan bahsedilmemektedir. Yalnızca maddede sözleşmenin, hukuka ve ahlâka aykırı olması halinde geçersiz olacağı belirtilmiş ve böylece genel serbestlik tanınmıştır. Avusturya Anayasasında açık bir hüküm olmamakla beraber, ekonomik düzeni garanti altına alan ve mülkiyet hakkını kişiye tanyan 5 ve 6. maddeler sözleşme özgürlüğünün de temeli kabul edilebilir.

<sup>115</sup> Alman Medenî Kanunu m. 311/I. (BGB § 311/I). Alman Medenî Kanununda yer alan sözleşme özgürlüğü, genel olarak Alman Anayasası m. 2/I ile güvence altına alınmıştır. Bkz. **Looschelders**, Dirk: Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Köln 2009, § 3, Nr. 49; **Larenz/Wolf**, § 34, Nr. 22.

<sup>116</sup> **Atamer**, s. 17-18, **Küçükyalçın**, s. 106.

<sup>117</sup> İsviçre Borçlar Kanunu, m. 19-20. Bkz. **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 2 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 120 vd.; **Bucher**, OR AT, s. 238 vd.; **von Tuhr/Peter**, s. 247 vd.;

<sup>118</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 15; Türk Borçlar Kanunu bakımından, **Altaş**, s. 43; **Aynı Yazar**, Kira Parası, s. 105.

<sup>119</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 15.

<sup>120</sup> **Erman**, s. 603; **Eren**, s. 284-285; **Esener**, s. 193; **Başpınar**, Butlan, s. 15; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 44-45, dn. 8.

<sup>121</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 15; **Eren**, s. 284; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 44, dn. 8; **İnan**, Ali Naim: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 3. Baskı, Ankara 1984, s. 123.

<sup>122</sup> **Eren**, s. 270-271. Ayrıca sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu yerde sözleşmenin içeriğini belirleme (düzenleme serbestisi) özgürlüğü ya hiç olmaz ya da çok sınırlı bir şekilde tanınmış olabilir. Zaten sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu yerde tarafların (daha doğrusu sözleşme yapmak zorunda olan tarafın), sözleşmenin içeriğini ve şartlarını serbestçe tartışma imkânları yoktur. **Eren**, s. 271; **Esener**, s. 194-195.

<sup>123</sup> **Tiryaki**, s. 124;

edilen Borçlar Kanunu ile yukarıda belirtilen boyutta sözleşme özgürlüğü Türk Hukuk dünyasına tam anlamıyla girmiştir. Sözleşme özgürlüğü, 1961 Anayasası 40. madde, fıkra I'de “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”, fıkra II'de ise “Kanun, bu hürriyetleri, ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabilir” şeklinde düzenlenmiştir. 1961 Anayasasında sözleşme özgürlüğü, “temel hak ve ödevler” arasında yer almış ve çalışma ve özel teşebbüs hürriyeti ile birlikte ele alınmıştır. Son olarak sözleşme özgürlüğü, 1982 Anayasasının 48. maddesinde “ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler” bölümünde güvence altına alınmıştır. Bu maddeye göre; “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir”<sup>124</sup>.

Yukarıdaki kısa açıklamalardan görüldüğü üzere, sözleşme özgürlüğü, Anayasa seviyesinde de tanınmıştır. Bununla birlikte Anayasa veya ilgili kanunlarda sözleşme özgürlüğünün tanımı yapılmamıştır. Doktrinde, bu kavrama ilişkin olarak çeşitli tanımlar yapılmıştır. Burada tanım tartışmalarına girmeksizin sözleşme özgürlüğünü, kısaca, “kişilerin diledikleri sözleşmeyi, diledikleri kişilerle ve içerikle geçerli olarak yapabilmek hususunda sahip oldukları özgürlük” olarak ifade edilebiliriz<sup>125</sup>.

Bir toplumda ve ülkede sözleşme özgürlüğünün varlığından bahsedebilmek için, her şeyden önce o yerde serbest piyasa ekonomisinin var olması gereklidir. Çünkü serbest piyasa ekonomisinin olmadığı yerde, serbest hareket etme ve ticarî faaliyette bulunma özgürlüğü çok kısıtlı olacağından, sözleşme özgürlüğünden de bahsetmek imkânsızdır. Serbest piyasa ekonomisinin olduğu liberal ve ferdiyetçi hukuk sistemlerinde kanun koyucular, kişilere,

<sup>124</sup> Aslında bu hüküm 1961 Anayasası 40. maddede, temel hak ve özgürlükler arasında düzenlenmişken, 1982 anayasasında ekonomik ve sosyal haklar ve ödevler bölümünde yer almaktadır. 1961 anayasasındaki düzenlemenin sözleşme özgürlüğünün önemi bakımından daha yerinde bir düzenleme olduğunu ifade etmek gerekir. **Başpınar**, Butlan, s. 13, dn. 1; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 44; **Altaş**, Kira Parası, s. 105, dn. 25; Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson gibi hukuk sistemlerinde irade özerkliğinden doğan alt özgürlükler olarak, sözleşme özgürlüğü, mülkiyet ve miras hakları bir arada tanınmıştır. Bu temel hak ve özgürlüklerden birinin bulunmaması veya aynı seviyede tanınmaması diğerlerinin de anlamsızlaşmasına yol açar. Yani bu özgürlüklerin tümünün bir arada tanınması gereklidir. **Başpınar**, Butlan, s. 13, dn. 1; Ayrıca bkz. **Raiser**, Ludwig: Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Festschrift zum Hundertjährigen bestehen des Deutschen Juristentages, 1860-1960, Karlsruhe 1960, s. 101-103.

<sup>125</sup> Sözleşme özgürlüğü ve tanımlar için bkz. **Wolf**, Ernst: Vertragsfreiheit – Eine Illusion, in Festschrift für Max Keller zum 65. Geburtstag, Zürich 1989, s. 359 vd; **Raiser**, Ludwig: Vertragsfreiheit heute, JZ 1958, N. 1, s. 1 vd.; **Oftinger**, Vertragsfreiheit, s. 316 vd.; **Flume**, Rechtsgeschäft, s. 12; **Stachelin**, Adrian: Zwingende Normen zum Schutz der schwächeren Partei als Regulatoren zwischen Freiheit und Zwang, in Wirtschaftsfreiheit und Konsumentenschutz, Zürich 1983, s. 99 vdl; **Başpınar**, Butlan, s. 16; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 31 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 120 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 362 vd.; **Eren**, s. 270 vd.; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 17; **Schweingruber**, s. 56 vd.; **Sirmen**, s. 446 vd.; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 43-44; **Tiryaki**, s. 12 vd.; **İnan**, 122; Bir anlamda tanım içeren ve sözleşme özgürlüğünün içeriğini gösteren Yargıtay 4. HD. T. 26.10.1978, E. 1977/13113, K. 1978/12134'te aynen “... Genel olarak kişiler özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu imkân, Borçlar Kanununda öngörülen sözleşme serbestisi ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır ...” denmektedir. (YKD, 1979, S.5, s. 634-635).

hareket edebilecekleri pek çok alan bırakırlar. İşte bunlardan biri de sözleşme özgürlüğüdür<sup>126</sup>.

Borçlar hukukunun dinamik yapısı ancak sözleşme özgürlüğü ile korunabilir ve bu sayede borçlar hukuku, çağın ve teknolojinin getirdiği yeni gelişmelere, herhangi bir özel kanun değişikliği olmadan da ayak uydurabilir<sup>127</sup>. Ancak borçlar hukuku ile bir bütünlük arz eden eşya hukuku, miras hukuku ve aile hukuku gibi alanlarda sözleşme özgürlüğü ciddi anlamda sınırlanmakta, hatta neredeyse kabul edilmemektedir. Çünkü bu alanlarda sözleşme özgürlüğü değil, sınırlı sayı ve tipe bağlılık ilkesi içerisinde bilakis sözleşme mecburiyeti yer almaktadır<sup>128</sup>.

Sözleşme özgürlüğü mutlak surette kabul edilse dahi, elbette sınırsız bir özgürlük sözkonusu olamaz<sup>129</sup>. Çünkü bir kişiye tanınan çok geniş bir özgürlük diğer kişi ya da kişilerin özgürlüğünü tehlikeye atabilir<sup>130</sup>. Aslında liberal ve ferdiyetçi düşünce sahipleri dahi, bu geniş sözleşme özgürlüğünün hukuk düzeni ve ahlâk kuralları ile çelişme haline geldiği durumlarda sınırlamayı kabul etmişlerdir<sup>131</sup>. Aynı şekilde liberal ekonomi sisteminde de ekonomik (iktisadî) bakımdan zayıf olanların istismar edilmesi sebebiyle bu özgürlüğün

<sup>126</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 14; Benzer biçimde, **Altaş**, Kira Parası, s. 105; Otoriter sosyalist hukuk sistemleri, özel mülkiyet ve özel girişim haklarını tanımadıkları için, bu sistemlerde sözleşme özgürlüğü çok dardır. **Eren**, s. 268.

<sup>127</sup> **Serozan**, (**Hâtemî/Serozan/Arpacı**), s. 27; Yazar bu durumu borçlar hukukunun olumlu yanı olarak görürken haklı olarak sözleşme özgürlüğünün ortaya çıkardığı olumsuz yöne de değinmektedir. Yazar, “bırakınız serbestçe çözelim” mantığı çerçevesinde, kişilerin, irade bozukluğu, gabin, ahlâka aykırılık sınırına kadar, hangi koşullarda olursa olsun serbestçe sözleşme yapabilmelerini ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin eşit bireyler arasında ve eşit koşullar altında, serbest pazarlıkla, dengeli, adaletli sözleşme kurabilecekleri varsayımına dayalı olduğunu, ancak günümüz koşulları ve yaşam gerçeğinde bunların mümkün olmamasını, sözleşme özgürlüğünün olumsuz yanı olarak görmektedir. **Serozan**, (**Hâtemî/Serozan/Arpacı**), s. 27-28.

<sup>128</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 363; **Serozan**, (**Hâtemî/Serozan/Arpacı**), s. 28-29; **von Tuhr/Peter**, s. 249; **Sirmen**, s. 447; **Başpınar**, Butlan, s. 14-15, dn. 7; **Altaş**, s. 44-45, dn. 8; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 42, dn.119. Örneğin Medenî Kanunda bir tek evlenme şekli vardır. Çünkü bu alanlarda bir düzen ve saydamlığa ihtiyaç vardır. Oysaki genel olarak iki kişi arasında olup biten sözleşmelerde kimin kiminle, hangi konularda anlaştığı kural olarak kimseyi ilgilendirmez. Bkz. **Serozan**, (**Hâtemî/Serozan/Arpacı**), s. 28.

<sup>129</sup> **Sirmen**, s. 448; **Esener**, s. 194; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 44; **Başpınar**, Butlan, s. 18; **Altaş**, s. 45; **Altaş**, Kira Parası, s. 104-105; Sözleşme özgürlüğüne sınırlar getirilmesinin ahlâkî, sosyal ve hukukî nedenleri hakkında kısa ve toplu bir izah için bkz. Zufferey-Werro, Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs, Friibourg 1988, s. 11-12, **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 44, dn. 125'den naklen.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasını karşılaştırmalı hukuk bakımından ele alan çalışma için bkz. **Küçükyalçın**, s. 107 vd.. Ancak yazar, konuyu farklı bir tasnifte ele almış ve çalışmayı daha çok genel işlem şartları noktasında yoğunlaştırmıştır.

<sup>130</sup> **Sirmen**, s. 448; **Esener**, s. 198; **Erman**, s. 608. İnsan ancak toplum içinde yaşar. Bunun bir doğal sonucu olarak insan, hem diğer insanlar hem de toplumla karşılıklı bağımlılık içindedir. Zaten toplum hayatı, insanların özgürlüklerinden kısmen feragat ederek sosyal hayata dâhil olmalarını zorunlu kılar. Çünkü insan toplum içinde yaşamayı kabul ettiği andan itibaren, toplumdaki diğer insanların hak, menfaat ve özgürlüklerine de saygı gösterme yükümlülüğü altına girer. İşte bu bağımlılığın getirdiği zorunlu sonuç ise, kişinin toplum içinde belirli sınırlar içinde yaşama zorunluluğudur. İşte bu belirli sınırlar içine sözleşme özgürlüğü de girmektedir.

<sup>131</sup> **Sirmen**, s. 448; **Esener**, s. 198; **Erman**, s. 608.

kısıtlamalara tabi tutulması gerektiği kabul edilmeye başlanmıştır<sup>132</sup>. Gerçekten de günümüzde artık 18. ve 19. yüzyıllardaki liberal anlayışın mevcut olmaması sebebiyle de sözkonusu özgürlüğün sınırlamalara tabi tutulması doğaldır<sup>133</sup>. Özellikle İkinci Dünya Savaşı ile birlikte sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalar artmış bulunmaktadır<sup>134</sup>. Öncelikle sosyal ve ekonomik mülahazalarla bu özgürlüğün sınırlandırılması kabul etmek gerekir. Çünkü mutlak manada sözleşme özgürlüğünün kabul edilebilmesi için toplum içinde yaşayan kişilerin eşit şartlar altında ticarî hayattan faydalanabiliyor ve zarara katlanabiliyor olması gereklidir. Bu ise artık günümüz şartları bakımından mümkün değildir<sup>135</sup>.

#### IV. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları

Her şeyden önce sözleşme özgürlüğünün değişik anlamlarda kullanıldığını ifade etmek gerekir<sup>136</sup>. Hangi anlamda kullanıldığı tam belli olmayan bir özgürlüğün sınırlarını çizmek de mümkün olmaz. Gerçekten de, sözleşme özgürlüğü bir yandan sözleşme yapma (inikat) özgürlüğü (Abschlussfreiheit), yani kişinin sözleşme yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü anlamında kullanırken, diğer yandan düzenleme özgürlüğü (Freiheit der inhaltlichen Gestaltung), yani sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü olarak kullanılır<sup>137</sup>. Bu temel tasnife bir de şekil özgürlüğü eklenebilir<sup>138</sup>. Ancak şekil özgürlüğünün

<sup>132</sup> Tüketicin Korunması Hakkındaki Kanunun getirmiş olduğu sınırlamalar bu kapsamda değerlendirilebilir. Bu kanun örneğinde olduğu gibi, bu dönemde bireylerin sadece devlet iktidarına karşı korunmasına yönelik değil, bireylerin birbirleri ile olan ilişkilerine de yönelik sınırlamalar getirilmiştir. Aynı şekilde, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun, Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun ve İş Kanunu da bu konuya örnek gösterilebilir. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Atamer**, s. 22.

<sup>133</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 18, dn. 22.

<sup>134</sup> **Esener**, s. 194; **Eren**, s. 269; **von Tuhr/Peter**, s. 248. Eren'e göre bunun sebebi; sözleşme yapanların ekonomik ve sosyal yönden birbirleriyle eşit olmamaları ve böylece kuvvetli olanların, zayıf olanlara kendi iradelerini kabul ettirmeleridir. Bu ise irade özerkliğinin ahlâkî temelini sarsmaktadır (s. 269).

<sup>135</sup> **Esener**, s. 194.

<sup>136</sup> **Esener**, s. 193, 198; **Erman**, s. 603; **Eren**, s. 270. Aslında bu durumu farklı bir ifade ile belirtmek gerekirse, sözleşme özgürlüğü ikiye ayrılır denebilir. Bunlardan biri sözleşme yapma (inikat), diğeri düzenleme özgürlüğüdür.

<sup>137</sup> **Wolf, E.**, Vertragsfreiheit, s. 360 vd.; **Esener**, s. 193, 198; **Erman**, s. 603; **Sirmen**, s. 446. Doktrinde, özellikle de ders kitaplarında şu klâsik tasnife yer verilmektedir: 1) sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü, 2) sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, 3) sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğü, 4) sözleşmenin şeklini seçme özgürlüğü, 5) sözleşmenin hükümlerinde değişiklik yapma özgürlüğü, 6) sözleşmeyi ortadan kaldırma özgürlüğü. Bu ve benzer tasnifler için bkz. **Ayan**, s. 6 vd.; **Eren**, s. 274 vd.; **Akıncı, Ş.**, s. 11; **Aral**, Fahrettin: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara 2007, s. 50; **Yavuz**, Cevdet / **Acar**, Faruk / **Özen**, Burak: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Baskı, İstanbul 2009, s. 12 vd.; **Zevkliler**, Aydın / **Gökyayla**, K. Emre: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11. Bası, Ankara 2010; s. 7 vd.; **von Tuhr/Peter**, s. 247; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 25; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 363; **Raiser**, Vertragsfreiheit, s. 1 vd..

<sup>138</sup> Sözleşme özgürlüğü üçlü bir tasnife göre de ele alınmaktadır. Burada, ikili temel tasnife ek olarak şekil özgürlüğü eklenmektedir. Bu tasnife göre sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapma, sözleşmeyi düzenleme ve

çalışma konumuzla doğrudan ilgisinin bulunmaması sebebiyle, ikili temel tasnifi benimsemenin ve konuyu bu tasnif üzerinden incelemenin doğru olacağı kanaatindeyiz<sup>139</sup>. Aşağıda sözkonusu tasnif esas alınarak açıklamalar yapılmıştır.

## A. Sözleşme Yapma Özgürlüğü (İnikat Serbestisi) ve Sınırları

Benimsediğimiz ikili tasnife göre sözleşme özgürlüğünün içerisine sözleşme yapma yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü girmektedir<sup>140</sup>. Bu özgürlüğün anlamı, kişinin dilediği sözleşmeyi, hiçbir dış baskıya maruz kalmadan yapabilmesi veya yapmayı reddetmesi ve sözleşmeyi dilediği kimseyle yapabilmesidir<sup>141</sup>. Sözleşme yapma özgürlüğü bakımından Borçlar Kanununda açık bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu sözleşme özgürlüğünün doğal sonucudur. Ayrıca Anayasanın 48. maddesinde yer alan “herkes ... sözleşme hürriyetine sahiptir...” hükmünden de bu sonuç çıkarılabilir.

---

şekil özgürlüğünden oluşmaktadır. Doğal olarak, sözleşme özgürlüğünün sınırlamaları da bu tasnife uygun olarak yapılmaktadır. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 40, 47 vd.; **Ateş**, İrade Özerkliği s. 138-139; **Ateş**, Sözleşme Özgürlüğü, s. 80. Çalışmamızda ikili tasnif ayrıntılı şekilde inceleneceğinden *burada şekil özgürlüğü ve sınırlarına kısaca değinmek gerekir*. Şekil özgürlüğü denildiği zaman, kişilerin iradelerini şekilsiz olarak değil, diledikleri şekilde açığa vurabilmesi anlaşılır. Borçlar hukukunda sözleşmeler yapılırken kural olarak şekil serbestisi esastır. Yani yapılan sözleşmeler herhangi bir şekil şartına tabi değildir (BK.m.11). Buna göre taraflar iradelerini sözlü olarak da beyan edebilirler. Ancak şekil özgürlüğünün, tarafların korunması, kamu menfaati ve üçüncü kişilerin korunması amacıyla sınırlanması mümkündür. Böyle durumlarda taraflar iradelerini, hukuk düzeni tarafından öngörülen biçimde açıklamak zorundadırlar. Örneğin, resmî şekilde yapılmak zorunda olan taşınmaz satımı (BK.m.213), yazılı yapılmak zorunda olan alacağın temliki (BK.m.163/I) ve kefalet (BK.m. 484), bağışlama vaadi (BK.m.238/I) kanun tarafından öngörülmüş şekil şartlarıdır. Bunun yanında taraflar, kanunda şekil şartı aranmayan hallerde de kendi iradeleriyle sözleşmeleri şekle tabi olarak yapabilirler (BK.m.16). Şekil özgürlüğü ve sınırları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tuğ**, Adnan: Türk Özel Hukukunda Şekil, 2. Baskı, Konya 1994, s. 9 vd.; **Altaş**, Şekle Aykırılık, s. 43 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 54 vd.; **Oğuzman/Öz**, s.116 vd.; **Eren**, s. 239 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 99 vd.; **von Tuhr/Peter**, s. 233; **Akıncı**, Ş, s. 88 vd.; **Ayan**, s. 10, 130 vd.; **Saymen/Elbir**, s. 201 vd.; **İnan**, s. 123 vd..

<sup>139</sup> Doktrinde sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasını farklı tasniflerle ele alan yazarlar bulunmaktadır. Örneğin, bazı yazarlar sözleşme özgürlüğünün sınırlarını, maddî ve şeklî sınırlar olmak üzere ikiye ayırmaktadırlar. Bu yazarlara göre, sözleşme özgürlüğünün maddî sınırları, hukuka ve ahlâka aykırılık, şeklî sınırları ise şekil kurallarına aykırılıktır. Maddî sınır olan ahlâka aykırılık da tekrar dar anlamda ahlâka aykırılık ve kişilik haklarına aykırılık şeklinde ikiye ayrılmaktadır. **Giger**, Rechtsfolgen, s. 77 vd.. Bazı yazarlar ise, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını, kanunî ve fiilî olmak üzere iki başlıkta ele alır. Buna göre, kanunî sınırlar, Medenî Kanun ve Borçlar Kanununun sözleşme yapma ehliyetsizlikleri, (MK.m.9-16, 49), sözleşmenin şeklî (BK.m. 11-16) ve sözleşmenin içeriğine (BK.m.19-21, MK.m.23) ilişkin iken, fiilî sınırlar, standart sözleşmeler, formüler sözleşmeler, genel işlem şartları, kartel anlaşmaları, yığın sözleşmeler ve pazar sınırlamalarıdır. **Başpınar**, Butlan, s. 19, 19, dn. 25; **İnan**, s. 123 vd.; **Altaş**, Kira Parası, s. 107-108; Bir diğer sınıflandırma ise, olumlu ve olumsuz sınırlamalar şeklinde yapılmaktadır. Buna göre, bazı sözleşmelerin yapılmasını zorunlu sayma, edimlerin kıymetini bazı kayıtlara tabi tutma ve bazı sözleşmeleri kamu organlarının iznine bağlı kılma durumları olumlu sınırlamalar, sözleşmeleri hükümsüz yapmak ve yasaklamak ise olumsuz sınırlamalar olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 364.

<sup>140</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 19 ve dn. 82; **Sirmen**, s. 446; **Esener**, s 193; **Erman**, s. 603; **Ateş**, Sözleşme Özgürlüğü, s. 79; **İnan**, s. 123; **Tunçomağ**, Kenan: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 5. Bası, İstanbul 1972, s. 166.

<sup>141</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 19; **Sirmen**, s. 446.



Sözleşme yapma özgürlüğü mutlak bir serbesti içermemektedir. Çeşitli sebeplerle bu özgürlüğe de değişik sınırlamalar getirilmiştir. Bunların başında sözleşme yapma zorunluluğu halleri gelir<sup>142</sup>. Bunlar genel olarak kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu ve hukukî işlemden doğan sözleşme yapma zorunluluğu olarak ele alınabilir<sup>143</sup>. Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu da kendi içinde kamu hukuku ve özel hukuk kökenli kanunlardan doğan zorunluluklar şeklinde de ayrılmaktadır<sup>144</sup>.

Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğuna örnek olarak, imtiyazlı durumdaki posta, elektrik<sup>145</sup>, su, doğalgaz işlerini yürüten işletmelerle yapılan sözleşmeler (Devlet Demir

<sup>142</sup> Sözleşme yapma zorunluluğuna ilişkin geniş bilgi için bkz. **Ayrancı**, Hasan: Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, C. 52, S. 3, Y. 2003, s. 229 vd.. Ayrıca konunun Anayasa Hukuku ve Anayasa Mahkemesi kararları boyutunda değerlendirilmesi açısından bkz. **Tiryaki**, s. 150 vd.; HGK. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740, "...Türk-İsviçre hukukunda kural sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte bu aynı zamanda sözleşmeyi yapmayı reddetme özgürlüğünü de birlikte getirir. Kurallar bunlar olmakla birlikte bunun istisnasını "sözleşme yapma mecburiyeti" veya "sözleşme yapma yükümlülüğü" oluşturur. Piyasa ekonomisinin hakim olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalar ile özellikle ekonomik gücün kötüye kullanılmasını düzeltmek amacıyla bu sistem öngörülmüştür. Tekelci ekonomik güçlerin haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bir dereceye kadar bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek için işletme ve kuruluşlara tekel mahiyetindeki madde ve hizmetleri talep eden fertlerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bununla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir, istenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir." (YKD., C.30, S. 4, Y. 2004, s. 493 vd.). Şu da gözden kaçırılmamalıdır ki, sözleşme yapma zorunluluğu sadece sözleşme yapmak ve sözleşmenin karşı tarafını seçmek ile değil, aynı zamanda sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü ile de ilgilidir. Çünkü bu sözleşmeyi kuran karşı taraf genelde kendisine sunulan şartların dışına çıkma şansına sahip değildir. **Ayrancı**, Sözleşme, s. 232 ve dn. 10.

Hâkim durumun kötüye kullanılmasını engellemek amacıyla sözleşme yapma zorunluluğu, Rekabet Hukukunda bir anlamda "Zorunlu Unsur" doktrini olarak nitelendirilmekte ve aynı kavramla adlandırılmaktadır. **Gürzumar**, Osman Berat: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara 2006, s. 17 vd..

<sup>143</sup> **Eren**, s. 272, 276; **Oğuzman/Öz**, s. 19, 144 vd.; **Ayrancı**, Sözleşme, s. 234; Değişik tasnifler için bkz. **Esener**, s. 194 vd.; **Erman**, s. 605 vd.; **Saymen/Elbir**, s. 134 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 364 vd.; **Ayan**, s. 6 vd.. Bu sınırlamalardan başka bazı durumlarda tarafların yaptıkları sözleşmenin geçerli olabilmesi için kişi veya kurumların iznine tabi olması şeklinde sınırlamalar da mümkündür. Bu tür durumlarda devlet kudretini elinde bulunduran kurumlardan ruhsat ve izin alınması veya üçüncü kişinin rızasının alınması gerekli olmaktadır. Örneğin MK.m.194'e göre eşlerin aile konutu ile ilgili devir veya tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına ilişkin işlemler için diğer eşin rızasının aranması, yürürlükten kalkan 6309 sayılı Maden Kanununun 39. maddesine göre maden arama ruhsatının devrine ilişkin yapılan sözleşmelerin, madenlerin kamu yararına uygun bir şekilde kullanılmasını sağlamak amacıyla Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığının iznine bağlı olmasında durum böyledir. Örnekler için bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 47-48, dn.135-136; **Sirmen**, s. 467-468; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 367-368. Ancak 3213 sayılı Maden Kanununda konuya ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamasıyla birlikte, Maden Kanunu Uygulama Yönetmeliği m. 70'te maden ruhsatlarının, Maden İşleri Genel Müdürlüğünce devredileceği düzenlenmiştir. Her ne kadar izinden bahsedilmemiş olsa da, ruhsat devrine ilişkin hukukî sakınca bulunup bulunmadığının ve ruhsatı devralacakların taşınması gereken şartların Genel Müdürlük tarafından inceleneceği hükme bağlanmıştır. Bu sebeple Genel Müdürlüğe tanınan yetkiyi izin olarak algılamak gerekir.

<sup>144</sup> **Eren**, s. 272-274; **Akıncı, Ş**, s. 11.

<sup>145</sup> Elektrik işlerinde, lisans sözleşmeleri vasıtasıyla dağıtım yetkisinin birçok şirkete tanınmış olmasından dolayı imtiyaz kalktığı düşünülebilir. Ancak bir bölgede elektrik hizmetleri hâlâ özel veya kamu

Yolları, PTT gibi...) gösterilebilir. Bu kuruluşlar, şartları uygun biçimde kendilerine başvuran kimselerle sözleşme yapmak zorundadırlar<sup>146</sup>. Yani burada sözleşmeyi yapıp yapmama ve sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü sınırlanmaktadır. Aynı şekilde güdümlü ekonominin öngördüğü zorunluluklar da bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, işverenlerin belirli şartlara altında belli sayıda sakat ve eski hükümlüler ile sözleşme yapma zorunluluğu vardır<sup>147</sup>. Bu gibi durumlar kamu hukuku kökenli kanunlardan kaynaklanırken, miras paylaşımı<sup>148</sup>, müşterek mülkiyetin paylaşımı<sup>149</sup>, zorunlu geçit ve zorunlu kaynak hakkı<sup>150</sup> gibi durumlarda yapılmak zorunda kalınan sözleşmeler de özel hukuk kökenli kanunlardan kaynaklanan sözleşmelere örnek gösterilebilir<sup>151</sup>.

Sözleşme yapma zorunluluğu, bir özel hukuk ilkesi olarak Türk Medenî Kanunu 2. maddede düzenlenmiş olan “dürüstlük kuralı”ndan da doğabilir. Aslında özel bir kanun

---

şirketlerinden sadece bir şirket tarafından sunuluyorsa, o bölgede imtiyazın devam ettiğini kabul etmek gerekir. Aynı durum doğalgaz, su vb. alanlarda lisans sözleşmesi yoluyla yetki verilmesi halinde de geçerli olur.

<sup>146</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 144; **Ayan**, s. 7; **Esener**, s. 195; **Erman**, s. 606; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 365; **Ayrancı**, Sözleşme, s. 237; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 49; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 168; **von Tuhr/Peter**, s. 248-249.

<sup>147</sup> **Eren**, s. 275; **Ayan**, s. 7. Ayrıca bazı yazarlar, 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunu da sözleşme yapma zorunluluğu kapsamında değerlendirmektedirler. **Esener**, s. 197; **Erman**, s. 607; **Sirmen**, s. 467. Buna karşılık bizim de görüşüne katıldığımız Eren, sözkonusu Kanunun sözleşme yapma zorunluluğu içermediğini, tahliye sebepleri, fesih ve bazı hallerde kira ilişkisinin uzatılmasıyla ilgili olduğunu belirtmektedir. Bkz. **Eren**, 275.

Ayrıca Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanundaki kira bedelinin artışına ilişkin hükümler de, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüne getirilmiş bir sınırlama olarak karşımıza çıkmaktadır. Bkz. **Altaş**, Kira Parası, s. 106 vd. Aynı yönde TBK.m.344'te de, konut ve çatılı işyerlerinin kira bedelinin artışına ilişkin sınırlamalar getirilmiştir. Kanunla getirilen sınırlamalara başka örnekler için bkz. **Tiryaki**, s.150 vd.. Anılan yerdeki örneklerden biri de özel okullara ilişkindir. 5580 sayılı Özel Öğretim Kurumları Kanunu m. 13'e göre; özel okullarda belli bir oranda ücretsiz öğrenci okutma zorunluluğu bulunmaktadır. 625 sayılı eski Özel Öğretim Kurumları Kanunu döneminde benzer bir hüküm bulunmakta idi. Bu hükmün sözleşme özgürlüğüne aykırılık teşkil ettiği iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulmuş ve hükmün iptali istenmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi iptal istemini, Anayasanın 42.,48. ve 73. maddeleri kapsamında incelemiş ve başvuruyu reddetmiştir. AYM Kararı, T. 12.04.1990, E. 1990/4, K. 1990/6, [www.anayasa.gov.tr](http://www.anayasa.gov.tr). (Kararlar Bilgi Bankası). Kararın muhtevası ve sonucu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **Tiryaki**, s. 152.

<sup>148</sup> Medenî Kanun m. 642'ye göre, mirasçılardan biri, mirasın paylaşımını talep ederse, diğer mirasçılar paylaşım sözleşmesini yapmak zorundadırlar (MK.m.642).

<sup>149</sup> Miras taksiminde olduğu gibi müşterek mülkiyetin paylaşımında da, paydaşlardan birinin paylaşım istemesi halinde diğer paydaşların paylaşım sözleşmesi yapma yükümlülüğü doğar (MK.m.698).

<sup>150</sup> Belirli şartların oluşması durumunda zorunlu geçit (MK.m.747) ve zorunlu kaynak (MK.m.837) haklarında, taşınmaz malikini, komşu taşınmaz maliki ile sözleşme yapmak zorunda kalmaktadır. Eğer taşınmaz maliki, bu sözleşmeyi yapmaktan kaçınırsa, dava yolu ile sözleşmenin kurulması sağlanır.

<sup>151</sup> **Eren**, s. 272-273; **Ayan**, s. 7; HGK. T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740, “...Özel hukuk kökenli kanunlarda sözleşme yapma zorunluluğu yasa koyucu tarafından öngörülebilmir. Örneğin zorunlu geçit ve zorunlu kaynak haklarında belirli şartların bulunması halinde taşınmaz maliki, komşusuyla bir irtifak sözleşmesi yapmak zorundadır. Malik sözleşmeyi yapmazsa, açılacak dava üzerine hâkim vereceği karar ile sözleşmenin kurulmasını sağlar...” (YKD., C.30, S. 4, Y. 2004, s. 493 vd.).

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesine göre, ticarî bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde malı teşhir eden satıcı, bu mal üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" ibaresi yazmamışsa, bu malın satışından kaçınamaz. Bu hüküm de özel hukuk kökenli kanunlardan kaynaklanan sınırlama olarak kabul edilmektedir. **Oğuzman/Öz**, s. 144; **Akıncı, Ş**, s. 12-13. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 49, dn. 140; **Ayrancı**, Sözleşme, s. 235, dn. 22a.

hükümü bulunmayan durumlarda, özel hukukta sözleşme yapma zorunluluğunun kaynağı dürüstlük kuralı olmaktadır<sup>152</sup>. Örneğin bir yerde tekel durumunda olan eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınma hakları yoktur. Bunların sözleşme yapmaktan kaçınmaları hali dürüstlük kuralına ve ahlâka aykırılık teşkil edebilir. Bunun neticesinde karşı taraf bir zarara uğrarsa, bu zararın haksız fiil hükümleri kapsamında tazmin edilmesini talep edebilir<sup>153</sup>.

Sözleşme yapma zorunluluğunun bir hukukî işlemde kaynaklanması da mümkündür. Bunun en önemli örneği ise önakittir (sözleşme yapma vaadidir)<sup>154</sup>. Önakitin Türk Hukukundaki uygulamaları ise, daha çok taşınmaz satış vaadi ve kefalet vaadinde görülmektedir<sup>155</sup>. Önakit ile bir kimse, ileride belli bir kişi ile (o kişi ya da üçüncü kişi), kararlaştırılan sözleşmeyi yapma borcu altına girmektedir. Taraflardan biri sözleşme yapmaktan kaçınacak olursa, diğer taraf açacağı bir dava ile, kaçınan tarafı, sözleşme yapmaya ve borcu yerine getirmeye zorlayabilir<sup>156</sup>. Aynı şekilde önalım (şufa), alım (iştirâ), geri alım (vefa) haklarının bulunduğu hallerde de daha önce yapılmış bir hukukî işlemde dolayı sözleşme yapma zorunluluğu doğmaktadır<sup>157</sup>.

---

<sup>152</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 146.

<sup>153</sup> **Ayan**, s. 7; **Eren**, s. 273; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 13-14; HGK. T. 10.12.2003, E. 2003/4-693, K. 2003/740'ta aynen: "...*Fiilî tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı söylenebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlâka, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü sözkonusu olur...*" denmektedir. (YKD., C.30, S. 4, Y. 2004, s. 493 vd.). Yine dürüstlük kuralı ile ilgili olmak üzere İsviçre Federal Mahkemesinin tartışılan bir kararı bulunmaktadır. Bu karara konu olan olay şu şekildedir: Bir gazetede sinema eleştirmenliği yapmakta olan yazar Seelig, Zürih sinemalarının birinde gösterilen bir filmi eleştirmiştir. Bunun üzerine sinema işletici, Seelig'e mektup yazmış ve artık onu, sinemasına girmekten men ettiğini bildirmiştir. Daha sonra Seelig sinemaya alınmamış ve bunun üzerine dava açmıştır. Mahalli mahkeme davayı reddetmiş, Federal Mahkeme de red kararını onamıştır. Federal Mahkemeye göre, davalı, fiyatını göstererek mal sergileyen bir kimse sayılamayacağı gibi, onun sözleşme yapmayı reddetmesi dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil etmez ve dürüstlük kuralına göre sözleşme yapma zorunluluğu doğmaz. Yine Mahkemeye göre, sözleşme zorunluluğunun dürüstlük kuralından çıkarılabilmesi için, sözleşmeden kaçınma, karşı tarafın önemli menfaatlerini tehlikeye düşürmeli ve haklı sayılabilecek bir sebebe dayanmamalıdır. Olayda ise, bu şartlar gerçekleşmemiştir. Karar ve değerlendirme için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 366. Esener, sözkonusu olayı kişilik haklarına aykırılık bağlamında ele alıp, sözleşme yapmaktan kaçınmanın ise kişilik haklarına aykırılık teşkil etmediği sonucuna varmıştır. **Esener**, s. 204.

<sup>154</sup> **Ayrancı**, Hasan: Ön Sözleşme, Ankara 2006, s. 40 vd.; **Eren**, s. 276 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 148; **Ayan**, s. 8 vd.; **Akıncı**, Ş. s. 13; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 142; **von Tuhr/Peter**, s. 273; Buna karşılık sözleşme yapma zorunluluğunun bir hukukî muameleden doğması halini, sözleşme yapma zorunluluğu olarak kabul etmeyen görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, kişi bir sözleşme yapma vaadinde bulunurken, zaten serbest iradesini kullanarak bir beyanda bulunmaktadır. Bu görüş için bkz. **Erman**, s. 603 ve s. 603, dn. 7.

<sup>155</sup> **Eren**, s. 278; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 48; **Oğuzman/Öz**, s. 148-149.

<sup>156</sup> **Ayrancı**, Ön Sözleşme, s. 169 vd.; **Akıncı**, Ş. s. 13; **Oğuzman/Öz**, s. 148.

<sup>157</sup> **Akıncı**, Ş. s. 13; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 49.

## B. Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğü (Düzenleme Serbestisi) ve Sınırları

### 1. Genel Olarak

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü (düzenleme serbestisi = Gestaltungsfreiheit), kanunun belirlediği sınırlar dâhilinde<sup>158</sup> (örneğin, BK.m.19-20, MK.m.23)<sup>159</sup> sözleşmedeki edimlerin içeriğini, miktarını, konusunu, süresini ve tarzını serbestçe tayin edip seçmeyi ifade eder. Bu özgürlük kapsamında taraflar, Borçlar Kanununda düzenlenen sözleşme tiplerini aynen benimseyebilecekleri gibi, onun bir kısmını değiştirerek, kanunda düzenlenmemiş sözleşmeler de düzenleyebilirler. Buna tip serbestisi (Typenfreiheit) denmektedir<sup>160</sup>. Diğer taraftan, sözleşmeyi değiştirme ve ortadan kaldırma özgürlüğü de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü içinde değerlendirilebilir<sup>161</sup>.

Borçlar Kanunu m. 19-20 (TBK.m.26-27)'de sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün genel sınırları hükme bağlanmıştır. Gerçekten, BK.m.19/I “*Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir*” ve TBK.m.26 “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler*” hükmü ile sözleşme içeriğine ilişkin özgürlüğün temel prensibini ortaya koymaktadır<sup>162</sup>. Bu özgürlüğün sınırsız olması mümkün değildir. Kanun koyucu da bu özgürlüğü aynı maddenin ikinci fıkrasında hemen sınırlama yoluna gitmiştir. Gerçekten de, BK.m.19/II'de, “*Kanunun kat'i*

<sup>158</sup> Burada doğrudan kanunla getirilmiş sınırlamalar yanında, toplu iş sözleşmeleriyle getirilmiş dolaylı sınırlamalar da ele alınabilir. Bkz. **Esener**, s. 198; **Erman**, s. 609. Toplu iş sözleşmesiyle, sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğü, hizmet sözleşmesi alanında sınırlandırılmaktadır. 2822 sayılı Toplu İş Sözleşmesi, Grev ve Lokavt Kanunu, m. 2'de, “*toplu iş sözleşmesi, hizmet akdinin yapılması, muhtevası ve sona ermesi ile ilgili hususları düzenlemek üzere işçi sendikası ile işveren sendikası veya sendika üyesi olmayan işveren arasında yapılan sözleşmedir*” diye tanımlanmıştır. Ayrıca aynı Kanun m. 6'da, toplu iş sözleşmesinde aksi belirtilmedikçe hizmet sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı olamayacağı, hizmet sözleşmelerinin toplu iş sözleşmesine aykırı hükümlerinin yerini toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin alacağı ve hizmet sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda toplu iş sözleşmesindeki hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir. Böylece hizmet sözleşmelerinin içeriği, toplu iş sözleşmesi ile sınırlandırılmış ve onun içeriğine yollama yapılmış bulunmaktadır.

<sup>159</sup> İsviçre Medenî Kanunu m. 27; İsviçre Borçlar Kanunu Art. 19-20; Alman Medenî Kanunu, §§ 134, 138, 139, 242.

<sup>160</sup> **Eren**, s. 284-285, **Esener**, s. 198; **Oğuzman/Öz**, s. 20; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 42; **Ayan**, s. 10; **Akıncı**, Ş, s. 13-14, **Aral, F.**, Borçlar, s. 50. Örneğin bu serbesti çerçevesinde taraflar bir satım sözleşmesinde malın ne zaman, nasıl ve nerede teslim edileceği, bedelin para veya başka biçimde nasıl ödeneceği gibi hususları serbestçe tayin edebilirler. Aynı zamanda taraflar taşınmaz satım ve eser sözleşmelerinin birer unsurunu alıp bunları birleştirerek, arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi gibi Borçlar Kanunda düzenlenmeyen yeni bir sözleşme yapabilirler. Keza taraflar, kapıcılık, pansiyonculuk, sulh ve garanti sözleşmesi gibi sözleşmeler de kurabilirler. Bu konuda geniş bilgi için bkz. **Akıncı**, Ş, s. 14, dn. 25; **Zevkililer/Gökyayla**, s. 10; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 15; **Aral, F.**, Borçlar, s. 53.

<sup>161</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 43; **Ateş**, Sözleşme Özgürlüğü, s. 80.

<sup>162</sup> **Erman**, s. 604; **Eren**, s. 284; **Sirmen**, s. 447; **Akıncı**, Ş, s. 14; **Altaş**, s. 44, dn. 8; **Başpınar**, Butlan, s. 14, dn. 7.

surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlâka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir” şeklindeki hükümle sınırlamanın çerçevesi ortaya konmuştur<sup>163</sup>. BK.m.20’de ise “Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlâka (adaba) mugayir olursa, o akit batıldır” şeklindeki hükümle sınırlamaları aşan sözleşmelerin müeyyidesi düzenlenmiş ve bu tür sözleşmelerin geçersiz (bâtıl) sayılacağı hükme bağlanmıştır. Borçlar Kanunu’nun ayrı iki maddesindeki düzenleme Türk Borçlar Kanunu m. 27/1’de ise birleştirilmiş ve sadeleştirilmiş surette şu şekilde hüküm altına alınmıştır: “Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür”.

Nihayet borçlar hukukunda BK.m.19 ve 20 (TBK.m.26-27)’nin birlikte uygulanması ile sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları ortaya çıkmaktadır. Bunlar genel olarak, emredici hukuk kurallarına aykırılık, genel ahlâk ve adaba aykırılık, kişilik haklarına aykırılık, kamu düzenine aykırılık ve hukuka aykırılık, imkânsızlık gibi hallerdir<sup>164</sup>. Borçlar hukukundaki sınırlamalara geçmeden önce 2001 yılında yapılan Anayasa değişikliklerine kısaca değinmek gerekir. Çünkü bu değişiklikler içerisinde Anayasa 13. madde de yer almaktadır. Bu madde ise sözleşme özgürlüğünün sınırları ile yakından ilgilidir. Bu sebeple sözleşme özgürlüğünün sınırlarını, Anayasa hükümleri çerçevesinde ele aldıktan sonra özel hukuk boyutuyla incelemenin daha yerinde olacağı düşüncesindeyiz.

## 2. Anayasadaki 2001 Yılı Değişiklikleri Sonrası Sözleşme Özgürlüğünün Sınırları Sorunu

2001 Anayasa değişikliğinden önce, 1982 Anayasası m. 13’te<sup>165</sup> bir temel hak ve hürriyet olan sözleşme özgürlüğüne ve özellikle sözleşmenin içeriğini düzenleme serbestisine genel sınırlamalar getirilmişti<sup>166</sup>. Yine burada genel sınırlar yanında, özel sınırlamaların da

<sup>163</sup> Esener, s. 201; Ayan, s. 10; Erman, s. 609; Akıncı, Ş, 14; Eren, s. 285; Oğuzman/Öz, s. 72.

<sup>164</sup> Eren, s. 285 vd.; Akıncı, Ş, s. 14; Oğuzman/Öz, s. 72 vd..

<sup>165</sup> Değişiklikten önceki Anayasanın 13 üncü maddesi, *Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması*, başlığı altında şöyleydi: “(f.1) Temel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğinin, Cumhuriyetin, milli güvenliğinin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. (f.2) Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. (f.3) Bu maddede yer alan sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir”.

<sup>166</sup> Eren, s. 285.

getirilebileceği hükme bağlanmıştı. Bahsedilen madde, genel sınırlamalar getirmiş olması sebebiyle sözleşme özgürlüğünü tanıyan ve düzenleyen 48. maddenin de anayasa sınırlarını oluşturmaktaydı. Çünkü 48. maddede herhangi bir özel sınırlama sebebi öngörülmemişti ve bundan dolayı da genel sınırlama olarak 13. madde uygulama kabiliyeti kazanmaktaydı. Ancak 2001 Anayasa değişiklikleri sonrasında m. 13'te yer alan "genel sınırlama sebepleri" kaldırılmış ve temel hak ve özgürlüklerin sadece Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği düzenlenmiştir<sup>167</sup>. Bununla birlikte 2001 değişikliğinde sözleşme özgürlüğünü tanıyan ve düzenleyen Anayasa m. 48'de ise herhangi bir değişikliğe gidilmemiştir. Yeni düzenleme, sözleşme özgürlüğüne ve bazı temel hak ve hürriyetlere ilişkin tartışmaları da beraberinde getirmiştir<sup>168</sup>. Yeni düzenleme karşısında şu soru sorulmaya başlanmıştır: Acaba, Anayasanın 48. maddesinde özel bir sınırlama sebebi getirilmediğine göre, başkaca kanunlarla sözleşme özgürlüğüne getirilmiş sınırlamalar Anayasaya aykırı mıdır?

Yukarıda bahsedilen konunun daha iyi anlaşılabilmesi için, her şeyden önce, Anayasada temel hak ve hürriyetler için kabul edilen genel sınırlama sebepleri ile özel sınırlama sebeplerinin farkını kısaca belirtmek gerekir. Genel sınırlama sebepleri, Anayasanın tanıdığı tüm haklar için geçerli kabul edilen ve değişiklik öncesi Anayasa m. 13'te düzenlenmiş olan, devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü, millî egemenlik, cumhuriyetin korunması, millî güvenlik, kamu düzeni, genel asayiş, kamu yararı, genel ahlâk ve genel sağlıktır<sup>169</sup>. Yani, yasama organı burada sayılan sebeplerden herhangi birine dayanarak, bir temel hak ve hürriyeti sınırlandırabilirdi. Özel sınırlama sebepleri ise, her

<sup>167</sup> Değişiklikten sonraki Anayasa m. 13, *Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması*, başlığı altında şöyle olmuştur: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz".

<sup>168</sup> Bu tartışmalar ve geniş açıklamalar için bkz. **Giritli**, İsmet: 2001 Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklere Yansıması, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 88 vd.; **Kaboğlu**, İbrahim: 2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 105 vd.; **Fendoğlu**, H. Tahsin: 2001 Anayasa Değişikliği Bağlamında Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması AY. Md 13, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 178 vd.; **Arslan**, Zühtü: Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 216 vd.; **Sağlam**, Mehmet: Ekim 2001 Tarihinde Yapılan Anayasa Değişiklikleri Sonrasında, Düzenlendikleri Maddede Hiçbir Sınırlama Nedenine Yer Verilmemiş Olan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırı Sorunu, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 233 vd.; **Sağlam**, Fazıl: 2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 288 vd.; **Yetkin**, Çetin: Anayasa Değişikliklerinin Hak ve Özgürlüklere Olumsuz Etkileri, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 312 vd.; **Gözler**, Kemal: 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, Anayasa Yargısı, C. 19, s. 326 vd.; **Gözler**, Kemal: Anayasa Değişikliğinin Temel Hak ve Hürriyetlerin Sınırlanması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri: Anayasanın 13'üncü Maddesinin Yeni Şekli Hakkında Bir İnceleme, Ankara Barosu Dergisi, Y. 59, S. 2001/4, s. 53 vd.; **Can**, Osman: Anayasa Değişiklikleri ve Düşüncüyü Açıklama Özgürlüğü, Anayasa Yargısı, C. 19, s.503 vd.; **Hâtemî**, Hüseyin: Kanunsuz Kamu Düzeni, Yeni Şafak Gazetesi, 09.03.2008.

<sup>169</sup> **Gözler**, 13. Maddenin Yeni Şekli, s. 63; **Gözler**, Anayasa Değişikliği, s. 348; **Tiryaki**, s. 126-127.

hakkın düzenlendiği ilgili maddede getirilmiş olan ve sadece o hakkı ilgilendiren hallerdir. Örneğin Anayasanın 23. maddesinde, “*yerleşme hürriyeti... sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek amacıyla kanunla sınırlanabilir*” hükmü bulunmaktadır. Burada “*sağlıklı ve düzenli kentleşmeyi gerçekleştirmek*” bir özel sebep olarak karşımıza çıkar<sup>170</sup>. Yasama organı bu durumda ancak öngörülmüş olan sebebe dayanarak kanunla bir sınırlama getirebilir. İşte 2001 değişikliği bazı temel hak ve hürriyetler bakımından özel sınırlama sebepleri getirirken, Anayasanın 48. maddesinde böyle bir değişikliğe gidilmemiştir. Aslında bir hak için özel sınırlama sebebi öngörülmemiş olması ya o hakkın sınırlandırılmasına ihtiyaç olmadığı veya hakkın yapısının ve bünyesinin sınırlandırılmaya elverişli, uygun olmadığı anlamına gelir<sup>171</sup>. Her ne kadar Anayasa koyucunun ihmalkârlık ve unutkanlık göstermeyeceği ifade edilmiş<sup>172</sup> olsa da, gerçekten bu değişiklikte Anayasa koyucu, doktrinde haklı olarak ifade edildiği üzere ihmalkârlık örneği sergilemiştir<sup>173</sup>. Çünkü aşağıda da izah edileceği üzere, Anayasanın 48. maddesinde özel bir sınırlama sebebine yer verilmemiş olması, ne bu maddede düzenlenen hakkın sınırlandırılmaya ihtiyacı olmadığından ne de yapısının ve bünyesinin sınırlandırılmaya elverişli olmadığındandır. Bunun tek bir izahı var ki, o da Anayasa koyucunun ihmalkâr tutumu ve davranışıdır.

Anayasa 48. madde özel sınırlama sebebine yer verilmemesinden dolayı, sözleşme özgürlüğü ve sınırlama getirilmemiş başka temel hak ve hürriyetlerin durumu ile ilgili doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikle genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır ve yorum yolu ile genel sınırlama sebebi yaratmak mümkün değildir. Böylece, sözleşme özgürlüğünün de içinde bulunduğu bir takım temel hak ve hürriyetler sınırsız hale gelmiştir. Bu görüş sahipleri değişikliği zararlı ve sakıncalı olarak nitelendirmekte ve bu durumun kamu düzeni bakımından mahzurlar yaratabileceğini belirtmektedir<sup>174</sup>.

Diğer bir görüşe göre, Anayasa m. 13'teki değişiklikle doğan boşluk, düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetini düzenleyen madde 26/II'nin başına getirilen ilâve hüküm ile doldurulmuştur<sup>175</sup>.

<sup>170</sup> **Gözler**, 13. Maddenin Yeni Şekli, s. 57.

<sup>171</sup> **Tiryaki**, s. 127.

<sup>172</sup> **Tiryaki**, s. 126,127.

<sup>173</sup> **Gözler**, Anayasa Değişikliği, s. 326.

<sup>174</sup> **Gözler**, Anayasa Değişikliği, s. 349 vd.; **Gözler**, 13. Maddenin Yeni Şekli, s. 64 vd.. Anılan yerlerde bunlara bir dizi örnekler verilmekte ve artık herkesin istediği mesleği icra edebileceği ve istediği sözleşmeyi yapabileceği ileri sürülmüştür. **Gözler**, Anayasa Değişikliği, s. 349. Benzer biçimde *Hâtemî* de, yapılan değişiklikle BK.m.20'de yer alan hükmün temelsiz bırakıldığını ifade etmektedir. **Hâtemî**, Kamu Düzeni, Yeni Şafak Gazetesi, 09.03.2008.

<sup>175</sup> **Giritli**, s. 91. Konu düşüncüyü açıklama kapsamında ele alınmış olmakla beraber benzer biçimde **Can**, s. 517. **Can**, ayrıca Anayasa 26. maddede “ahlâk” ya da “genel ahlâk” sebebine yer verilmemiş olsa da,

Başka bir görüşe göre, Anayasa m. 48/II'deki devlete, "özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini" sağlama ödevini yükleyen hüküm geniş yorumlanmalıdır. Aksi takdirde konusu açıkça kamu yararına ya da millî güvenliğe aykırı sözleşmelerin anayasaya aykırılığı sorunları ortaya çıkar<sup>176</sup>.

Nihayet bizim de katıldığımız başka bir görüş ise, bu değişiklik sonrasında da temel hak ve hürriyetlerin tamamen sınırsız hale gelmediği yönündedir<sup>177</sup>. Çünkü günümüzde doğal hukuka dayalı sınırsız bir özgürlük anlayışı terk edilmiştir. Gerçekten de, Türkiye Cumhuriyeti Anayasalarının hiçbirinde (1924, 1961, 1982) sınırsız özgürlük anlayışı bulunmamaktadır. Ayrıca hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirmese dahi bunların niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırları olduğu bir gerçektir<sup>178</sup>. Yani temel hak ve özgürlükler yönünden Anayasada herhangi bir sınırlama sebebine yer verilmemiş olsa bile, her temel hakkın kendi nesnel içerikleri ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanımı sözkonusudur<sup>179</sup>. Ayrıca temel hak ve özgürlükler bu nesnel sınırları yanısıra, anayasada düzenlenmiş olan başka temel hak ve özgürlükler alanıyla çatıştığı oranda da doğal bir sınırlamaya tabi olmaktadır<sup>180</sup>.

---

düşünceyi açıklama özgürlüğünün artık genel ahlâk sebebi ile sınırlanamayacağını iddia etmenin mümkün olmayacağını belirtmektedir. Ancak yeni düzenlemenin bu hali ile eksik olduğunu ve bu eksikliğin Anayasa değişikliği ile giderilmesi gerektiğini belirtmektedir (s. 518). Anayasa m. 26/II'nin yeni hali şu şekildedir. "Bu hürriyetlerin kullanılmasında, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulince belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir".

<sup>176</sup> Arslan, s. 142. Anayasa m. 48/II'deki düzenleme şöyledir: "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürütmesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır".

<sup>177</sup> Farklı gerekçe ve yaklaşımlarla benzer sonuçlara ulaşan yazarlar: Sağlam, M., s. 253 vd.; Sağlam, F., Çözüm, s. 289 vd.

<sup>178</sup> Sağlam, M., s. 254.

<sup>179</sup> Sağlam, F., Çözüm, s. 290; Sağlam, M., s. 256. Hakların nesnel sınırları ve koruma alanları ile sınırlı bir kullanımı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Sağlam, Fazıl: Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara 1982. Yazar, bu eserinde temel hak normunun geçerlilik içeriğinden hareketle, temel hakların nesnel sınırlılığı görüşünü savunmaktadır. Alman doktrini tarafından da yoğun biçimde savunulan bu görüşe göre, hakların sınırsız olamayacağı ve her hakkın nesnel sınırlarının bulunduğu kabul edilir. Temel hak normunun geçerlilik alanı ve içeriğinin belirlenmesinde dikkat edilmesi gereken husus, temel hak kullanımı olarak değerlendirilebilecek davranış ve ihtimallerin, o temel hakkın norm alanı ile olan irtibat boyutudur. Bu bağlamda sadece norm alanı ile objektif bir irtibat içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanıdır. Yani sınırlama için asıl önemli olan, bir temel hakkın nasıl sınırlandırılacağı değil, norm alanının incelenmesi sonucu bulunabilecek olan normun geçerlilik içeriğinin ne olduğudur. Sağlam, F., Temel Hak, s. 49 vd.; Sağlam, M., s. 257.

<sup>180</sup> Sağlam, F., Temel Hak, s. 49 vd.; Sağlam, F., Çözüm, s. 291; Sağlam, M., s. 258. Anayasanın bütünlüğünden hareket eden bu düşünce, Anayasa normları arasında hiyerarşik bir ilişkinin olmayacağını ve bundan dolayı Anayasa normlarının birbirini geçersiz kılacak şekilde yorumlanamayacağını ve uygulanamayacağını ifade etmektedir. Normların çatışması halinde ise "pratik uyuşum ilkesi" uyarınca hakların oranlı ölçüde sınırlanarak en ideal çözüm bulunmaya çalışılacağı belirtilmiştir. Bu şekilde, bir sınırlama nedenine tabi tutulmayan haklar geçerlilik içerikleri ve Anayasada yer alan diğer normlarla



Neticede, yukarıda benimsenen görüş doğrultusunda, BK.m.20'deki gibi konusu, hukuka ve genel ahlâk ve adaba aykırı sözleşmeler ve MK.m.23'teki, hürriyetin kanuna ve genel ahlâk ve adaba aykırı biçimde sınırlanamayacağı şeklindeki hükümlerin, Anayasanın sözleşme özgürlüğü ile ilgili maddesinde bir sınırlama sebebine yer verilmemiş olmasına rağmen, Anayasaya aykırılığı sözkonusu değildir<sup>181</sup>. Örneğin, sözleşme özgürlüğünün ekonomik ve sosyal içeriğinin yanı sıra mukayeseli hukuktaki durumuna bakıldığında, konusu ve amacı genel ahlâka aykırı olan sözleşmelerin, sözleşme özgürlüğü dışında kaldığını, çeşitli ülkelerin Medenî ve Borçlar Kanunlarında görmek mümkündür. Tarihî açıdan bakıldığında da bu kanunlar, temel hak ve özgürlüklerin kanunları da bağladığı anlayışının henüz ortaya çıkmadığı ve bu bağlılığın henüz Anayasa ile sağlanmadığı dönemlere aittir. Sözleşme özgürlüğünün, kanunları da bağlayacak şekilde anayasal düşünce altına alınması, bahsedilen özgürlüğün ilke olarak bu kanunlardaki mevcut muhtevasıyla aktarıldığı anlamına gelir. Bu sebeple anayasa teminatına güvenceye, bu çerçeveyi aşan, ahlâka aykırı sözleşmeleri de anayasa koruması alanı içine alacak bir anlam yüklemenin objektif ve mantıkî açıklaması olamaz<sup>182</sup>.

Yukarıdaki açıklamalarla birlikte biz de; çözüm olarak ileri sürülen görüş ve düşüncelerin arızı çözümler olduğu, hukuk güvenliğinin sağlanması ve hukukî tartışmaların sona ermesi için, bir Anayasa değişikliği ile m. 48 ve benzeri temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelere gerekli olan özel sınırlama sebepleri eklenmesi gerektiği<sup>183</sup> yönündeki görüşlere katılıyoruz.

### 3. Borçlar Kanununa Göre Sözleşme İçeriğini Belirleme Özgürlüğünün Sınırları

Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları BK.m.19 ve 20'nin birlikte uygulanması ile ortaya çıkmaktadır<sup>184</sup>. Bu sınırların tasnifi doktrinde çeşitli şekillerde ortaya konulmaya çalışılmıştır. Bazı yazarlar meseleyi üç ana başlık (hukuka aykırılık, ahlâka

---

sınırlandırılmaları sözkonusu olmaktadır. **Sağlam**, M., s. 258; Ayrıca "pratik uyuşum ilkesi" için bkz. **Sağlam**, F., Temel Hak, s. 51 vd..

<sup>181</sup> **Sağlam**, F., Çözüm, s. 292.

<sup>182</sup> **Sağlam**, F., Çözüm, s. 293.

<sup>183</sup> **Sağlam**, F., Çözüm, s. 295 vd.; **Tiryaki**, s. 131, 133; **Gözler**, Anayasa Değişikliği, s. 343.

<sup>184</sup> Doktrinde bu maddelerdeki sınırlamalar "*dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri*" olarak da adlandırılmaktadır. Bu yönde bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 58 vd., 103.

aykırılık, imkânsızlık) halinde ele alıp<sup>185</sup> konuyu alt başlıklarla incelerken, bazı yazarlar ise her bir meseleyi ayrı başlık altında ele almayı tercih etmişlerdir<sup>186</sup>.

Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları hangi tasnifle ele alınıralsa alınsın, özgürlüğü sınırlayan halleri kesin çizgilerle birbirinden ayırma imkânı yoktur. Örneğin bir tasnifte hukuka aykırılık için gösterilmiş bir örnek aynı zamanda ahlâka aykırılık için de gösterilebilmektedir<sup>187</sup>. Bu durum tasnifin yanlışlığını değil, sözleşme özgürlüğünün sınırlarının kesin çizgilerle birbirinden ayrılmasının güçlüğüne ortaya koymaktadır. Aynı şekilde, yapılan tasniflerde bir başlık için yüklenen anlamın içeriği konusunda da bir birlik bulunmamaktadır. Bu durum özellikle hukuka aykırılık konusunda daha çok ortaya çıkmaktadır. Bunun en temel sebeplerinden biri Borçlar Kanununda hukuka aykırılığın tanımının yapılmamış olmasıdır. Her ne kadar TBK.m.26-27’de düzeltilmiş olmakla beraber diğer bir temel sebebin ise, BK.m.19-20’deki düzenlemenin olduğu söylenebilir. Çünkü BK.m.19/II’de, sözleşme muhtevalarının, bu fıkrada sayılan hüllere aykırı olamayacağı hükme bağlanmış iken, BK.m.20/I’de yine aynı şeyler kastedilmiş ve bununla ilgili yaptırım öngörölmüştür. Aslında düzenlenmek istenen hususlar aynı olmakla beraber, her iki madde de amaçlanan sonucu elde etmek için farklı kavramlar kullanılmış ve bir önceki maddede sayılan hüllerin bazılarına sonraki maddede yer verilmemiştir. Böylece sadece BK.m.20/I de yer alan “*gayri muhik*” ifadesi ile ne kastedildiği tartışmaya açık hale gelmiştir. Bundan dolayı da doktrinde kimi yazarlarca “*gayri muhik*” hukuka aykırılık olarak ele alınmış<sup>188</sup> ve bunun alt başlıkları da, emredici hükümlere aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına

<sup>185</sup> Konuyu, sözleşme içeriğinin hukuka aykırılığı, ahlâka aykırılığı ve imkansızlığı başlığı altında ele alan yazarlar için bkz. **Eren**, s. 287 vd.; **Başpınar**, Butlan, s. 110 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 72 vd.; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 172 vd..

<sup>186</sup> Bkz. **Esener**, s. 202 vd.; **Erman**, s. 609 vd.; **Sirmen**, s. 449 vd.; **Saymen/Elbir**, s. 137 vd.; **İnan**, s. 138 vd.; **Reisoğlu**, Safa: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 21. Bası, İstanbul 2010, s. 128 vd..

<sup>187</sup> Örneğin Başpınar, hukuka aykırılık ile ilgili bölümde “*Yine ortaklardan birinin edim yükümlülüğü veya rekabet yasağı, onun kişisel veya ekonomik faaliyet özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandırdığı takdirde, hukuka aykırılık sözkonusu olur...*” demekte iken (**Başpınar**, Butlan, s. 130, dn. 127), ahlâka aykırılık ile ilgili bölümde, “*Sözleşmenin kendisinin ahlâka aykırılığı, bir kimsenin ekonomik özgürlüğünün gereğinden fazla sınırlandırılması halinde de ortaya çıkabilir... Hukuk düzeni ekonomik özgürlüklerin ancak belirli oranda sınırlandırılması kabul etmektedir. Bu oranı aşan sınırlamalar ahlâka aykırıdır*” (**Başpınar**, Butlan, s. 140) demektedir. Yani birbiri ile örtüşen örnekler her iki durum içinde zikredilmektedir. Yazar, aynı şekilde kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılması da hem hukuka hem de ahlâka aykırılık içinde değerlendirmektedir. Bkz. **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 20, 21, 32. Benzer yönde görüşler Eren tarafından da zikredilmiştir. Örneğin, bir taraftan (**Eren**, s. 289) kişilik haklarını ihlâl eden sözleşmelerin hukuka aykırılık oluşturduğu, hürriyetleri aşırı derecede kısıtlayan sözleşmelerin hukuka aykırı olduğu ifade edilirken, diğer taraftan (**Eren**, s. 293) şahsî ve ekonomik özgürlükleri aşırı derecede sınırlandıran sözleşmelerin ahlâka aykırı olduğu belirtilmiştir.

<sup>188</sup> “*Gayri muhik*”in hukuka aykırılığı ifade etmek için kullanıldığı, ancak bu kavramın yeterince açık olmadığı ve kavramın “*hukuka aykırı içerik = widerrechtlichen Inhalt*” olarak anlaşılması gerektiği yönündeki açıklama için bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 125. Yine, “*gayri muhik*”in, hukuka aykırılık anlamında yanlışlıkla kullanıldığı ve hukuka aykırılığın, kişilik haklarına, kamu düzenine ve şekil zorunluluğuna ilişkin kuralları da kapsayan bir üst kavram olduğu yönündeki açıklama için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 397.

aykırılık olarak açıklanmıştır<sup>189</sup>. Bazı yazarlar ise emredici hükümlere aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık hallerini ayrı başlık altında ele alırken ayrıca bunların yanında “*gayri muhik*” karşılığı olarak hukuka aykırılık başlığına da yer vermişlerdir<sup>190</sup>. Bazı yazarlar da her bir hali ayrı başlık olarak ele alırken hukuka aykırılık başlığına da yer vermişlerdir<sup>191</sup>. Ancak bu başlık altında kanunun yasaklar koyarak bazı sözleşmelerin yapılmasına veya bazı konularda sözleşme yapılmasına izin vermemesini ele almışlardır. Bunlara örnek olarak da gizli kumar oynatmak için bir yerin kiralanması halinde, yapılan kira sözleşmesinin hukuka aykırı olmasını göstermektedirler<sup>192</sup>. Aynı içeriği anlatmak üzere başka bir yazar ise, başlık olarak “kanuna aykırılık” ifadesini kullanmıştır<sup>193</sup>. Bazı yazarlar hukuka aykırılığı, dar anlamda hukuka aykırılık –kanuna aykırılık- anlamda kullanırken<sup>194</sup>, başka yazarlar da ahlâka aykırılığı da içine alan bir üst başlık şeklinde geniş anlamda hukuka aykırılık anlamına gelecek biçimde kullanmaktadırlar<sup>195</sup>. Netice olarak doktrinde ne terim bakımından ne de kavramlara yüklenen anlam bakımından bir birlik sözkonusudur<sup>196</sup>.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarını ve bunun müeyyidesini tek madde içinde düzenleme yoluna gidilmiştir. Gerçekten

---

<sup>189</sup> Oğuzman/Öz, s. 72-74.

<sup>190</sup> Erman, s. 609-614.

<sup>191</sup> Sirmen, s. 451.

<sup>192</sup> Genelev işletmek amacıyla taşınmaz kiralanması hakkında da, doktrinde tartışmalı, 14.01.1948 T., 30/2 sayılı bir Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı vardır. Bu karara göre, genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralanmasına ilişkin sözleşme, genelev açmak için hükümetten izin alınmışsa geçerli, alınmamışsa geçersizdir. Hükümet tarafından verilen izinle ahlâka aykırılığın ortadan kalkıp kalmayacağı hususunda kararla ilgili doktrin tartışmalarının kısa özeti ve tartışmalara ilişkin kaynaklar için bkz. **Hâtemî**, s. 261 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 229-230, 230 dn. 647.

<sup>193</sup> **Esener**, s. 205.

<sup>194</sup> **Hâtemî**, s. 12, 31, 35 vd..

<sup>195</sup> Bu yaklaşım içinde yapılan tasnife göre, “*hukuka aykırılık = Widerrechtlichkeit*” anlamıyla en üst başlık olarak kullanılmıştır. Doktrinde klâsik olarak kullanılan hukuka aykırılık ise, “*kanuna aykırılık = Gesetz Widrigkeit*” anlamıyla alt başlık ve ahlâka aykırılık ise bunun yanında diğer alt başlık olarak kullanılmıştır. Bkz. **Munz**, Robert Jakob: Art. 66 des Obligationsrecht, Zürich 1958, 1 vd.. **Hâtemî** de aynı tasnifin kullanılabileceğini belirtmekle beraber, bu tasnifin İsviçre hukukunda kavram karışıklığına yol açabileceğini ileri sürmüştü ve bizim hukukumuz açısından en üst başlık olarak, dar anlamda hukuka aykırılık (kanuna aykırılık) ve ahlâka aykırılığı da kapsayacak biçimde “hukuk düzenine aykırılık” kavramının kullanılmasını önermiştir. Bkz. **Hâtemî**, s. 31, dn. 6.

<sup>196</sup> Bütün bu ayırım ve tasniflerden başka, hukuka aykırılığın farklı ayırımlarla incelenmesi de sözkonusudur. Bunlardan biri de, “şekli anlamda hukuka aykırılık” ve “maddi anlamda hukuka aykırılık” ayırımıdır. Doktrinde, sözleşmenin bir pozitif hukuk normu ile çatışmasına “şekli anlamda hukuka aykırılık”, sözleşmenin içerdiği hak ve borçlar itibarıyla hukuk düzeninin emredici bir normu ile çatışmasına ise “maddi anlamda hukuka aykırılık” denmektedir. **Başpınar**, Butlan, s. 124-125; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 145. Başka açıdan yapılan bir ayırıma göre de, hukuka aykırılık, “dar anlamda hukuka aykırılık” ve “geniş anlamda hukuka aykırılık”tır. Dar anlamda hukuka aykırılıkta sözleşme özgürlüğünün sınırlarını aşan bir davranış sözkonusudur. Geniş anlamda hukuka aykırılık ise sözleşme içeriğine ilişkin kurallara aykırılığın yanı sıra şekil kurallarına aykırılık gibi yaptırımları kapsar. **Hâtemî**, s. 10, 12; **Başpınar**, Butlan, s. 125-126. Bu tasnife bir de “en geniş anlamda hukuka aykırılık” eklenen tasnif için bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 145. Ancak Ateş, BK.m.19-20’deki aykırılığı en geniş anlamda hukuka aykırılık olarak nitelemektedir.

de, TBK'nun 27. maddesindeki “*Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür*”<sup>197</sup> ifadesi yukarıdaki tartışmaları kısmen de olsa sona erdirecek niteliktedir<sup>198</sup>.

Çalışmamızda, hem tez konumuzun temelini daha iyi gerekçelendirebilmek hem de yeni Kanun'daki düzenlemeye paralel bir tasnif yapmak amacıyla, aşağıdaki ayırımı kullanmayı tercih ediyoruz. Bu tasnifte ayrıca “hukuka aykırılık” başlığına yer verilmemiş ve doktrinde hukuka aykırılığın alt başlığı olarak ele alınan, “emredici hükümlere aykırılık”, “kamu düzenine aykırılık”, “kişilik haklarına aykırılık” halleri de sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırı olan, “ahlâka aykırılık” ve “imkânsızlık” gibi ayrı başlık altında ele alınmıştır.

### a. Emredici Hükümlere Aykırılık

Emredici hükümlere aykırılık, tarafların iradesi ile değiştirilemeyen, ihmal ve ilga olunamayan ve kendisine riayet edilmesi zorunlu olan hukuk kurallarına aykırılık halidir<sup>199</sup>. Her emredici hükmün sözleşme özgürlüğüne bir sınır çizdiğinde şüphe yoktur. Çünkü bu kurallara aykırı sözleşmeler yapma imkânı bulunmamaktadır. Bahsedilen kurallara aykırı sözleşme yapıldığında, sözleşmenin bâtil olması yaptırım ile karşı karşıya kalınır ve sözleşmenin hükümleri değil, emredici hükümlerin kendisi uygulanır<sup>200</sup>.

Bir kanun hükmünün emredici olup olmadığını belirleyen temel unsur, o düzenlemenin amacı ve o hükümle korunmak istenen menfaattir. Bu ise her şeyden önce kanun maddesinin metninden, yazılış şeklinden anlaşılır. Ancak kanun hükmünün emredici özelliği kanun metninde anlaşılmadığı hallerde, o hükmün emredici özelliği maddenin

<sup>197</sup> Türk Borçlar Kanunu'nun bu maddesi içerik olarak yerinde bir düzenleme olmakla beraber, kavramların kullanılış sıralamasının hatalı olduğunu düşünmekteyiz. Yeni Kanun'un bu maddesinin “*Kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına, ahlâka aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür.*” şeklinde kaleme alınması tercih edilebilirdi. Çünkü emredici hükümlere, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırılık halleri aynı zamanda hukuka aykırılık başlığı altında incelenebilmektedir. Bundan dolayı birbirine daha yakın olan kavramların bir arada kullanılması tercih sebebi olabilirdi.

<sup>198</sup> BK.m.19-20'ye karşılık olarak TBK.m.26-27 kaleme alınmıştır. Ancak maddeler tam bir karşılık halinde tekrarlanmamıştır. TBK.m.26'da, BK.m.19/I'deki düzenleme korunmuş ve böylece sadece sözleşme özgürlüğüne yer verilmiştir. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarını belirleyen BK.m.19/II'ye, TBK.m.26'da yer verilmemiştir. Sözkonu maddenin gerekçesinde sözleşme özgürlüğünün sınırlarının TBK.m.27/I'deki hükümlerden belirlenmesinin mümkün olduğu belirtilmiş ve bundan dolayı BK.m.19/II'ye gerek kalmadığı ifade edilmiştir. TBK.m.27/I'de ise, BK.m.19/II ve BK.m.20/I'deki hükümler birleştirilmiştir. TBK.m.27/II ise BK.m.20/II'nin karşılığıdır. TBK.m.27'nin gerekçesinde kesin hükümsüzlüğün sebepleri ve bunların yaptırımlarının düzenlendiği ifade edilmekle yetinilmiştir.

<sup>199</sup> **Erman**, s. 609.

<sup>200</sup> **Eren**, s. 287; **Esener**, s. 202.

öngördüğü amaçtan ve getirilen hükmün içinde bulunduğu sistemin değerlendirilmesiyle anlaşılabilir. Bu durumda maddenin amacı ve düzenlemenin bulunduğu yer ile ilgili yorum yapmak gerekir<sup>201</sup>.

Borçlar Kanununda kişilere geniş bir sözleşme özgürlüğü tanındığı için emredici kanun kurallarına pek az rastlanır<sup>202</sup>. Ancak emredici kuralların kaynağının mutlaka borçlar hukukundan kaynaklanması şart değildir. Gerçekten de, sözkonusu kuralların kaynağı özel hukukun diğer alanları olabileceği gibi, pekâlâ idare hukuku, ceza hukuku gibi kamu hukuku da olabilir<sup>203</sup>. Ayrıca emredici kuralların kaynağının mutlaka şekli anlamda “kanun” olması da şart değildir. Gerçekten de, emredici hükümlerin yer aldığı tüzük, yönetmelik, kararname gibi metinlerde de düzenleyici hükümler olabilir<sup>204</sup>. Yine emredici hüküm, hâkim tarafından yaratılan bir hukuk sebebiyle de olabilir. Özellikle içtihadı birleştirme kararları buna örnek gösterilebilir<sup>205</sup>.

Borçlar hukukundaki emredici hükümlere, sorumluluktan beraat şartını düzenleyen BK.m.99, temerrüt faizini düzenleyen BK.m.103, zamanaşımı sürelerini düzenleyen BK.m.125, 127 örnek gösterilebilir<sup>206</sup>. Aynı şekilde temsil ilişkisine son vermeyi düzenleyen

<sup>201</sup> **Eren**, s. 287; **Oğuzman/Öz**, s. 72-73; **Erman**, s. 610; **Hâtemî**, s. 36; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 173; **Saymen/Elbir**, s. 138; **Reisoğlu**, s. 129; **von Tuhr/Peter**, s. 250; **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 126; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 41 vd..

<sup>202</sup> **Esener** s. 202; **Sirmen**, s. 449; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 173.

<sup>203</sup> **Eren**, s. 286; **Atamer**, s. 146; **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 127; **Hürlimann**, s. 32. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararı ile de bu husus açıkça karara bağlanmıştır: “*Bir akdin kanuna veya ahlâka ve adaba aykırı olup olmadığı konusu yoruma bağlı sorunlardandır. Bu yorum yapılırken yalnız Borçlar Kanununun koyduğu kurallar değil, memleketin sağlık ve intizamını, inzibatını sağlamak amacı ile konulmuş diğer mevzuat da göz önünde bulundurulur*” (İBK 14.01.1948, E., 1948/20, K.1948/2). Burada Türk Hukuku dışındaki yabancı hukuk sistemlerinin emredici kurallarına aykırı sözleşmelerin akıbetinin ne olacağına da kısaca değinilebilir. Yabancı ülke hukuk sistemlerini ihlâl eden sözleşmelerin hukuka aykırılık teşkil etmeyeceği, ancak şartları varsa bunun ahlâka aykırılık içinde mütalâa edilebileceği fikri isabetli görünmektedir. Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 127; **Bucher**, OR AT, s. 250; **Hürlimann**, s. 31; **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 128, 134; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 162; BGE 80 II 45, 47; BGE 80 II 51, 52; BGE 76 II 40.

<sup>204</sup> **Hâtemî**, s. 56; **Başpınar**, Butlan, s. 125, 126, dn. 112.; **Atamer**, s. 146.

<sup>205</sup> Farklı bir konuya (hak ehliyetine) ilişkin olmakla beraber, hâkim tarafından yaratılan hukuk ile sınırlama getirilebileceği hususunda bkz. **Dural/Öğüz**, s. 38, 43. Ahlâk kuralları ise pozitif hukuk kuralı haline dönüşmedikçe (kimseyi öldürmemek, hırsızlık yapmamak), ancak kanunun kendisine atf yaptığı yerde (örneğin, BK.m.20, m.65 vb...) dikkate alınabilir. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 150; Ayrıca emredici hükümlerin yazılı olmayan hukuka da dayanabileceği hususunda bkz. **Eren**, s. 286; **Bucher**, OR AT, s. 250. Nitekim Alman hukukuna göre, emredici normun kaynağı örf ve adet hukuku da olabilir. **Brox/Walker**, s. 177; **Başpınar**, Butlan, s. 126.

<sup>206</sup> **Esener**, s. 202; **Sirmen**, s. 44; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 397; **Başpınar**, Butlan, s. 129. **Tutumlu**, Mehmet Akif: Türk Borçlar Hukukunda Zamanaşımı ve Uygulaması, 4. Baskı, Ankara 2008, s. 341. Ancak bu zamanaşımı ile ilgili hükmün emredici olup olmadığı hususu doktrinde tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 129 ve ilgili dipnotlar. Kanımızca, HGK., 7.2.1951 tarih, E. 168, K. 64/27 sayılı kararda da belirtildiği üzere, kanunda açık bir hüküm bulunmadıkça, kamu yararı düşüncesiyle kabul edilmiş olan zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilmeleri mümkün değildir. (Karar için bkz. Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet / Öztürk, Refet: Türk Borçlar Kanunu Serhi, C. 1-2, Ankara 1987, s. 288). BK.m.127 (m.125, m.126) üçüncü baba girmeyen zamanaşımı sürelerinin -ayrıca hükmün emredici olup olmadığına bakmak kaydıyla- sözleşme ile 10 yılı geçmemek üzere uzatılması ve talep

BK.m.34/II ve zamanaşımının def'ini ileri sürmekten vazgeçmeyi düzenleyen BK.m.139/I de emredici hükümlere birer örnektir<sup>207</sup>. Son dönemlerde getirdiği hükümlerle sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünü önemli ölçüde sınırlayan özel kanunların sayısı artmaktadır. Örneğin 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun bunlardandır. Yine emredici hükümlerin yoğun olarak görüldüğü kanunlardan biri de 4857 sayılı İş Kanunudur. Bu Kanundaki hükümlerin birçoğu emredici hüküm niteliğindedir. Ancak İş Kanunundaki hükümler işçi aleyhine değiştirilemezken, onun lehine değiştirilebilir<sup>208</sup>. Bu tür hükümlere, nisbî emredici veya tek taraflı emredici düzenlemeler adı verilir. Benzer bir durum 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun için de geçerlidir. Gerçekten de, sözkonusu Kanunla da tüketicinin korunması amaçlandığı için emredici hükümler tüketici aleyhine değiştirilemez. Aynı şekilde gerek 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, gerekse 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunundaki konut ve çatılı işyerleri ile ilgili hükümlerde de kiracı lehine, hizmet sözleşmesinde işçi lehine, genel işlem şartlarında zayıf taraf lehine ve kefalet sözleşmesinde kefil lehine birçok hüküm bulunmaktadır.

## **b. Kamu Düzenine Aykırılık**

Kamu düzenine aykırı olan bir sözleşme geniş anlamda ele alındığında aslında aynı zamanda emredici kurallara da aykırılık teşkil etmektedir<sup>209</sup>. Zaten bir hükmün emredici olup olmadığı araştırılırken başvuru yollarından biri de, o hükmün amacının kamu düzenine yönelik olup olmadığıdır. Ancak ortada somut bir emredici hükmün bulunmadığı durumlarda, yapılan sözleşme kamu düzenine aykırılık teşkil ediyorsa, kamu düzenine aykırılık, emredici kurallara aykırılıktan ayrı bir yapıya kavuşur<sup>210</sup>.

---

hakkını ortadan kaldırmama ve çok zora sokmama kaydıyla kısaltılması mümkündür. Örneğin, BK.m.363, bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 129, dn. 122,124.

<sup>207</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 370; **Başpınar**, Butlan, s. 128.

<sup>208</sup> **Esener**, s. 203; **Eren**, s. 287.

<sup>209</sup> **Hâtemî**, s. 36-37.

<sup>210</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 73; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 159-160; benzer yönde, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 402. Örneğin, Yargıtay tarafından 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunun yıllık kira artışına ilişkin hükümlerinde boşluk olduğu ve bunların kamu düzenine ilişkin olduğu gerekçesiyle doldurulmuştu. Bkz. YİBK. T. 18.11.1964, E. 1964/2, K. 1964/4 (KBİBB.). Ayrıca bu konudaki tarihî gelişim için bkz. **Aral, F.**, Borçlar, s. 214 vd.. Hâtemî'ye göre, BK.m.20'de ahlâka yapılan atfa benzer bir atıf kamu düzeni için yapılmadığı gerekçesiyle, kanun kurallarında ifadesini bulmamış, yazılı bir hukuk kuralı haline gelmemiş "Kamu Düzeni Kuralları" bulunmamaktadır. **Hâtemî**, s. 39-40 ve dn. 11, s. 56; Kanaatimizce, **Ateş**'in de haklı olarak belirttiği gibi, kamu düzeni kavramı, açık bir kanunî hükmün yokluğu halinde, sözleşme içeriğinin kısıtlanması bakımından ayrıca dikkate alınmalıdır. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 162-163. Çünkü kamu düzeni, kanuna aykırılıktan artan veya açıkça kanunî düzenlemeye kavuşturulmamış,

Kamu düzeni kavramının sınırları henüz çizilebilmiş değildir<sup>211</sup>. Kamu düzeni, herkes için farklı bir anlam ve sınır taşıyan, zamana ve mekâna göre değişebilen nisbî bir kavramdır. Ancak genel olarak kamu düzeni, toplum içinde yaşayan bireylerin toplum ve devlet yararına uymak zorunda oldukları kurallar bütünüdür<sup>212</sup>. Bu kurallar toplumda genel güven ve barışı sağlamak ve devam ettirmek gayesini güttüğü için bunlara aykırı sözleşmeler yapılamaz. Kamu düzenine ilişkin kurallar özel hukukta daha çok aile hukuku, eşya hukuku ve miras hukuku alanlarında görülmektedir<sup>213</sup>. Buna karşılık, kamu hukuku ve iş hukukunun birçok kuralı kamu düzenine ilişkindir<sup>214</sup>.

Son zamanlarda kamu düzeni kavramı, serbest piyasa ekonomisinin doğal etkisi sonucu, ekonomik kamu düzenini de içine alacak biçimde geniş yorumlanmaktadır<sup>215</sup>. Ekonomik kamu düzenini kastedilen şey; kişilerin aynı zamanda malvarlıklarının da güvende olması ve ekonomik hayatın her türlü düzensizlik ve karışıklıktan arındırılmış biçimde bir intizam içinde sürdürülmesidir<sup>216</sup>. Dolayısıyla artık ekonomik kamu düzeni<sup>217</sup> sebebiyle

- 
- hallere ilişkin olarak devreye girer ve bir anlamda hukukî güvenlik sağlar. Aslında hukukumuzda kamu düzeni diye bir kavram olmasa idi, şu an için onun alanına giren sorunlar, bir şekilde genel ahlâk kuralları yoluyla çözümlenmeye çalışılabilirdi. Ancak hukuk sistemimizin benimsemiş olduğu mevcut çizgiden hareket edildiğinde artık, kamu düzeni, genel ahlâka aykırılıktan başka bir anlama kavuşur. Alman hukukunda ise böyle bir ayırım olmadığı için bu tarz tartışmalara pek gerek kalmamaktadır. Genel ahlâka aykırılık ve gabini düzenleyen § 138 kamu düzenini de kapsamaktadır. Bkz. Hâtemî, s. 88, dn.8; **Atamer**, s. 152, dn. 53; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 159 ve aynı sayfa dn. 432; ayrıntılı bilgi için bkz. **Simitis**, s. 168 vd..
- <sup>211</sup> Bu konuda kısa ve özlü bilgiler için bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 152 vd.; **Atamer**, s. 183 vd.. Özellikle medenî hukuk cephesinden kavram hakkında kısa ve özlü bilgi için bkz. **Hâtemî**, s. 37 vd.. Kamu düzeni hakkında mukayeseli ve detaylı bilgi için bkz. **Simitis**, s. 78 vd.
- <sup>212</sup> **Esener**, s. 203; **Sirmen**, s. 449; **Inan**, s. 139; Benzer tanımlar için bkz. **Hâtemî**, s. 42-43; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 173; **Oğuzman/Öz**, s. 73; **Eren**, s. 288; **Erman**, s. 613; **von Tuhr/Peter**, s. 250; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 402-403. Avrupa hukuk sistemlerindeki tanımlar için bkz. **Simitis**, s. 78 vd.
- <sup>213</sup> **Tunçomağ**, Borçlar, s. 173; **Esener**, s. 203; **Eren**, s. 288; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 152-153; **von Tuhr/Peter**, s. 250. Eren, borçlar hukukunda, kamu düzeni ile ilgili hükümlerin yok denecek kadar az olduğunu belirtmekte ve toplum menfaati bakımından büyük önem taşıyan ahde vefa, güven ilkesi gibi kuralları kamu düzenine örnek göstermektedir (s. 288). Ancak Von Tuhr ise, borçlar hukukunun hükümlerinin tarafların menfaatlerine ilişkin olması sebebiyle bu hukuk alanında hiçbir hükmün kamu düzenine ilişkin olmadığını iddia etmektedir (s. 250). Aynı şekilde Tunçomağ da, Borçlar Kanununda kamu düzeni ile ilgili bir hükme rastlanamayacağını belirtmektedir. Fakat borçlar hukukuna giren konuya ilişkin hüküm getiren başka kanunlarda bunu görmenin mümkün olacağını ifade etmekte, örnek olarak da Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'u göstermektedir. **Tunçomağ**, Borçlar, s. 174.
- <sup>214</sup> **Eren**, s. 288; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 152, dn. 416; **Esener**, s. 203.
- <sup>215</sup> **Özkan**, Ahmet Fatih: Ekonomik Kamu Düzeni ve Ekonomik Kolluk Faaliyeti, ABD, Y. 2009, S. 4, s. 80, 82-83; **Erkan Mustafa / Demircioğlu**, Mutafa Yaşar: Ülke Rerecelendirmesinin Ekonomik Kamu Düzeni Üzerine Etkisi, İÜHFD, Y. 2010, S.1, C. 1, s. 113 vd. Danıştay 3. Dairesi 13.10.1980 tarih ve E. 1980/157, K. 1980/181 sayılı kararında da aynen “*Anayasa hukukunda artık kamu düzeni deyimi ile yetinilmemekte, kamu düzeninin yanında ekonomik kamu düzeni de yer almaktadır. Ekonomik kamu düzeni sadece hukuk kavramlarını ihtiva etmemekte, ekonomi-hukuk işbirliğiyle düzeni saptamaktadır*” demek suretiyle bu duruma açıklık getirmektedir. Karar için bkz. <http://www.danistay.gov.tr/kerisim/container.jsp> (erişim tarihi 15.01.2011).
- <sup>216</sup> **Erkan/Demircioğlu**, s. 113, Ayrıca tanım içermemekle birlikte ekonomik kamu düzeninin temeli ve çerçevesi hakkında bkz. **Özkan**, s. 79 vd. Ekonomik kamu düzenini ile ilgili Anayasamızda pek çok hüküm vardır. Örneğin, mülkiyet ve miras hakkını düzenleyen 35. madde, tarım ve hayvancılığın geliştirilmesi ve korunmasına ilişkin 45. madde, çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. madde, planlamayı

sınırlamalar getirildiğini görmek mümkündür<sup>218</sup>. Özellikle liberal ekonominin yaratmış olduğu bazı sorunları bertaraf edebilmek için devletler, zayıf olan tarafı korumak ve millî ekonominin belirli bir yöne gitmesini sağlamak amacıyla bu tür koruyucu düzenlemeler getirmektedirler<sup>219</sup>.

### c. Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik haklarının korunmasına ilişkin olarak MK.m.23-25'te<sup>220</sup> genel ilkelere yer verilmiştir. Doktrindeki hâkim fikre göre, MK.m.23, kişiye, kişilik haklarına hukukî işlemler sonucu olan saldırılara karşı koruma sağlarken, MK.m.24-25, üçüncü kişilerin hukukî işlem dışı saldırılarına -haksız fiillere- karşı koruma sağlamaktadır<sup>221</sup>. Burada sözleşme özgürlüğüne

---

düzenleyen 166. madde, pikanunların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesine ilişkin 167. madde, doğal kaynakların aranması ve işletilmesine ilişkin 168. madde, tüketiciler ile esnaf ve sanatkârların korunmasıyla ilgili 172. ve 173. maddeleri bunlardan bazılarıdır. Bkz. **Özkan**, s. 82.

<sup>217</sup> Hâtemî'ye göre ekonomik kamu düzeni terimi, Türk hukuku açısından kişiliğin korunması düşüncesine dayandırılabilen ve ekonomik yönden zayıf olanı, güçlüye karşı koruma amacı güden kuralların kamu düzeni kavramı ile ilişkisini belirtmektedir. **Hâtemî**, s. 54, dn. 23. Kanaatimizce ekonomik kamu düzenine aykırılık somut duruma göre aynı zamanda genel ahlâka aykırılık içinde de değerlendirilebilir. Hatta bazen doğrudan genel ahlâka aykırılık içinde değerlendirmek gerekir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 10.01.1962 tarihinde vermiş olduğu bir karar da bu açıdan eleştirilebilir. Söz konusu kararda, işyerine gidip gelirken geçen zamanların iş süresinden düşülerek işçiye eksik ücret verilmesinin sağlanması için, işçiden bu düşülen zamana ait ücreti istemeyeceğine dair belge alınması, kamu düzenine ilişkin kurallara aykırı sayılmıştır. Karar için bkz. HGK. T. 10.01.1962, E. 1962/4-33, K. 1962/2 (KBİBB.). Kararda ekonomik bakımdan zayıf olanların korunması kamu düzeni çerçevesinde ele alınmaktadır. Aslında bu tür anlaşmalar kişilik haklarının ahlâka aykırı derecede sınırlanmasının klâsik özelliklerini taşımaktadır. Yargıtay son zamanlarda verdiği kararlarda da ekonomik kamu düzenini ekonomik kriz dönemlerinde ortaya çıkan bir sorunmuş gibi algılamaktadır. Bkz. HGK. T. 03.05.1995, E. 1995/9-375, K. 1995/477(KBİBB.); HGK. T. 05.07.1995, E. 1995/9-474, K. 1995/722 (KBİBB.); HGK. T. 31.01.1996, E. 1995/9-960, K. 1996/4 (KBİBB.). Ayrıca bkz. **Özkan**, s. 81.

<sup>218</sup> 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun buna örnek gösterilebilir. Bu konuya ilişkin geniş açıklamalar için bkz. **Akıncı**, Müslüm: Ekonomik Kamu Düzeni ve Rekabet Kurumu, RD., S. 5, s. 2 vd..

<sup>219</sup> **Erman**, s. 614; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 154.

<sup>220</sup> MK.m.23-25 vd. maddeler "*Kişiliğin korunması*" başlığı altında düzenlenmiştir. MK.m.23, "*Vazgeçme ve aşırı sınırlamaya karşı*" madde başlığı ile şu hükümleri ihtiva etmektedir: "(f1)Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez. (f2)Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz. (f3)Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz." MK.m.24 ise, "*saldırıya karşı*" başlığı ile birlikte konuya ilişkin ilkeler şu şekildedir: "(f1)Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir. (f2)Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır". MK.m.24 ile aynı başlık altında ele alınan MK.m.25 içerik olarak m.23 ve 24'ten farklıdır. MK.m.25 kişiliğin korunması için açılacak davaları düzenlemektedir.

<sup>221</sup> **Oğuzman**, Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe: Kişiler Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2009, s. 149, **Dural/Öğüz**, s. 137; **Helvacı**, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2006, s. 105; **Eren**, s. 289. Doktrinde bu hükümlerin hangi tür saldırılara karşı koruma sağladığı hususunda ileri sürülmüş diğer görüşler ise şunlardır: Bir görüşe göre; MK.m.23, bizzat kişinin kendisinden gelen saldırılara karşı, MK.m.24-25 ise hariçten gelen saldırılara karşı korur. Bundan dolayı birincisine "dâhilî-iç koruma", ikincisine "haricî-dış koruma" denmektedir. Bu görüş için bkz. **Köprülü**, Bülent: Medenî Hukuk, Genel Prensipler-Kişinin



getirilen sınırlamaları ele alıyor olmamız sebebiyle, kişilik haklarına hukukî işlem dışı saldırıları ve bunun sonuçlarını düzenleyen MK.m.24'ü incelememizin dışında tutuyoruz. MK.m.23, özellikle ikinci fıkrası, BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) ile yakın bağlantı içinde olup çalışmamız açısından ehemmiyet arz etmektedir<sup>222</sup>.

Aslında kişiliği koruyan MK.m.23, aynı zamanda BK.m.19'da (*TBK.m.27/I*) belirtilen emredici hukuk kurallarından biridir<sup>223</sup>. Ancak MK.m.23'ün bir çerçeve hüküm olması, hukukî olan ve olmayan değerlere göndermede bulunması sebebiyle genel bir emredici özellik taşımaktadır. Bundan dolayı da her somut duruma ve olaya ilişkin ihlâli ve sonuçlarını düzenleyen bir kanun hükmüne gerek bulunmamaktadır. Aşağıda da belirtildiği üzere, bu tür durumlarda bunun içeriğini doldurmak ve sözkonusu ihlâlin kişilik haklarına aykırılık teşkil edip etmediğini -sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarının aşılp aşılmadığını- belirlemek yetkisi ve görevi de hâkime düşmektedir. Hâkim böyle bir durumla karşılaştığında, somut duruma ilişkin olarak bir hukukî düzenleme varsa ona göre, aksi takdirde genel ahlâk kurallarına göre çözüm üretmelidir<sup>224</sup>. Örneğin din değiştirme taahhüdünde bulunma, makûl olmayan bir ameliyata razı olma gibi hallerde din değiştirmenin veya ameliyat olmanın kendisi tek başına kişilik haklarına aykırı değilken, böyle bir taahhüde mecbur eden sözleşmenin kendisi ve taahhüt ahlâka aykırılık boyutuna ulaşmaktadır<sup>225</sup>.

Kişilik hakkının kapsamına giren unsurlar sözkonusu hükümlerde belirtilmemiştir. Bunların tek tek belirtilmesi de zaten mümkün değildir. Bu sebeple kişiyi kişi yapan bütün

---

Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1984, s. 289 vd.; **Velidedoğlu**, Hıfzı Veldet: Türk Medenî Hukuku, C. I, 2. cüz, Şahsın Hukuku, 6. Bası, İstanbul 1963, s. 125 vd.. Diğer görüşe göre, hem MK.m.23, hem de MK.m.24-25 kişilik hakkını üçüncü şahıslardan, yani hariçten gelebilecek saldırılara karşı korumaktadır. Bu ikisinin arasındaki fark, MK.m.23 kişinin kendi rızasına dayanan saldırılara karşı, MK.m.24-25'in ise kişinin rızası olmaksızın yapılan saldırılara karşı koruma sağlamasıdır. Bu görüş için bkz. **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 431; **Ayan**, Mehmet/ **Ayan**, Nurşen: Kişiler Hukuku, 1. bası, Konya 2007, s. 55. Bu görüş yukarıda benimsediğimiz görüşe paralellik arz etmektedir. Çünkü kişinin rıza göstermesi sonucu yapılan saldırı (artık buna müdahale ya da muamele demek daha doğru) bir hukukî işleme konu olmaktadır.

<sup>222</sup> Bu iki hüküm arasındaki yakın ilişkiyi anlatmak üzere; Tunçomağ ve Erman, BK.m.19/II'deki hükmün, MK.m.23/I ve II'de yer alan ana kaidenin özel bir hale uygulanmasından başka bir şey olmadığını ifade etmektedirler. Bkz. **Tunçomağ**, Borçlar, s. 174; **Erman**, s. 612. Benzer şekilde Ateş de, BK.m.19/II'deki ifadelerin aslında kişiliğe bağlı hakları ve özgürlükleri düzenleyen MK.m.23/II hükmüne göndermede bulunduğunu ifade etmektedir. Ayrıca bu iki maddenin kökeninin de 1881 tarihli İsviçre Federal Borçlar Kanunu olduğunu belirtmektedir. Ayrıntılar için bkz. **Ateş**, Karar Özgürlüğü, s. 139-140; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 166. BK.m.19 ve 20'nin, MK.m.23'ü tamamlayıcı nitelikte oldukları yönündeki açıklama için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 393; **Ayan/Ayan**, s. 55; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 152; **Akipek Jale / Akıntürk**, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, 1. Cilt, 5. Bası, İstanbul 2004, s. 374. Alman hukukundaki düzenlemeye bakıldığında kişilik haklarını koruyan ayrı bir genel düzenleme yapılmadığını görmekteyiz. Buna karşılık §§ 823, 826 gibi maddelerde münferit mahiyette bazı kişisel hakları koruyan hükümler mevcuttur. Ancak kişilik hakları ile ilgili sorunlar da Alman Medenî Kanunu § 138'deki ahlâka aykırılık kuralları ile çözüme kavuşturulmuştur.

<sup>223</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 74; **Hâtemî**, s. 46; **Eren**, s. 289; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 152; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 401, s. 434, **von Tuhr/Peter**, s. 251.

<sup>224</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 166; Benzer yönde **Hâtemî**, s. 47-48.

<sup>225</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 74. Din değiştirmeye yönelik taahhüt ve benzeri durumlar aynı zamanda genel ahlâka aykırılık için de örnek gösterilmektedir.

değerlerin kişilik hakkının kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir<sup>226</sup>. Kişilik hakkının ve buna bağlı korumanın neleri kapsadığını belirleme yetkisi de uygulama da hâkime aittir<sup>227</sup>. Ancak genel olarak belirtmek gerekirse; kişinin, kişi olması sebebiyle, hayat, beden ve ruh bütünlüğü, şeref, haysiyet, özgürlükler, isim, resim, özel hayat ve sırları gibi varlıklarına ilişkin haklarına, kişilik hakkı denir<sup>228</sup>. Bu haklar ve korunmadan bünyesine uygun düştüğü ölçüde tüzel kişilerin de yararlanabileceği muhakkaktır<sup>229</sup>. İşte konusu itibarıyla bu tür hakları ve özgürlükleri ortadan kaldıran ya da önemli ölçüde sınırlayan sözleşmeler bâtil, yani butlanla sakattır<sup>230</sup>.

Kişilik hakkının ve dolayısıyla korumanın kapsamına giren en önemli değerler doktrinde münferit olarak ele alındığı gibi<sup>231</sup>, genel olarak maddî bütünlüğe, manevî bütünlüğe, ekonomik bütünlüğe ilişkin değerler şeklinde sınıflandırmaya tabi tutularak da ele alınmaktadır<sup>232</sup>. Ancak bu sınıflandırmaların da yapay olduğunu belirtmek gerekir. Çünkü kişilik hakları birbiri üzerine taşabilmektedir. Örneğin resim üzerindeki hak, sınıflandırmalar içinde manevî değerlere ilişkin haklar arasında gösterilirken, aynı zamanda vücut bütünlüğünün bir parçası olarak maddî değerlere ilişkin haklar arasında da gösterilebilir<sup>233</sup>.

<sup>226</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 135.

<sup>227</sup> Özsunay, s. 97-98; Ayan/Ayan, s. 45; Dural/Öğüz, s. 94-95; Helvacı, s. 73; Akipek/Akıntürk, s. 374; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 401; benzer yönde, Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 135.

<sup>228</sup> Özsunay, s. 97; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 135 vd.; Helvacı, s. 77 vd.; Dural/Öğüz, s. 98 vd.; Akipek/Akıntürk, s. 358-359; Ayan/Ayan, s. 45 vd.; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 401 vd.. Ayrıca Anayasa'nın 12. maddesine göre de "Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir". Bu hüküm kişiliğe bağlı hakları Anayasa düzeyinde de güvenceye almıştır.

<sup>229</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 134; Akipek/Akıntürk, s. 357; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 429; Helvacı, s. 71-72, 109; Ancak Helvacı'nın da belirttiği gibi, özellikle MK.m.23/II'nin tüzel kişilerde uygulama alanı gerçek kişilerdeki kadar geniş değildir (s. 109).

<sup>230</sup> Eren, s. 289; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 394; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 433-434; Helvacı, s. 107, 109; Dural/Öğüz, s. 138 Özsunay, s. 152; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 150; Akipek/Akıntürk, s. 374, 378; Ayan/Ayan, s. 45, 56; Ancak, butlan sonucunu doğurmayan işlemler de vardır. Örneğin tehdit altında yapılmış olan hukukî işlemler için, butlan yerine iptal edilebilirlik (askıda geçersizlik) sözkonusudur. Ayan/Ayan, s. 56; Yine tabiatı itibarıyla hukuka aykırılık teşkil edecek bir işlem, zorunlu tıbbi müdahale çerçevesinde (rıza, tedavi amacına uygunluk, tıp bilimi gereklerine uygun olma gibi şartların gerçekleşmesi kaydıyla) kişilik haklarına aykırılık teşkil etmeyebilir (BK.m.31). Ayan/Ayan, s. 57; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 137; Dural/Öğüz, s. 100; Eren, s. 289. MK.m.23'te yaptırımın açıkça düzenlenmemiş olmasından ve bu maddenin kişilik hakkı sınırlanan kimsenin menfaatlerini korumak amacıyla getirilmesinden hareketle, buradaki yaptırımın butlan olmadığı ileri sürülmüştür. Yani özgürlüğü ortadan kaldırılan veya aşırı derecede sınırlanan kişi istemedikçe karşı taraf sözleşmenin hukuka ya da ahlâka aykırı olmadığını ileri süremez ve hâkim de bunu re'sen dikkate alamaz. Bkz. Berner Komm/Bucher, ZGB Art. 27, Nr. 162 vd.; Aynı Yazar, OR AT, s. 267 vd..

<sup>231</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 136 vd.; Dural/Öğüz, s. 98 vd.; Helvacı, s. 77 vd.; Değişik kavramlar ve içeriklerle benzer tasnif için bkz. Özsunay, S. 98 vd..

<sup>232</sup> Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 402 vd.; Ayan/Ayan, s. 45 vd.. "Sır çevresi ve gizlilik alanı üzerindeki hakları" da ayrı başlık olarak ele alan sınıflandırma için bkz. Akipek/Akıntürk, s. 364-365, 378 vd.. Doktrindeki, ehliyet ve özgürlükler, bedenî bütünlük, manevî bütünlük şeklinde sınıflandırma için bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 388-389.

<sup>233</sup> Akipek/Akıntürk, s. 364-365.

Kişilik hakları ister münferit olarak ele alınsın, ister sınıflandırılarak ele alınsın, bu hakların her türlü hukukî işlemlere konu edilmesinin sınırı MK.m.23 ve BK.m.19-20 (TBK.m.26-27) hükümlerine göre belirlenir. Yani burada çizilen sınırlar aşıldığında, hukukî işlem -sözleşme- geçersiz olur. Çünkü MK.m.23/I, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçilemeyeceğini düzenlemektedir. Örneğin bir kimse hayatı boyunca hiç evlenmeyeceği, hiç borç altına girmeyeceği yönünde taahhütlerde bulunması bu türden sözleşmelerdendir ve yaptırımını butlandır<sup>234</sup>. Ancak çalışmamız açısından önem arzemesi sebebiyle biz burada, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen veya tamamen vazgeçme konusunu değil, özgürlüğü aşırı derecede sınırlayan hukukî işlemleri -sözleşmeleri- kısaca ele alacağız. Şu hususta hemen belirtilmelidir ki; kanun düzenlemesi hak ve fiil ehliyetlerinin kısmen dahi olsa sınırlanmasına izin vermezken, özgürlüklerin belli ölçüler dâhilinde sınırlanmasına imkân tanımaktadır<sup>235</sup>.

Kişinin, hukukî işlemler yoluyla sahip olduğu özgürlüklerinden vazgeçmesi ve özgürlüklerini hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlaması MK.m.23/II'de kabul edilmemiştir. Bununla birlikte, toplum içerisinde yaşamanın sonucu olarak kişi özgürlüklerinin belli ölçüde sınırlamaya konu olması ve sınırlanması kaçınılmazdır. Ancak burada çözümlenmesi gereken husus bu sınırlamanın ölçüsünün ne olacağıdır<sup>236</sup>. Söz konusu sınırlamanın ölçüsü MK.m.23/II'de genel olarak belirtildiği üzere hukuk<sup>237</sup> ve ahlâktır<sup>238</sup>. Gerçekten de, hukuka ve ahlâka aykırılık boyutuna ulaşan sözleşmeler özgürlükler açısından aşırı sınırlama mahiyetindedir. Bahsedilen sınırın aşıp aşılmadığını belirleyecek ve uygulayacak olan da hâkimdir<sup>239</sup>. İleride ilgili bölümlerde bu hususa ilişkin kıstaslar ortaya konacak olmakla beraber, burada kısaca ifade etmek gerekirse; kişiliğin varlığı ve gelişmesi

<sup>234</sup> Helvacı, s. 107; Dural/Öğüz, s. 138; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 150; Akipek/Akıntürk, s. 390 vd.; Ayan/Ayan, s. 58. Buna karşılık uçak şirketlerinin hosteslerle işe girişte yaptıkları sözleşmelerde yer alan, birkaç yıl içinde evlenmeyecekleri yönündeki anlaşmalar veya hükümler, şartlara göre ne hak ve fiil ehliyetinden vazgeçme ne de özgürlükleri aşırı derece sınırlama sayılabilir. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 455-456. Ancak sözleşmede, iş ilişkisi devam ettikçe evlenilmeyeceği şeklindeki bir hüküm kişilik haklarına aykırılık teşkil eder. Çünkü sınırı çizilmemiş hak ve özgürlük kısıtlaması sözkonusudur. Sözleşmelerde yer alan bu tür şartlara “evlenme yasağı” veya “zorunlu bekârlık kaydı = Zölibatklause” adı verilmektedir. Alman Federal Mahkemesi, bahsedilen şekilde bir şart içeren sözleşmenin § 138'e göre geçersiz olduğunu karara bağlamıştır. NJW 1957, s. 1688. Ayrıca bkz. Berner Komm/Kramer, OR Art. 19-20, Nr. 214; Gauch/Schluep/Schmid, s. 129; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 456; Başpınar, Butlan, s. 138, dn. 162.

<sup>235</sup> Akipek/Akıntürk, s. 390; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 455. Hak ve fiil ehliyeti ile birlikte özgürlükler kişiliğin en önemli üç ögesidir. Bundan dolayı da kanunda bunların adları açıkça zikredilmiştir.

<sup>236</sup> Akipek/Akıntürk, s. 395;; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 455;. Sungurbey/Kaneti: s. 178, 179. Özsunay, s. 152-153.

<sup>237</sup> Tekinay tarafından ileri sürülen, özgürlüğün “hukuka aykırı olarak” sınırlanamayacağı hakkındaki hükme gerek olmadığı yönündeki görüşe biz de katılıyoruz. Çünkü bir hukuk kuralının zaten yasak ettiği ve hukuka aykırılığın gerçekleştiği yerde MK.m.23/II'nin uygulanmasına gerek yoktur. Çünkü böyle bir halde yasağı getiren sözkonusu hüküm evleviyetle uygulanır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 391.

<sup>238</sup> Ayrıntılı bilgi ve tartışmalar için bkz. Hâtemî, s. 46-53.

<sup>239</sup> Akipek/Akıntürk, s. 396; Ateş, Karar Özgürlüğü, s. 141; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 455

için gerekli olan özgür hareket etme ve özgür karar verebilme imkânının tehlikeye girmesi veya ortadan kalkması aşırı sınırlamanın olduğunu gösterir<sup>240</sup>. Sözleşme ile taahhütte bulunan kişi, sözleşmenin diğer tarafının irade ve egemenliğine tabi olduğu durumlarda da aynı şekilde aşırı sınırlama vardır<sup>241</sup>. Örneğin, evde hizmetçi olarak çalışan kimsenin, iş sahibi ile yaptığı sözleşmede, bir-iki yıl gibi süre için evden hiç çıkmayacağını taahhüt etmesi<sup>242</sup>, kişinin kendi isteği ile uzun süre bir yere hapis edilmeyi kabul etmesi<sup>243</sup>, özgürlüğün aşırı derecede ihlâl edilmesi sonucunu doğurur. İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararında “borç kime nakledilirse nakledilsin, kefaletin devam edeceği” şartıyla yapılmış olan bir kefalet sözleşmesinin geçerli olmayacağına hükmedilmiştir<sup>244</sup>. Yine İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilmiş olan bir kararın gerekçesinde, “*belli bir binada birahane işletmek ve burada bütün sene belli bir teslimciden bira çekerek satmak yolunda çekişmeli sözleşmede, yer alan borç, bu borç zaman bakımından sınırsız olduğu veya bu borca oranla uzun bir süre için girildiği takdirde, kişisel hürriyetin aşırı ölçüde sınırlandırılması olur...*”<sup>245</sup> denmiştir. Federal Mahkeme, bir fırıncının bir karz sözleşmesine konulmuş olan on yıl süreyle kendisi için gerekli olan unu belli bir kişiden alma taahhüdünü, aşırı sınırlama görmeyerek, geçerli saymıştır<sup>246</sup>.

Sınırları çizilmemiş rekabet etmeme yasakları da (BK.m.349) yine kişi özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılması sonucunu doğurur<sup>247</sup>.

Kişinin şahsî özgürlük ve beraberindeki ekonomik özgürlüklerinin sınırlandırılmasına şimdilik burada birkaç örnek vermekle yetiniyoruz. Çünkü kişilik haklarına aykırılık hali çalışma konumuzu da yakından ilgilendirdiği için, incelememiz içinde ilgili bölümlerde yeteri kadar örnek verilmiş ve ayrıntıya girilmiştir.

<sup>240</sup> Akipek/Akıntürk, s. 396; Künzler, s. 40; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 151; Sungurbey/Kaneti: s. 179-180. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında da bu kıstas genel olarak tespit edilmiştir. Buna göre, “bireylerin kişiliklerinin ve ekonomik varlıklarının temellerini, ahlâk anlayışlarıyla bağdaşmayacak biçimde tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmeler hükümsüzdür” HGK. 11.02.1976, E. 1973/4-1088, K. 1976/209, YKD., C.2, S. 9, Y. 1976, s. 1269.

<sup>241</sup> Akipek/Akıntürk, s. 396; Sungurbey/Kaneti: s. 180; Özsunay, s. 152-153; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 151; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 455, 457; Dural/Öğüz, s. 139.

<sup>242</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 391; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 150.

<sup>243</sup> Dural/Öğüz, s. 139; Helvacı, s. 109.

<sup>244</sup> JdT 1942, 85, (nakleden Akipek/Akıntürk, s. 399).

<sup>245</sup> BGE. 26 II 120.

<sup>246</sup> BGE 40 II 233.

<sup>247</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 392; Akipek/Akıntürk, s. 399; Dural/Öğüz, s. 139; Helvacı, s. 110; Atamer, s. 150; Başpınar, Butlan, s. 141. Konunun detayları için bkz. Soyer, M. Polat: Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s. 1 vd..

#### d. İmkânsızlık

Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarından biri de sözleşmenin konusundaki imkânsızlıktır. İsviçre Borçlar Kanunu m. 20’de bu kavramı karşılamak üzere “unmöglichen” terimine yer verilmişken, BK.m.20’de bu imkânsızlık, “*gayri mümkün*” ibaresiyle ifade edilmiştir. Doktrinde de isabetli olarak “gayri mümkün” yerine “imkânsızlık” kavramı tercih edilip kullanılmaktadır<sup>248</sup>.

Sözleşmenin konusundaki imkânsızlık, sözleşmenin meydana geldiği sırada, başlangıçtan itibaren objektif ve sürekli olarak sözleşme konusu edimin imkânsız olmasıdır<sup>249</sup>. Bu imkânsızlık sebebiyle de sözleşme batıldır<sup>250</sup>. Örneğin satılan bir koyun, satım sözleşmesi yapıldığı sırada ölmüş, kiralanmış olan bir işyeri, kira sözleşmesi yapılmadan önce yanmış, inşaat yapmak üzere arsa payı karşılığı kat yapım sözleşmesi yapılan arsa, sözleşme yapıldığı zaman parsel küçük olduğu veya inşaat yasak bölge olduğu için zaten inşaat izni verilmemiş ise, sözleşme, konusunun başlangıçtan itibaren imkânsız olması sebebiyle geçersizdir<sup>251</sup>. Buradaki örneklerde de görüldüğü üzere, sözleşmenin konusu hiç kimse tarafından başlangıçtan itibaren yerine getirilemeyeceği için herkes açısından imkânsızdır. Doktrinde buna objektif imkânsızlık adı verilir<sup>252</sup>. Ancak sözleşme konusunun sadece borçlu tarafından yerine getirilemiyor olması, sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurmaz. Bu tür

<sup>248</sup> Türk Borçlar Kanunu m. 27’de “*konusu imkânsız olan sözleşmeler*” deyimine yer verilerek isabetli bir tercih yapılmıştır.

<sup>249</sup> Kavram ve tanımlar için bkz. **Altunkaya**, Mehmet: Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara 2005, s. 87 vd.; **Dural**, Mustafa: Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (BK 117), İstanbul 1976, s. 80 vd.; **Başpınar**, Butlan, s. 111 vd.; **von Tuhr/Peter**, s. 262; **Eren**, s. 295; **Esener**, s. 207; **Erman**, s. 616, **Sirmen**, 451; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 404; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 178 vd..

<sup>250</sup> **Altunkaya**, s. 91, 153; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 404-405; Alman Hukukunda 2002 yılında yapılan reformla birlikte, başlangıçtaki objektif imkansızlık geçersizlik sebebi olmaktan çıkartılmıştır. Bütün imkansızlık halleri tek bir çatı altında toplanmıştır. **Ergüne**, Mehmet Serkan: Reform Sonrası Alman Medenî Kanununda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları, İÜHF, C. LXII, S. 1-2, s. 351 vd., 367.

<sup>251</sup> İmkânsızlığın ortaya çıkış sebepleri fiilî, maddî, hukukî ve ekonomik olabilir. İşyerinin yanmış olması maddî ve fiilî, imara aykırılık sebebiyle izin verilememesi ve kamuya ait bir malın satılması hukukî, satılan malı imal eden fabrikanın satım sözleşmesi yapılmadan önce yanmış ve satılan malı fabrikadan temin etme imkânı kalmamış, ancak malın piyasadan bir bir temin edilebilir olmasının ise ekonomik açıdan ağır külfetler yüklemesi de ekonomik imkânsızlıklara örnektir. Benzer örnek ve tasnifler için bkz. **Esener**, s. 206-207; **Eren**, s. 297; **Sirmen**, s. 451-452; **Başpınar**, Butlan, s. 112-114; **Dural**, s. 7 vd.; **Altunkaya**, s. 91 vd.; **von Tuhr/Peter**, s. 262; **İnan**, s. 141; İmkânsızlığın ekonomik sebeplerden kaynaklanması halini bir imkânsızlık olarak değil, bir ifa güçlüğü olarak niteleyen görüşler de bulunmaktadır. Buna göre, sözleşme objektif olarak imkânsız olmayıp, geçerli olarak kurulmuştur. Ancak şartları varsa sözleşme, dürüstlük kuralı ve irade sakatlığı sebeplerine dayanılarak iptal ettirilebilir veya sözleşme değişen şartlara uyarlanabilir. Bu görüş ve değerlendirmeler için bkz. **Eren**, s. 297; **Dural**, s. 17 vd.; **von Tuhr/Peter**, s. 263; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 40-41; **Oğuzman/Öz**, s. 78.

<sup>252</sup> **Eren**, s. 295; **Altunkaya**, s. 111; **Erman**, s. 616; **Esener**, s. 207; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 179; **Oğuzman/Öz**, s. 78; **Başpınar**, Butlan, s. 119. Bir görüşe göre başlangıçtaki imkânsızlık için esas alınması gereken zaman, sözleşmenin kurulduğu an değil, sözleşmenin ifa anıdır. Yani, sözleşme yapıldığı sırada imkânsızlık sözkonusu olsa dahi, ifadan önce imkânsızlığın ortadan kalkması halinde sözleşme baştan itibaren geçerli olarak kurulmuş sayılmaktadır. **Erman**, s. 616; **von Tuhr/Peter**, s. 263-263; **Reisoğlu**, s. 133. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Dural**, s. 76.

imkânsızlığa ise sübjektif imkânsızlık denir<sup>253</sup>. Örneğin satım konusu mal, sözleşme kurulduğu esnada borçluya ait olmayıp, üçüncü bir şahsa aitse ve borçlu bu sebeple borcunu yerine getiremiyorsa sübjektif imkânsızlık vardır.

Eğer yerine getirilmesi gerekli olan sözleşme konusu kişinin bir özelliği veya niteliği ile sıkı surette ilgili bulunduğu hallerden olup ve sözleşme yapıldığı sırada o kişi, sözleşme konusu yapma gücüne sahip değilse, sübjektif imkânsızlığın, objektif imkânsızlığa tekabül ettiği kabul edilmektedir<sup>254</sup>. Ünlü bir ressamla yapılan bir sözleşmede, ressamın resim yapma yeteneğini sözleşme yapıldığı esnada kaybetmesindeki durum buna örnek verilebilir<sup>255</sup>. Bu istisna halin dışında sübjektif imkânsızlık, BK.m.20 anlamında bir imkânsızlığa yol açmaz<sup>256</sup>. Böyle bir halde borçlunun temerrüdü sözkonusu olur.

Başlangıçtaki imkânsızlığı, borcu sona erdiren sebeplerden biri olan ve BK.m.117'de düzenlenen sonraki imkânsızlıktan ayırmak gerekir. BK.m.117'deki sonraki imkânsızlık, bir ifa imkânsızlığı olarak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkar ve aynı zamanda borcun sona ermesine sebep olur. Sonraki imkânsızlık, borçluya yüklenemeyen sebeplerden ileri geliyorsa BK.m.117, borçluya yüklenebilen bir sebepten kaynaklanıyorsa, BK.m.96 vd. uygulanır<sup>257</sup>.

#### e. Ahlâka (Adaba) Aykırılık

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırlarından biri de, sözleşme konusunun ahlâka (adaba) aykırılığıdır. Sözleşme içeriğinin ahlâka (adaba) aykırı olması halinde de sözleşmenin bâtil olması sonucu ortaya çıkmaktadır. Çalışma konumuzun temel dayanağının ahlâka (adaba) aykırılık olması sebebiyle, bu konu aşağıda ayrı başlık altında daha geniş biçimde ele alınmıştır.

<sup>253</sup> **Altunkaya**, s. 115; **Dural**, s. 80; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 404

<sup>254</sup> **Esener**, s. 207.

<sup>255</sup> **Esener**, s. 207, **Sirmen**, s. 452; **İnan**, s. 142. Aynı sonuca çıkmakla beraber doktrinde bir görüş bu durumu kişisel güçsüzlük olarak nitelemekte ve bunun da bir objektif imkânsızlık olduğunu kabul etmektedir. Bunun gerekçesi ise, objektif imkânsızlıkta olduğu gibi edimin, borçluda dâhil hiç kimse tarafından yerine getirilememesidir. **Eren**, s. 296. **Başpınar**, Butlan, s. 119; **Hürlimann**, s. 26; **von Tuhr/Peter**, s. 263. Bununla beraber, borçlunun borçlandığı edim, onun fizik gücüne bağlı bir edim, örneğin, herhangi bir hizmet edimi (taşım edimi) ise, o, sözleşmenin kurulduğu sırada felç olsa bile burada objektif imkânsızlık sözkonusu olmaz ve sözleşme geçerli olarak kurulur. Örnek için bkz. **Eren**, s. 296.

<sup>256</sup> **Esener**, s. 207, **Başpınar**, Butlan, s. 120; **Erman**, s. 616; **Dural**, s. 80; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 404; **İnan**, s. 141-142.

<sup>257</sup> **Esener**, s. 206; **Eren**, s. 295; **Altunkaya**, s. 107-108; **Başpınar**, Butlan, s. 115; **Reisoğlu**, s. 133; **Tunçomağ**, Borçlar, s. 179;

## § 6. AHLÂK, GENEL AHLÂK VE GENEL AHLÂKA AYKIRILIK

### I. Genel Olarak

Borçlar Kanunu m.19-20’de, sözleşmenin içeriğinin, ahlâka (adaba) aykırı olması halinde, sözleşmenin bâtil olacağına hükme bağlandığı yukarıda ifade edilmişti. Borçlar Kanunundaki bu hükümlerin yanı sıra MK.m.23/II’yi de göz önünde bulundurmak gerekir. Çünkü anılan hükümde de, özgürlüklerin ahlâka aykırı olarak sınırlanamayacağı hüküm altına alınmıştır.

Toplum halinde yaşayan insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen kurallar, sadece kanunî düzenlemeye kavuşmuş (yazılı hukuk) kurallardan ibaret değildir. Zira kanunlar (yazılı hukuk kuralları), ancak insanların birbirleriyle olan ilişki ve davranışlarından tipik olanlarını düzenler. Bu davranışlar içerisinde bireysel özelliklerden doğan her somut durumu içine alacak soyut hukuk düzenlemelerin yapılması da beklenemez<sup>258</sup>. İşte sosyal düzen kuralları dediğimiz, ahlâk kuralları, din kuralları, görgü kuralları, örf ve adet kuralları da bireyler arasındaki ilişkilere yazılı hukukun yetersiz kaldığı yerde destek sağlarlar. Bu kurallar, yazılı hukuk kurallarının oluşumuna etki sağladıkları gibi, yazılı hukuk kurallarının yaptığı atıf dolayısıyla fertler arasındaki hukukî ilişkilere doğrudan doğruya uygulanırlar. Ahlâk kuralları da bunlar içerisinde önemli bir yer tutar. Ahlâk kuralları insanların, hem ruhî hayatlarını hem de onların dış dünyaya yansıyan davranışlarının düzenlenmesinde rol oynar<sup>259</sup> ve yazılı bir hukuk kuralının olmadığı yerlerde de fertler için hukukî güvenlik sağlar. BK.m.19-20 ve MK.m.23/II’de ahlâka (adaba) yapılan atıf da bu durumun bir göstergesidir. Şüphesiz Türk hukukunda ahlâka yapılan atıf bu maddelerle sınırlı değildir. Ancak ahlâka yapılan atıflarda “ahlâk” ve “ahlâka aykırılık” kavramları üzerinde bir terim birliği bulunmamaktadır<sup>260</sup>.

<sup>258</sup> Aral, V., s. 82; Işıktaç, Yasemin: Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Âdet Hukuku, İstanbul 1992, s. 9.

<sup>259</sup> Güriz, s. 13; Aral, V., s. 75.

<sup>260</sup> Ahlâka aykırılığa atıf yapan bazı maddeler: BK.m.65,155,161,319,344; MK.m.47,54,56,89,515,557; TTK.m.1277. Burada zikredilen ve zikredilmeyen kanunlarda, ahlâka aykırılığı açıklamak üzere çeşitli terimlerin kullanılması tercih edilmiştir. Örneğin BK.19,20,65’de “ahlâka (adaba) aykırılık”, BK.m.344’te ise sadece “adab” kavramı kullanılmıştır. Farklı terim kullanılmasının sebebi, kanunlaşma sürecinden kaynaklandığı gibi, çeviri hataları ve kanun koyucunun özensiz davranışından kaynaklanmaktadır. Burada Borçlar Kanununun iktibas ile ilgili verilen bir bilgiyi aktarmak kanunlaşma sürecinin anlaşılmasına yardımcı olacaktır. Borçlar Kanunu’nun İsviçre’den alınarak çevrilmesi sırasında, komisyonda, sözkonusu maddelerde ahlâk ve adap kelimelerinden hangisinin kullanılacağı konusunda fikir birliğine varılamamış ve bu konudaki tercihi yasama organına bırakarak ahlâk ve adâb kavramları, adâb parantez içinde olmak üzere, yan yana yazılarak, TBMM’ne gönderilmiştir. TBMM ise madde metinleri üzerinde tartışma yapılmadan, tasarı toptan oylanarak kabul edilmiş ve böylece iki kavram yan yana olmak üzere kanun metninde kalmıştır. Bkz. Öktem, İmran: Umumî Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması, İzmir

Bunlardan yola çıkarak çalışmamızda, önce ahlâk kavramı, daha sonra genel ahlâk ve genel ahlâka aykırılık (ahlâka aykırılık) incelenmiş ve konumuzla ilgili olan BK.m.19-20 ve MK.m.23/II'deki ahlâka aykırılığın ne anlama geldiği tespit edilmiştir.

## II. Ahlâk Kavramı

Tarih boyunca, hem beşerî hukuk sistemlerinin hem ilâhî dinlerin (hukuk) egemen olduğu toplumlarda ahlâk önemli bir yer tutmuştur<sup>261</sup>. Yine beşerî hukuk ve ilâhî dinlerin hedeflerinden birini de, ahlâk ve erdem sahibi fertler ve toplumlar teşkil etmek oluşturmuştur. Çünkü toplumda barış ve huzurun varlığı, diğer sosyal düzen kuralları gibi, ahlâkla da doğrudan orantılıdır.

Ahlâkîlik (ahlâk sahibi olmak) aslında insanın tabiatında var olan bir özelliktir. Bununla birlikte, insanın fitratında aynı zamanda iyi veya kötüye meyil etmek de vardır. İnsan iradesi bu noktada özgürdür; iyiyi tercih edebileceği gibi, kötüyü de tercih edebilir. Çok genel anlamda olmakla beraber iyi tercih eden insan, ahlâkı ve ahlâklı olmayı tercih etmiştir<sup>262</sup>.

Dilimize ahlâk kelimesinin Arapçada “yaratma”, “yaratılış” ve “yaratılmış” anlamlarına gelen “halk” sözcüğü ile aynı kökten olan, “hulk” veya “hulûk” sözcüğünün çoğulu olarak, ancak tekil anlamda geçmiş<sup>263</sup> olması da, ahlâkın insanın tabiatında var olduğu inancının bir göstergesidir.

---

Barosu Dergisi, (1937), Y. 3, S. 1-9, s. 94 vd.; **Hâtemî**, s. 78; **Başpınar**, Butlan, s. 135; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 26-27. Yeni Borçlar Kanunu'nda, hem BK.m.19-20'ye karşılık gelen m.27'de hem de diğer m.49,78,81,176 ve ahlâkla ilgili diğer maddelerde (adab) kelimesi de terk edilerek sadece “ahlâk” kavramına yer verilmiştir. Eski Medenî Kanun m.23/II'de, “adab-ı umumîye” kavramı tercih edilirken, Yeni MK.m.23/II'de “ahlâk” kavramına yer verilmiştir. Yine Eski Medenî Kanunda var olan kavram kargaşası da Medenî Kanunda giderilmiş ve bütün kanunda “ahlâk” kavramı kullanılmıştır. Kat Mülkiyet Kanunu m.25'te ise, “ahlâka ve adaba” şeklindeki ifade varlığını muhafaza etmektedir. Anayasanın 20,21,22,28,33,51,141 maddeleri ile TKHK 16. maddesinde ise “genel ahlâk” kavramına yer verilmiştir.

<sup>261</sup> Ahlâk olgusunun, en ilkel sayılan toplumlarda bile var olduğu hususu için bkz. **Kılhoğlu**, s. 148.

<sup>262</sup> Aynı anlamlara gelecek bir tanımlama için bkz. **Cevzeci**, (ahlâkî maddesi), s. 35.

<sup>263</sup> **Hâtemî**, s. 2; **Kılhoğlu**, s. 135, dn. 1; **İşıktaç**, s. 7; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 80; **Pazarlı**, Osman: İslamda Ahlâk, 2. Bası, İstanbul 1980, s. 11. Diğer taraftan ahlâkın karşılığı olarak kullanılan “morale” sözcüğü de Latince “moralis” kelimesinden gelmiştir. “Moralis” kelimesi, Yunanca “ta etika” sözcüğünün karşıtı olarak ilk defa Çiçero tarafından kullanılmıştır. Bu terimler, adet, karakter, genel olarak beşeri tutum veya tavır özel olarak da, davranış ve durumların aklanması, düzeltilmesiyle ilgili hususları gösterir. **Kılhoğlu**, s. 135, dn. 1; **İşıktaç**, s. 7. Ayrıca yine ahlâkı karşılamak üzere “etik” kelimesi de kullanılmaktadır. Bu da İngilizce, “ethics” kelimesinden dilimize gelmiştir. Ancak günümüzde “etik” kelimesi daha çok belli bir meslek grubu ilkelerini ifade etmek için kullanılmaktadır. Buna meslek ahlâkı da denmektedir. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 77.



Ahlâkın teorisine ve felsefî boyutlarına girmeksizin<sup>264</sup>, ahlâkla ilgili birkaç tanıma burada yer vermek uygun olacaktır<sup>265</sup>:

“Ahlâk, belli bir dönemde belli insan topluluklarınca benimsenmiş olan, bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen törel davranış kurallarının, kanunîarın, ilkelerin bütünü veya farklı toplumlarda ve zamanlarda kapsamı ve içeriği değişen ahlâkî değerler alanıdır”<sup>266</sup>,

“Ahlâk, insanın gerek kendilerine, gerekse benzerlerine karşı olan ödevlerini gösteren ve düzenleyen bir takım davranış kurallarıdır”<sup>267</sup>,

“Ahlâk, toplumsal ilişki ile etkileşimin yarattığı değer yargılarına göre, yapılması ve yapılmaması gerekeni düzenleyen; bireylerin hem toplumsal davranışlarını hem de karşılıklı ilişkilerini değerlendirmeye yarayan sosyal düzen kurallarıdır”<sup>268</sup>.

Ahlâk’ı felsefe kavramı olarak ele alan kaynaklara göre ise, ahlâk; “1.Genel anlamda, mutlak olarak iyi olduğu düşünülen ya da belli bir yaşam anlayışından kaynaklanan davranış kuralları bütünü. İnsanların kendisine göre yaşadıkları, kendilerine rehber aldıkları ilkeler bütünü ya da kurallar toplamı. 2. Bir kimsenin iyi niteliklerini veya kişiliğini ifade eden tutum ve davranışlar bütünü, huy”<sup>269</sup>,

Başka bir kaynağa göre ise, “1.a. Belli bir dönemde belli insan topluluklarınca benimsenmiş olan, bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen törel davranış kurallarının, kanunîarının, ilkelerinin toplamı. b. Çeşitli toplumlarda ve çağlarda kapsamı ve içeriği değişen ahlâksal değerler alanı. 2. Bir kişi ya da bir insan öbeğince benimsenen eylem kurallarının toplamı. 3. Ahlâksal olan şeylerle bağlantısı olan bir görüşler dizgesi (tek kişinin, bir ulusun, bir toplumun, bir çağın). 4. Felsefenin bir dalı olarak: a. Ahlâk üzerine kavramsal öğretiler. b. İnsanların kişisel ve toplumsal yaşamdaki ahlâksal eylemlerine ilişkin sorunları inceleyen felsefe öğretileri”<sup>270</sup>.

<sup>264</sup> Ancak burada Aristoteles’in ahlâk anlayışını birkaç cümle ile özetlemek yerinde olacaktır: Aristo’ya göre, ahlâkın gayesi mutluluktur. Bundan dolayı ahlâk felsefesi yapmak bir taraftan mutluluğun ne olduğunu diğer taraftan da nasıl mutlu olunacağını araştırmak demektir. Ancak mutluluk anlık bir yaşantı olmayıp hayatın bütünü içinde gerçekleştirilen bir şeydir. Mutluluğu sağlayan, haz, şeref, zenginlik gibi şeyler vardır. Fakat mutluluktan farklı durumlarda başka başka şeyler anlaşılır. Örneğin hasta olunca sağlığın, fakir düşünce zenginliğin, cahilliklerini anladıkları zaman bilgeliğin mutluluk olduğu sanılır. Aristo ise bunların hiçbirinin mutluluk olamayacağını düşünmektedir. Aristo, mutluluğun iki özelliğine dikkat çeker. Buna göre mutluluk; kendisi gaye olan bir şey olmalıdır, İnsanı tatmin etmek konusunda kendi kendine yetmelidir. Aristoteles’in ahlak anlayışı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Killoğlu**, s. 171.

<sup>265</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Killoğlu**, s. 135 vd; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 80 vd.

<sup>266</sup> **Killoğlu**, s. 135-136.

<sup>267</sup> **Edis**, Seyfullah: Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara 1989, s. 29.

<sup>268</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 82.

<sup>269</sup> **Cevizci**, (ahlâk maddesi), s. 28.

<sup>270</sup> Felsefe Terimleri Sözlüğü, Türk Dil Kurumu, <http://tdkterim.gov.tr>, erişim tarihi,14.02.2010.

Çalışmamızda bir tanımı benimsemeden önce, ahlâkla ilgili birkaç hususu ifade etmek gerekir. Yukarıda da belirtildiği üzere ahlâk, insanları iyiye, hayra yöneltme amacı güder. Bu yönü ile de hukuktan ayrılır. Çünkü hukukun amacı, adaleti sağlamaktır<sup>271</sup>. Yine ahlâk özellikle insanın iç dünyası, ruhu ile ilgilenir ve iç davranışı takiben de dış davranışın iç dünya ile uyumlu olmasını ve iç ve dış davranışın birlikte iyiye yönelmesini ister<sup>272</sup>. Hukuk ise, insanın dış vurulan davranışlarını dikkate alır<sup>273</sup>. Örneğin, fert hukuka istemeden de uymuş olsa, hukuk nazarında görevini yapmıştır. Ancak iç dünya ile dışa yansıyan davranış bir uyum içinde olmadığı için kişi bu davranışı ile ahlâka uygun davranmış olmaz<sup>274</sup>. Yani, ödev zorla yerine getirilebilse bile ödev bilinci zorla yaratılamaz ve bundan dolayı akıl ve vicdan ile algılanıp yaşanılmayan veya bilinmeyen değerler, ahlâkın değerlendirme alanına girmezler<sup>275</sup>. Şüphesiz ahlâk ile hukuk arasında bu tür farklılıklar ve benzerlikler sayılabilir. Ancak bunların hepsi birer felsefik ve sosyolojik yaklaşımdan öteye gidememektedir. Çünkü ileri sürülen her kıstasın mutlaka eksik ve eleştirilecek bir yönü bulunmaktadır. Şunu da ifade etmek gerekir ki, hukukun ve ahlâkın ilgilendiği geniş bir ortak alan da vardır. Örneğin her iki düzen kuralına göre de, adam öldürmek, hırsızlık yapmak men edilmiş ve eşlerin birbirlerine sadakat göstermesi talep edilmiştir<sup>276</sup>. Bu durum ahlâkın, hukukun oluşumuna zorlayıcı bir etkiye sahip olmasının doğal sonucudur.

Bu kısa açıklamalardan sonra, yeni bir tanım yapma girişiminde bulunmadan, yukarıda verilen tanımlardan herhangi birinin benimsenebileceğini belirtmekle yetiniyoruz.

---

<sup>271</sup> **Aral, V.**, s. 77; **Işıқтаç**, s. 9-10. Geniş bir çerçeveden bakıldığında, şüphesiz hukukun amacı olan adalet de iyidir ve bundan dolayı ahlâkî bir kavramdır. Yine genel olarak hukuka uygun davranış, ahlâkın da istediği bir davranıştır ve adalete barışa, düzene yönelmiş olan hukuka saygı göstermek ve uymak ahlâk anlayışının bir parçasıdır. **Aral, V.**, s. 81; **Güriz**, s. 16; **Işıқтаç**, s. 9.

<sup>272</sup> **Aral, V.**, s. 76; **Işıқтаç**, s. 10; **Güriz**, s. 17; **Kılhoğlu**, s. 137.

<sup>273</sup> **Aral, V.**, s. 78-79; **Güriz**, s. 17. Şüphesiz hukuk da insanın iç dünyasına bakar. Örneğin, yapılan hareket ve davranışların kasden mi, ihmalle mi, yapıldığını dikkate aldığı durumlar vardır. Özellikle ceza hukuku alanında bunun önemli uygulamaları vardır. Bkz. **Güriz**, s. 17; **Aral, V.**, s. 75; **Işıқтаç**, s. 10, dn.10.

<sup>274</sup> **Aral, V.**, s. 79. Ayrıca dış dünyaya yansımayan bir takım duygu ve düşünceler ise ahlâkî değer hükmüne tabi olur (s. 73, 78). **Kayar/Üzülmez**, s. 4.

<sup>275</sup> **Aral, V.**, s. 80. Bu arada ahlâkın hukuk gibi zorlayıcı güce sahip olmadığını da belirtmek gerekir. Ahlâk daha çok talep edici, gereklilik ve ödev yükleyici bir otoriteye dayanmaktadır. Yine ahlâk, yapılan hareketin aynı zamanda hangi zihniyet ile yapmamız gerektiğini ihtar eden bireysel ve kişisel bir vicdan otoritesini içerir. Yani hareketlerimizin iyi ya da kötü olduğunu nitelendirir. **Kılhoğlu**, s. 161.

<sup>276</sup> **Aral, V.**, s. 71, s. 82. Bununla beraber, usul hukukuna ilişkin düzenlemeler de olduğu gibi, çoğu kez ahlâkla ilişki içinde olmayan bir çok hukukî düzenleme de vardır.

### III. Genel Ahlâk ve Genel Ahlâka Aykırılık

#### A. Genel Olarak

Kanunlarda ahlâka yapılan atıf, her bir ferдин ahlâk anlayışına değil, belli bir toplumda ve belli bir zamanda var olan, asgarî düzeydeki ahlâk anlayışınadır<sup>277</sup>. Bu ahlâk anlayışı ise doktrinde kabul edildiği üzere “genel ahlâk”tır<sup>278</sup>. Çalışma konumuzun özü olan BK.m.19-20’de yer alan, ahlâka (adaba) aykırılık kavramını da yine bu çerçevede ve İsviçre Borçlar Kanunu 20. maddenin Almanca metnindeki kullanıma<sup>279</sup> uygun biçimde genel ahlâka aykırılık olarak anlamak gerekir<sup>280</sup>.

Borçlar Kanunu ve Medenî Kanununun, İsviçre’den 1926 yılındaki iktibasından önce, özel hukuk ilişkilerinde, ayrıca genel ahlâka aykırılık kavramına ve yaptırımına ihtiyaç duyulmamaktaydı. Çünkü o dönemde genel olarak tabii olduğumuz İslam Hukukunda, hukuka ve ahlâka aykırılık ayırımının önemi yoktu. Hem hukukun hem ahlâkın tek kaynağı olarak ilahî hukuk vardı. Bu sebeple hukuka ve ahlâka aykırılık tek başlık altında şeriata aykırılık (=gayrimeşruluk) içinde yer almaktaydı<sup>281</sup>. Ancak Tanzimat sonrası dönemlerde Avrupa hukukunun, Osmanlı hukukuna etkisi artmaya başlamış ve bunun sonucunda âdâb ve kamu düzeni kavramları Türk hukuk dünyasına girmeye başlamıştır<sup>282</sup>. İktibas ile birlikte, bugünkü mana ve yaptırımdaki “genel ahlâk” anlayışı Türk hukuk sistemine egemen olmuştur. Böylece hukukumuzdaki “genel ahlâk” anlayışı genel olarak Roma hukukuna dayanmıştır.

Roma hukukunda başlangıçta örf ve adet hukuku egemen olup, genel ahlâk anlayışı yerleşmemiştir<sup>283</sup>. Ancak Roma’daki şehir hayatının gelişmesiyle farklı millet ve toplulukların

<sup>277</sup> **Atamer**, s. 151-152; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 11; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 22, 23.

<sup>278</sup> Klâsik “ahlâk” kavramı ile kavram kargaşası yaratmamak için “genel ahlâk” kavramının kullanılmasının daha doğru olduğunu düşünüyor ve bundan dolayı da çalışmamızda bu kavramı kullanmayı uygun buluyoruz. Yine kavramın devamı olarak da ilgili kısımlarda “genel ahlâka aykırılık” kavramı tercih edilmiştir.

<sup>279</sup> İsviçre Borçlar Kanunu m.20/I, “*Bir sözleşme, genel ahlâka aykırı ise bâtıldır = Ein Vertrag, ... gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.*” Aynı şekilde OR Art. 19/II’de de “*genel ahlâka aykırı = ... gegen die guten Sitten ...*” kavramına yer verilmiştir. Alman Medenî Kanunu § 138/I de, “*Bir hukukî işlem, genel ahlâka aykırı ise bâtıldır = Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig*” şeklinde aynı kavrama yer verilmiştir. Aynı durum, Avusturya Medenî Kanunu § 879/I için de geçerlidir. Söz konusu maddeki ifade aynen “*Bir sözleşme, genel ahlâka aykırı ise bâtıldır = Ein Vertrag, ... gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig*” şeklindedir.

<sup>280</sup> Başpınar, Butlan, s. 136 ve 134, dn. 142; **Oğuzman/Öz**, s. 74.

<sup>281</sup> **Hâtemî**, s. 68; **Ateş**, s. 25.

<sup>282</sup> Usul-i Muhakeme-i Hukukîye Kanunu m.64’teki “... *âdâb ve intizâm-ı umûmî...*” buna örnektir. **Hâtemî**, s. 70. Kamu hukuku alanında bu etkinin daha fazla görüldüğü hususunda bkz. **Hâtemî**, s. 71,72.

<sup>283</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 5. Roma hukukundaki gelişim için bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 5-9; **Hâtemî**, s. 59-62; Ayrıca Roma Hukukundaki tarihî akış için bkz. **Schmidt**, Helmut: Die Lehre von der Sittenwidrigkeit der Rechtsgeschäfte in historischer Sicht, Berlin 1973, s. 1 vd..

birbiriyle olan ilişkileri artmıştır. Böylece ahlâk anlayışı da ön plâna çıkmaya başlamıştır. Sonuçta zaman zaman ahlâk anlayışına başvurulmaya başlanmıştır. Roma hukukunda başlangıçta sadece gelenekler anlamında “mores” kavramı mevcut iken, bu gelişmelerle beraber, iyi olan “boni mores” ve kötü olan “mali mores” ayırımı yapılmaya başlanmıştır<sup>284</sup>. Böylece genel ahlâkın temeli atılmıştır. İustinianus dönemindeki kodifikasyon çalışmalarıyla birlikte ahlâk kurallarına aykırılık hukukî bir düzenleme içinde yer almıştır<sup>285</sup>. İlerleyen dönemlerde ise ahlâk kuralının uygulanması sadece şehirde yaşayan kişilerle sınırlı kalmayıp, bütün Roma devletinde yaşayan kişileri de kapsar hale gelmiştir. Son olarak genel ahlâka aykırılık, “şerefe aykırı = turpe” olan her şeyin “contra bonos mores” de aykırı olduğu sonucuna varan genel hukuk kuralı haline dönüşmüştür<sup>286</sup>.

## B. Genel Ahlâk Kavramı

Hukuk alanındaki pek çok kavram gibi muğlâk olan genel ahlâk kavramına da kesin sınırlar çizmek mümkün değildir. Çünkü nisbî, değişken ve yazılı olmayan bir kural olarak genel ahlâk çeşitli toplumlara, yer ve zamana göre değişir<sup>287</sup>. Genel ahlâkı tespit etmeye yarayan yer, toplum ve zaman kavramları dahi nisbî iken, genel ahlâk kavramının sınırlarını tam olarak çizmek nasıl mümkün olabilir ki? Çünkü bunun için hangi toplum, hangi yer, hangi zaman soruların olumlu cevap vermek gerekir.

Günümüzde artık, toplumlar arası iletişim ve etkileşimin artmasıyla çok kültürlü hayat başlamıştır. Bu sebeple belli bir toplumda her zaman geçerli bir genel ahlâk kavramından bahsetmek de zorlaşmıştır<sup>288</sup>. Aynı şekilde toplumlardaki hızlı değişim, zaman bakımından ahlâk ve genel ahlâk anlayışını sürekli değiştirmektedir. Bundan dolayı genel ahlâk ile yapılacak tanımlar, o günün şartları bakımından yeterli gibi görünse bile, kısa denebilecek zaman dilimlerinde dahi geçerliliğini kaybedebilir. Bu gerçek karşısında (kısa sürede değişmese de aynı sonuç geçerlidir) belli toplumlarda geçerli olan ahlâk ve genel ahlâk

<sup>284</sup> Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 7.

<sup>285</sup> Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 8. Bu hüküm, “Ahlâk kurallarına aykırı sözleşmelerin (gerek pactumlar, gerekse stipulatiolar için) hiçbir hukukî değerleri bulunmadığı” şeklindedir. (İustinianus, Institutiones, 4,8,38). Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 8 ve dn.15. Yine başka bir hükümde, “Ahlâka aykırı bir sebeple ... yapılan vaad muteber değildir.” İustinianus, Institutiones, 3,19,24). Hâtemî, s. 61. dn. 2.

<sup>286</sup> Hâtemî, s. 62; Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 8-9. “contra bonos mores” ilk kullanıldığı zamanlarda bugünkü anlamımız manada ahlâk kavramından ziyade, hukuk kuralının kurduğu genel bir düzene aykırılık anlamına gelmektedir. Ancak daha sonraları bu kavram genel hukuk düzeni ilkelerini ve ahlâka aykırılığı da içine alan geniş bir kavram haline dönüşmüştür. Bu yönde Hâtemî, s. 61, 62.

<sup>287</sup> Eren, s. 291; Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 3, 83; Başpınar, Butlan, s. 136.

<sup>288</sup> Atamer, s. 152; Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 83; Başpınar, Butlan, s. 136.

kurallarının bir listesini çıkarmak ve ihtiyaç olduğunda onlara başvurmak da mümkün değildir<sup>289</sup>. Artık burada kavram tespitinde yapılacak tek şey, her toplumda “ahlâkî değer yargısı”na bakmak ve bununla yetinmektir. Bunun yanısıra korunmak istenen hukukî menfaatleri ve değerleri tespit etmek ve ona göre genel ahlâka bir anlam yüklemek gerekir<sup>290</sup>.

Her ne kadar genel ahlâka kesin sınırlar çizmek mümkün olmasa da, kavramın kapsamını belirlemek adına doktrinde bir takım tanımlar yapılmıştır. Bu tanımlardan bazılarını aşağıda aktarmayı uygun buluyoruz:

“*Belli yerde ve zamanda o topluma (ya da topluluğa) ait sosyolojik kurallar ile ahlâk kurallarından temel alan, kamusal vicdanda benimsenen; dürüst, namuslu, makûl insanlara ait asgari, soysal ve hukukî ahlâk kurallarıdır*”<sup>291</sup>,

“*Genel ahlâk, belli bir ülkede, belirli bir zamanda toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünüdür*”<sup>292</sup>,

“*Genel ahlâk, bir toplumda belli bir zamanda, orta zekâlı, dürüst ve makûl kimselerin ortalama düşünce ve telakkileridir*”<sup>293</sup>,

“*Genel ahlâk, belli bir zamanda, belli bir toplumun büyük çoğunluğunca benimsenmiş bulunan ahlâk kurallarıyla ilgili hareketleri gösteren ve kolayca anlaşılabilen kurallardır*”<sup>294</sup>,

Yargıtay’ın görüşüne göre ise, “*Bir akdin... ahlâka ve adaba aykırı olduğu, taraflar veya hakimin bu husustaki subjektif görüşüne göre değil, doğru ve makûl kimselerin vasati görüşlerine göre tayin ve takdir edilmelidir*”<sup>295</sup>.

Biz de İsviçre ve Türk hukukunda genel olarak kabul edilen ve Yargıtay’ın kararında da esas alınan, “*genel ahlâk, bir toplumda belli bir zamanda, orta zekâlı, dürüst ve makûl kimselerin ortalama düşünce ve telakkileridir*” tanımını yeterli buluyoruz. Yukarıdaki tanımlardan ve özellikle benimsediğimiz tanımdan da anlaşılacağı üzere, genel ahlâk

<sup>289</sup> Ateş, *Ahlâka Aykırılık*, s. 113; Benzer yönde Hâtemî, s. 110, dn. 31.

<sup>290</sup> Benzer biçimde Ateş, s. 114. Şüphesiz korunmak istenen hukukî menfaatlerin tespitinde o gün yürürlükte bulunan anayasa hükümlerinin ve pozitif hukuk hükümlerinin önemli bir yeri vardır. Çünkü genel ahlâk kurallarının sözkonusu bu hükümlerle çelişki içinde olmaması gerekir. Hâtemî, s. 104 vd., özellikle s. 109, 110; Atamer, s. 153, dn. 58; Benzer biçimde Başpınar, Butlan, s. 136; von Tuhr/Peter, s. 255; Gauch/Schlupe/Schmid, s. 131.

<sup>291</sup> Ateş, *Ahlâka Aykırılık*, s. 87

<sup>292</sup> Atamer, s. 152; Güriz, s. 14; Edis, s. 159.

<sup>293</sup> Eren, s. 291; Başpınar, Butlan, s. 136; von Tuhr/Peter, s. 255-256; Berner Komm/Bucher, ZGB Art. 27, Nr. 272; Oğuzman/Öz, s. 74, dn. 112. Bu görüş aynı zamanda Türk ve İsviçre hukukunda genel olarak kabul edilen görüş ve tanımdır.

<sup>294</sup> Anayasa mahkemesinin vermiş olduğu bir kararda genel ahlâk bu şekilde tarif edilmektedir. Bkz. E.1963/128, K.1964/008. Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası, www.anayasa.gov.tr, (Erişim tarihi, 01.03.2010).

<sup>295</sup> HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222.

kuralları, genel hukuk kurallarının yanı sıra toplumda kabul edilmiş olan ahlâk kurallarını da içine alan ve yazılı olmayan bir kurallar bütünü olarak ortaya çıkmaktadır<sup>296</sup>.

### C. Genel Ahlâka Aykırılık

Yukarıda genel ahlâk ile ilgili benimsediğimiz tanıma uygun bir tanım yapmak gerekirse, genel ahlâka aykırılık<sup>297</sup>, belli bir toplumda genel olarak kabul görmüş adap ve görgü kurallarına ve yine o toplumdaki ahlâk anlayışına ve değer yargılarına aykırılıktır<sup>298</sup>.

Genel ahlâka aykırılık halleri, doktrinde çeşitli tasnife tabi tutularak ele alınmaktadır<sup>299</sup>. Çalışma konumuzun sistematığı ve daha iyi anlaşılabilmesi açısından doktrinde de benimsenmiş olan aşağıdaki tasnifi<sup>300</sup> tercih ediyor ve incelememizi doğrudan ilgilendirmeyen kısımlarda ayrıntılara yer vermemeyi uygun görüyoruz.

<sup>296</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 136; **von Tuhr/Peter**, s. 255-256; **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 131. Burada şu hususu tekrar belirtmekte fayda vardır: Bazı genel ahlâk kuralları açıkça yazılı hukuk kuralı haline gelmişse, artık burada genel ahlâk kurallarından değil, kanun hükmüne ulaşmış bir kuraldan söz edilmelidir. Dolayısıyla genel ahlâka aykırılıktan önce hukuka aykırılık sözkonusu olmaktadır. Bkz. **Hâtemî**, s. 36-37; **Başpınar**, Butlan, s. 135, dn. 147, 137, dn. 151.

<sup>297</sup> Doktrinde “*genel ahlâka aykırılık*” yerine, “*ahlâka uygunluk*” kavramı tercih edilip, konunun bu çerçevede izah edildiği de görülmektedir. **Kılıçoğlu**, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, Ankara 2007, s. 67-68.

<sup>298</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 136; **von Tuhr/Peter**, s. 256; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27; **Aynı Yazar**, OR AT, s. 255 vd; **Breithaupt**, Walter: Die guten Sitten, JZ 1964, Nr. 9, s. 283; **Schachtschneider**, Albrecht Karl: Das Sittengesetz und die guten Sitten, in Festschrift für Werner Thieme zum 70. Geburtstag, Köln 1993, s. 195. Doktrinde bu tanım, aydın, vicdanlı, mâkul ve namuslu insanların doğruluk ve insaf duygularını inciten taahhütler içeren anlaşmaların ahlâka aykırı olduğu şeklinde de yapılmaktadır. Bkz. bu yönde, **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 398. Bu tanımdaki bazı kıstaslara katılmıyoruz. Çünkü tanımda yer alan “aydın” kişi kavramının içeriğini doldurmak zordur. Kimdir aydın kişi ve kime göre aydındır? Diğer taraftan aydın kavramı toplumumuz açısından henüz olgunluğa ulaşmış bir kavram değildir. Aynı yöndeki eleştiri ve “Anayasa’nın temel ilkelerine uygun olma” kriteri şeklindeki çözüm için bkz. **Hâtemî**, s. 103, dn. 26 vd..

<sup>299</sup> Örneğin, borçlanılan edimin genel ahlâka aykırı olması, sözleşmenin amacının genel ahlâka aykırı olması, sözleşme konu ve taahhüdünün genel ahlâka aykırı olması gibi. Bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 204 vd.; benzer biçimde **Eren**, s. 292 vd.. Bunun yanı sıra sözleşmenin bazı ifa modalitelerinin genel ahlâka aykırı olmasını ayrı başlık olarak bu tasnife ekleyen yazarlar da vardır. Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 137 vd.; **Hürlimann**, s. 36. Burada da tasnifleri ve bunlara verilen örnekleri de kesin çizgilerle birbirinden ayırmak mümkün değildir. Doktrindeki kaynaklarda aynı örnek bazen diğer başlık altında gösterilebilmektedir. Bu durum ise nitelendirmenin yanlışlığından ziyade yapılan tasniflerin suni olduğunu ve tasniflendirmenin sadece konuyu daha iyi izah edebilmek için yapıldığını ortaya koymaktadır. Yani yapılan sınıflandırma birbirinden tamamen bağımsız hususları izah etmek için değildir.

<sup>300</sup> Bkz. **von Tuhr/Peter**, s. 256 vd.; **Arsebük**, Esat: Türk Kanunları Bakımından Borçlar Hukukunun Umumî Esasları, C. I, Kaynaklar, Ankara 1937, **Arsebük**, s. 172 vd.; **Esener**, s. 204 vd.; **Erman**, s. 610 vd..

## 1. Konusu ve Gayesi İtibariyle Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmeler

Sözleşmenin konusu ve gayesi itibariyle genel ahlâka aykırı olup olmadığını gösteren husus, öncelikle onun içeriği ve konusudur<sup>301</sup>. Bu tür genel ahlâka aykırılık hali için doktrinde verilmiş şu örnekleri tekrarlayabiliriz: Evlilik dışı cinsel ilişki kurmak için taahhüt edilen ücret, izinsiz olarak bir genelevi işletmek için yapılan kira ve ortaklık sözleşmeleri, kaçakçılık sözleşmesi, gizli kumar oynatmak üzere yapılan sözleşmeler, para karşılığında boşanmaya razı olmak gibi. Ayrıca genel ahlâka aykırı sonucu elde etmeyi kolaylaştıran sözleşmeler de yine bu kapsamda değerlendirilebilir. Örneğin, bir memura vazifesi olan bir işi daha kolay yaptırmak amacıyla para vaadi bu türdür.

Her ne kadar BK.m.19-20 sözleşmenin içeriğinin genel ahlâka aykırılığından bahsediyor olsa da, genel ahlâka aykırı bir amaca yöneldikleri hallerde de sözleşmelerin geçersizliği sözkonusu olabilmektedir<sup>302</sup>. Bu tür sözleşmelerin konusu genel ahlâka aykırı ise, sözleşme bâtil olur. Ancak sözleşmenin gayesi genel ahlâka aykırı ise, bu durumda sözleşmenin bâtil olduğunu söylemek güçtür. Özellikle taraflardan sadece birinin genel ahlâka aykırı bir amaç gütmesi, fakat diğerinin bu amaçtan bihaber olması durumunda sözleşmenin geçerliliğinden şüphe etmemek gerekir<sup>303</sup>. Örneğin satıcı, alıcının malı almaktaki maksadını bilmeyebilir ve bilmek zorunda da değildir. Hatta alıcının, satın aldığı malı meşru olmayan bir amaç için aldığını satıcının bildiği durumlarda dahi sözleşmenin geçerli olacağı kabul edilmektedir. Aynı şekilde alıcının metresine hediye veya bir kimseye rüşvet olarak vermek üzere bir şey satın aldığını satıcının bilmesi de böyledir<sup>304</sup>. Ancak satıcı bu bilgisinden bir menfaat elde eder ve örneğin satım konusu malı daha yüksek bir bedelle satarsa<sup>305</sup> veya kendisi böyle bir hediye alınmasını teşvik ederse,<sup>306</sup> artık belli ölçüde amaçlar birleşmiş olur. Bundan dolayı sözleşmenin genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olacağını kabul etmek gerekir<sup>307</sup>.

<sup>301</sup> von Tuhr/Peter, s. 256; Arsebük, s. 172; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 400; Kılıçoğlu, s. 68.

<sup>302</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 399, 400; Başpınar, Butlan, s. 145 vd.; von Tuhr/Peter, s. 257.

<sup>303</sup> von Tuhr/Peter, s. 257.; Arsebük, s. 173; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 401; Esener, s. 205; Başpınar, Butlan, s. 146; Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 202.

<sup>304</sup> von Tuhr/Peter, s. 257-258; Arsebük, s. 173; Genel ahlâka aykırılık ve bundan dolayı geçersizlik müeyyidesinin doğması için tek tarafın bilmesini yeterli tutan görüşler ve diğer tarafın bundan menfaat elde etmiş olması şartını aramayan yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Oğuzman/Öz, s. 74; Ayrıca, "... sonradan öğrenme, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez" diyerek, önceden bilme durumunun sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğuracağını örtülü olarak kabul için bkz. Başpınar, Butlan, s. 146-147.

<sup>305</sup> von Tuhr/Peter, s. 258; Arsebük, s. 173.

<sup>306</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 401.

<sup>307</sup> von Tuhr/Peter, s. 258; Arsebük, s. 173.

## 2. Kişinin Serbest İradesine Bırakılması Gereken Bazı Hareket Tarzlarına Riayet Etme Taahhüdü İçeren Sözleşmeler<sup>308</sup>

Ahlâkî telâkkilere göre kişinin serbest iradesine bırakılması gereken bazı hareket tarzlarına riayet etme taahhüdünü içeren sözleşmelerde edimin kendisi temelde ahlâka aykırı olmayıp, bir kimseyi o harekete mecbur etmek ve bu meseleyi sözleşmenin konusu haline getirmek genel ahlâka aykırıdır. Örneğin din, tabiiyet, meslek, ikametgâh değiştirmek veya değiştirmemek temelde genel ahlâka aykırılık teşkil etmez. Ancak bu muhtevada bir taahhütte bulunmak ise genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersizdir<sup>309</sup>. Yine bir kimsenin, belirli bazı davranışlarda bulunup bulunmamayı taahhüt ettiği sözleşmeler de genel ahlâka aykırıdır. Örneğin bir şahsın belli kimselerle konuşmamayı, her gün mutlaka belli saatte yatmayı ve kalkmayı taahhüt etmesi ve benzeri taahhütlerde bulunmasında durum böyledir<sup>310</sup>.

## 3. Kişinin Şahsî ve Ekonomik Özgürlüğünü Kabul Edilemeyecek Derecede Sınırlayan Sözleşmeler

Esasen her sözleşme taraflardan en az birini borç altına sokar ve böylece kişinin özgürlüğünü kısıtlar. Ancak burada sözkonusu edilen, bir üst maddedeki önemli hususlar hariç kalmak üzere, özgürlüğün genel ahlâka aykırılık teşkil edecek boyutta aşırı derece kısıtlanmasıdır. Özgürlüğün hangi hallerde aşırı derecede sınırlanmış sayılıp sayılmayacağını peşinen bir takım kıstaslara bağlayarak kolayca çözmek mümkün değildir. Bundan ötürüdür ki, her sözleşmeyi ayrı ayrı incelemek, tarafların ne kadar bir süre için ve hangi ölçüde yükümlülük altına girdikleri, sözleşmenin diğer tarafına ne boyutta bağlı hale geldikleri tarzda bir takım kıstaslara göre tespit yapmak gereklidir. Ancak bu türden soruların cevaplarına göre sözleşmenin bütününe göz önünde bulundurarak genel ahlâka aykırılık oluşturup oluşturmadığı takdir edilebilir<sup>311</sup>.

<sup>308</sup> Doktrinde benimsenen diğer bir tasnife göre bu gibi durumlar “bizzat sözleşmenin ahlâka aykırı olması” başlığı altında ele alınmaktadır. Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 138; **Eren**, s. 292; **Hürlimann**, s. 37.

<sup>309</sup> **von Tuhr/Peter**, s. 259; **Arsebük**, s. 173-174; **Esener**, s.205; **Erman**, s. 611. Aslında bu tür taahhüt içeren sözleşmeler Türk ve İsviçre hukuku bakımından kişilik haklarına aykırılık da oluşturmaktadır. Çünkü MK.m.23 (ZGB Art. 27) bu mahiyetteki sınırlamaları yasaklamaktadır. Bu tür taahhütleri genel ahlâka aykırı kabul etmemizin temel nedeni, bu gibi şeyleri kişinin iradesine bırakmak ahlâkî telakkilerin bir gereğidir. **von Tuhr/Peter**, s. 258; **Arsebük**, s. 174; **Başpınar**, Butlan, s. 138-139.

<sup>310</sup> **Başpınar**, **Butlan**, s. 139-140; **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 129-130.

<sup>311</sup> Benzer biçimde, **Erman**, s. 611; **Eren**, s. 293; **Arsebük**, s. 173-174; **von Tuhr/Peter**, s. 260; **Başpınar**, **Butlan**, s. 140; **Aynı Yazar**, Kelepçeleme, s. 29.



Kişinin şahsî ve ekonomik özgürlüğünü kabul edilemeyecek ve genel ahlâka aykırılık oluşturacak boyutta sınırlayan sözleşmeler, İsviçre ve Türk hukuklarında, kişilik haklarını koruyan ayrı maddeler (ZGB Art. 27, MK.m.23) bulunması sebebiyle aynı zamanda kişilik haklarına aykırılık çerçevesinde de ele alınmaktadır<sup>312</sup>. Bu hususa ilişkin ayrıntılı açıklamalar aşağıda<sup>313</sup> yapılmış olmakla beraber, burada kısaca belirtmek gerekirse; MK.m.23/II'de (ZGB Art. 27/II) düzenlenen kişi özgürlüklerinin aşırı derecede sınırlanmasını gösteren unsur, bu özgürlüğün hukuka veya ahlâka aykırı biçimde aşırı derecede sınırlanmasıdır. Dolayısıyla, sözkonusu maddeyle getirilmiş sınırlamanın kıstaslarından biri genel ahlâka aykırılıktır. Yani MK.m.23/II ve ZGB Art. 27/II'deki sınırlamaların temel kaynağı yine genel ahlâka aykırılık olmaktadır<sup>314</sup>.

Kişinin şahsî ve ekonomik özgürlükler içinde yer alan ekonomik özgürlüğü kabul edilemeyecek derecede sınırlayan sözleşmeler çalışma konumuz olan “kelepçeleme sözleşmeleri”nin özünü oluşturmaktadır. Bundan dolayı bahsedilen konuya ilişkin ayrıntılar ilgili bölümlerde ayrı ayrı başlıklar altında ele alınmıştır. Ancak burada şahsî ve ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlanması hakkında birkaç örnek vererek, meseleyi genel ahlâka aykırılık başlığı altında da kısmen somutlaştırmayı uygun buluyoruz. Örneğin, kapsamı ve sınırları belirlenmemiş rekabet etmeme yasakları bunların başında gelir. Ayrıca kabul edilebilir zaman ölçüsü ile sınırlanmamış olan şahsî edimler de bu kabildendir. Daha öncede ifade edildiği üzere örneğin evde hizmetçi olarak çalışan kimsenin, iş sahibi ile yaptığı sözleşmede, bir-iki yıl gibi süre için evden hiç çıkmayacağını taahhüt ettiği sözleşme<sup>315</sup> veya bir kimsenin hizmet sözleşmesi ile ekonomik hayatının tamamını sözleşmenin diğer tarafının emrinde çalışmaya tahsis etmesini sayabiliriz. Yine, kararlaştırılan cezaî şartın, tacirin ekonomik yıkımına sebep olacak boyutta olması<sup>316</sup>, müteahhidin sözleşmeye aykırı davranması halinde, yaptığı işlerin tamamının hiçbir karşılık ödenmeksizin iş sahibine geçeceği<sup>317</sup> şeklindeki sözleşmeler veya sözleşme hükümleri genel ahlâka aykırılık teşkil eder.

<sup>312</sup> Bkz. **Atamer**, s. 150, 154-155; **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 45; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 186. İleride bu konuya değinilmiş olmakla beraber burada da hemen ifade etmek gerekirse; Alman hukukunda bu şekilde bir ayırım bulunmamaktadır. Alman Medenî Kanunu 138. madde de düzenlenmiş olan genel ahlâka aykırılık bu konudaki tek düzenlemedir. Alman hukukunda kişilik haklarını genel olarak düzenleyen ayrı bir kanun hükmü bulunmamaktadır. Bu konuda ayrıntılar için bkz. § 7, II.

<sup>313</sup> Bkz. § 7, II.

<sup>314</sup> Kişilik haklarını koruyan hükümlere aykırı sözleşmelerin genellikle ahlâka aykırı olduğu yönünde bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 402.

<sup>315</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 391; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 150.

<sup>316</sup> HGK.'nun T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 sayılı kararı. Karar için bkz. (KBİBB.).

<sup>317</sup> 15. HD. 10.06.1999, E. 1999/1658, K.1999/2437 (KBİBB.).

## D. Genel Ahlâka Aykırılığın Sonuçları

Genel ahlâka aykırı olan sözleşmeler, BK.m.20/I gereğince bătıldır. Burada bătıl olmadan kastedilen yaptırımların en ağır bir türü olan butlan (kesin hükümsüzlük) halidir<sup>318</sup>. Böylece tarafların sözleşme yaparak ulaşmayı hedefledikleri hukukî sonuç hiç meydana gelmez. Sözleşmenin tamamı genel ahlâka aykırı olabileceği gibi, sözleşmede yer alan bazı hükümlerin genel ahlâka aykırı olması da mümkündür. Bu gibi hallerde sözleşmenin tamamının mı yoksa sözkonusu genel ahlâka aykırı bölümünün mü bătıl olacağı tartışmalıdır. Sözleşmenin tamamı bătıl kabul edilirse tam butlan, sadece genel ahlâka aykırı kısmı batıl kabul edilirse kısmî butlan sözkonusu olur (BK.m.20/II). Ancak BK.m.20/II son cümle mucibince; sözleşmenin diğer tarafı, bătıl kısım olmasaydı, sözleşmeyi hiç yapmayacağını ispat edebiliyorsa artık sözleşmenin tamamı geçersiz olur<sup>319</sup>.

Aslında sözleşmenin geçersizliğinin tam veya kısmî butlan olup olmayacağı biraz da genel ahlâka aykırılığın yukarıda yapılan tasnif türüne de bağılı olabilmektedir. Biz burada tam veya kısmî butlan tartışmalarına daha fazla girmeyerek, verdiğimiz bu genel açıklamalarla yetinip konuya ilişkin tartışmaları ilgili bölümlere bırakıyoruz<sup>320</sup>.

Her ne kadar BK.m.20/I sözleşmenin bătıl olması bakımından, sözleşmenin konusuna ilişkin genel ahlâka aykırılık haline vurgu yapmış olsa da, Türk doktrininde bu husus daha geniş yorumlanmakta ve İsviçre Borçlar Kanunu 20. maddedeki daha geniş olan “ahlâka aykırı akitlerin” batıl olacağı hükmü ile eş kabul edilmektedir<sup>321</sup>. Yani sadece konusu değil, amacı itibariyle genel ahlâka aykırı olan sözleşmeler de bătıldır.

Bir sözleşmenin genel ahlâka aykırı olup olmadığının, sözleşmenin yapıldığı andaki durumu dikkate alarak belirleneceği kabul edilmektedir<sup>322</sup>. Ancak bunun aksini savunan görüş

<sup>318</sup> Erman, s. 617; Kılıçoğlu, s. 69; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 398-399; Oğuzman/Öz, s. 74-75; Esener, s. 20-207; Arsebük, s. 175; Serozan, (Hâtemî/Serozan/Arpacı), s. 30.

<sup>319</sup> Erman, s. 618; Kılıçoğlu, s. 69-70; Eren, s. 303; Başpınar, Butlan, s. 8.

<sup>320</sup> Yaptırım konusu için bkz. § 9, II.

<sup>321</sup> Oğuzman, kanunun ruhuna uygun düştüğü için bu yorumun benimsenebileceğini belirtmektedir Oğuzman/Öz, s. 75; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 399, 400; Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 199, 300; Aksi fikir Hâtemî, s. 152-153. Ancak Hâtemî, meseleyi “konusu” ile sınırlı tutuyor olmakla beraber, “konu” içine alınabilecek, “ortak amaç” ve “şart” halleri ile de “konu” kavramını genişletmektedir. Hâtemî, s. 164. Ancak hemen ifade edelim ki, bizim çalışma konumuz zaten sadece sözleşmenin içeriğine ilişkin noktalarda ortaya çıktığı için bu konuda yapılacak tartışmalara girmeye gerek görmemekteyiz.

<sup>322</sup> Eren, s. 291; Başpınar, Butlan, s. 137; Sungurbey/Kaneti, s. 199; Berner Komm/Kramer, OR Art. 19-20, Nr. 182; Veelken, Winfried: Bindungen des Revisionsgerichts bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit von Rechtsgeschäften nach § 138 BGB, AcP 185 (1985), s. 53; Köhler, s. 184; Gauch/Schlupe/Schmid, s. 131; Flume, Rechtsgeschäft, s. 377; Atamer, s. 156. Açık olmamakla beraber bkz. Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 202. Yazar, bu yaklaşımı “klasik teori” olarak adlandırmıştır. Ancak klasik teorinin karşıtı olabilecek yeni teorilerden ise tam olarak bahsedip, bu konudaki görüşlerine yer vermemiştir. Yüksek Mahkeme kararlarında da aynı sonuç benimsenmiştir. Bkz. BGH NJW 1996, 1274, 1276; BGE 84 II 628.

de bulunmaktadır<sup>323</sup>. Bu görüşün genel yaklaşımı, sözleşmenin yapıldığı zamanki ahlâk anlayışı ile sınırlı kalmanın doğru olmadığıdır. Özellikle sözleşme yapıldığı esnadaki genel ahlâk kurallarına aykırı olmayan bir sözleşme, genel ahlâk kurallarının zaman içerisinde değişmesi neticesinde genel ahlâka aykırı bir hale dönüşmüş olabilir. Bu durumda sözleşmenin yapıldığı zamanki esaslara bağlı kalınmasını düşünmek, değişen genel ahlâk kurallarına bir anlamda direnç göstermek ve toplumca kabul gören yeni anlayışı hiçe saymak gibi bir sonuç doğurur. Genel ahlâka aykırı olan bir sözleşmenin varlığını sürdürmesi ise genel ahlâk anlayışının toplumdaki yeri ve değeri ile örtüşmez. Bundan dolayı bu görüşe göre, karar tarihindeki genel ahlâk anlayışı esas alınmalıdır<sup>324</sup>. Genel ahlâka aykırılığın tespiti yapılırken, daha önce de ifade ettiğimiz üzere tarafların ya da hâkimin sübjektif görüşü değil, orta zekâlı, dürüst ve makûl kimselerin ortalama düşünce ve telakkileri esas alınmalıdır<sup>325</sup>. Ancak sözleşme belli bir meslek grubu çevresi içinde kalmaktaysa, yani meslek mensupları kendi meslekleriyle ilgili bir sözleşme yapmışlarsa, bu durumda -daha sert bir içeriğe sahip olsa bile- ilgili meslek (örneğin avukatlar, doktorlar, eczacılar) grubuna egemen olan genel ahlâk ilkelerini dikkate almak gerekir<sup>326</sup>.

<sup>323</sup> **Hâtemî**, s. 115; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 295; **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 57.

<sup>324</sup> **Hâtemî**, s. 115; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 295.

<sup>325</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 200-201; **Von Tuhr/Peter**, s. 256; **Başpınar**, Butlan, s. 136; **Arsebük**, s. 172; **Kılıçoğlu**, s. 68; **Erman**, s. 610; **Eren**, s. 291.

<sup>326</sup> **Von Tuhr/Peter**, s. 256; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 201; **Başpınar**, Butlan, s. 137; **Eren**, s. 291-292; **Arsebük**, s. 172. Alman İmparatorluk Mahkemesinin bu yöndeki kararlarını toplu biçimde görmek için bkz. **Coing**, H: Allgemeine Rechtsgrundsätze in Rechtsprechung des Rehsgerichts zum Begriff der "guten Sitten", (§ 138, §826 BGB), NJW 1947-1948, H.6, s. 216-217

## İKİNCİ BÖLÜM

### KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ VE KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN GÖRÜLDÜĞÜ ALANLAR

#### § 7. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİ KAVRAMI ve KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKİ DAYANAĞI ve KRİTERLERİ

##### I. Kelepçeleme Sözleşmeleri Kavramı

“Kelepçeleme sözleşmeleri” kavramı, Türk hukukunda henüz tam anlamıyla yerleşmiş ve genel kabul görmüş değildir. Bir kere daha ifade etmek gerekirse “kelepçeleme sözleşmeleri”, satım sözleşmesi ya da kira sözleşmesi gibi bir sözleşme tipi veya tipleri değil, birçok sözleşmede ortaya çıkabilen bir ihlâl halidir. İhlalin şekline ve muhtevasına girmeden evvel kelepçeleme sözleşmeleri için yapılan tanımları geniş biçimde ele almak ve kavramın nasıl anlaşılması gerektiğini de belirlemek gerekmektedir. Aşağıda kelepçeleme sözleşmeleri kavramı bazı hukuk sistemleri açısından ele alınmıştır. Bunlar; Alman hukuku, Avusturya hukuku, İsviçre hukuku ve Türk hukukudur. Daha sonra bu konudaki şahsî görüşümüze yer verilmiştir.

##### A. Alman Hukuku

Kelepçeleme sözleşmelerinin en çok ilgi gördüğü ülkenin Almanya olması sebebiyle, önce konunun Almanya’daki durumuna göz atmak yerinde olur. Aynı zamanda Almanya’nın kelepçeleme sözleşmeleri konusunda hem doktrin hem de içtihatlar bazında İsviçre, Avusturya ve Türk hukukuna da önemli ölçüde kaynaklık ettiğini söyleyebiliriz.

Alman hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri ile ilgili önemli bir eser ortaya koyan *Bauer-Mengelberg* kavramı şöyle açıklamaktadır: “Eğer bir kişi sözleşmeyle özgürlüğünü, kabul edilemez (*caiz olmayacak şekilde*) ve aşırı (*fahiş*) biçimde kısıtlarsa (*buradaki fiil,*

*führen) bu sözleşme kelepçeleme sözleşmesi olarak sayılır ve BGB § 138/I'e göre geçersizdir*<sup>327</sup>.

Kelepçeleme sözleşmeleri ile ilgili diğer önemli bir eserin yazarı *Scheuing*'e göre, “*kelepçeleme sözleşmesi, tarafların düzenlemesine bırakılmış hususlarda taraflarca kararlaştırılan sözleşme hükümleri dolayısıyla bir tarafın diğerine ahlâka aykırı ve aşırı bir biçimde bağımlı hale geldiği bir sözleşmedir*”<sup>328</sup>.

Yukarıda Alman hukukuna ilişkin verilmiş olan iki tanım da, neredeyse bir asır öncesine aittir<sup>329</sup>. Sözkonusu tanımların yanısıra, son dönemlerdeki tanımlara da bakmak gerekir. Alman hukukunda güncel sayılabilecek tanımlar genelde şerh ve ders kitaplarında yer almaktadır. Ancak şunu hemen belirtelim ki, eski veya güncel tanım nitelendirmesi, sadece tanımların yapılış tarihi açısından bir anlam taşımaktadır. Yoksa eski tarihli tanımlar "eskimiş ve önemini yitirmiş" değildir. Zaten eski ve yeni tarihli tanımlar karşılaştırıldığında aralarında pek fark olmadığı, hatta yakın zamanda yazılmış eserlerin de eski tarihli eserleri ve tanımları referans aldığı görülmektedir.

Yeni dönemde yapılmış tanımlara, yakın bir tarihte kelepçeleme sözleşmeleriyle bağlantılı yazılmış bir doktora tezindeki tanımdan başlayabiliriz. Gerçekten de, *Falkner* tarafından verilmiş olan tanım şöyledir: “*Eğer bir sözleşme, taraflardan birinin ekonomik hareket özgürlüğünü insafa uygun olmayan biçimde sarsar ve bunun sonucunda bireyin kendi geleceğini belirleme hakkına aykırı bir durum ortaya çıkarsa, ahlâka aykırı kelepçeleme sözleşmesi olarak sınıflandırılır*”<sup>330</sup>. Yazar, tanımına referans olarak Münchener Kommentar'ı göstermiştir. Bahsi geçen yerdeki açıklamalar<sup>331</sup> ise şu şekildedir; “*Bir hukuki işlem, ekonomik özgürlüğün geniş ölçüde kısıtlanmasına sebep olur ve bundan dolayı ilgili (kısıtlamaya maruz kalan) ticari bağımsızlığını kaybedecek olursa, bu genel ahlâka aykırılık oluşturur. Örneğin şöyle durumlarda "kelepçeleme" mevcuttur...*”<sup>332</sup>. İlgili yerde bu cümleleri müteakip birçok örnek verilmek suretiyle konu açıklanmıştır<sup>333</sup>.

<sup>327</sup> **Bauer-Mengelberg**, s. 38.

<sup>328</sup> **Scheuing**, s. 16-17. Ayrıca, eserin yazıldığı tarihlerde Alman hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri için yapılmış tanımlar hakkında bkz. s. 1 vd..

<sup>329</sup> O tarihlerde kaleme alınmış diğer eserlerdeki tanım ve açıklamalar için bkz. **Pütz**, s. 1-3; **Böhme**, s. 8 vd.; **Frowein**, s. 5 ve s. 19.

<sup>330</sup> **Falkner**, s. 18.

<sup>331</sup> “Açıklama” olarak nitelendirmemizin sebebi, bahsi geçen eserdeki ifadelerin bir tanım olarak nitelendirmenin doğru olmayacağı kanaatine sahip olmamızdır.

<sup>332</sup> **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 71.

<sup>333</sup> Tanımın devamındaki örnekler tek tek buraya aktarılmamış, bunun yerine çalışmanın içinde ilgili bölümlerde bahsedilen örneklerle yer verilmiştir.

Kelepçeleme sözleşmelerinin şerhteki izahını ele almaya başlamışken, Alman hukukundaki ünlü birkaç şerhteki açıklamaların nasıl olduğuna bakmakta da fayda vardır. Bu bağlamda ilk akla gelen Soergel ve Staudinger Kommentarıdır<sup>334</sup>.

Soergel Kommentarı'ndaki açıklamalar aynen şöyledir: "... Eğer özgürlüğü sınırlandırmanın, ilgilinin (kısıtlamaya maruz kalanın) ticari bağımsızlığını neredeyse tamamen kaybettiği, adeta vesayet altına girdiği ve böylece ekonomik bakımdan diğer tarafın iradesiz bir aleti olduğu dereceye ulaşırsa durum farklıdır. Bu durumda kelepçeleme mevcuttur"<sup>335</sup>. Söz konusu açıklamayı takiben de, kriterler başlığı altında yine tanıma benzer ifadeler kullanılmıştır. Buna göre, "eğer sözleşme taraflarından biri, sözleşmenin diğer tarafının ekonomik hareket özgürlüğünü tamamen veya önemli ölçüde felce uğratar ve onun bağımsızlığı neredeyse tamamen kaybolursa, ahlâkî olarak hoş görülmemeyen bir bağlılık meydana gelmesinden dolayı kelepçeleme sözleşmesi oluşur"<sup>336</sup>. Aslında ifadeler kısmen tekrar kısmen de birbirlerini tamamlayan niteliktedir.

Staudinger Kommentarı'ndaki ifadeler ise şu şekildedir: "Sözleşmenin taraflarından birisinin şahsî ve ekonomik hareket özgürlüğü, sözleşmenin tek taraflı olarak düzenlenmesi suretiyle aşırı biçimde sınırlandırılıyorsa, özellikle de ekonomik olarak üstün taraf bu gücünü diğer tarafın geleceğini tayin için kullanıyorsa, sözleşme ahlâka aykırıdır. Bu tür sözleşmeler kelepçeleme sözleşmeleri olarak adlandırılır"<sup>337</sup>.

Alman hukukundaki diğer tanımlardan bazılarını da örnek olarak burada verebiliriz. Bunlardan Brox eserinde şu ifadeler yer vermiştir: "Kelepçeleme sözleşmeleri adı verilen sözleşmeler genel ahlâka aykırıdır. Bundan, sözleşme taraflarından birinin, şahsî ve ekonomik özgürlüğünün aşırı biçimde sınırlandırıldığı ve bununla az veya çok bu özgürlüğün diğer tarafa teslim edildiği sözleşmeler anlaşılır"<sup>338</sup>.

Diğer bir yazar Köhler, kelepçeleme sözleşmeleri başlığı altında, "Taraflardan birinin hareket özgürlüğü objektif olarak hakkaniyete uygun olmayan biçimde aşırı derecede

<sup>334</sup> Kelepçeleme sözleşmeleri ile ilgili diğer şerhlerdeki tanım ve açıklamalar için bkz. **Erman/Palm**, § 138, Nr. 128; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; **Bamberger/Roth/Wendtland**, § 138, Nr. 71; **Nomos Hk-BGB/Dörner**, § 138, Nr. 11.

<sup>335</sup> **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 116.

<sup>336</sup> **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 117.

<sup>337</sup> **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 259. Aslında burada verilmiş olan tanım, genel işlem şartlarını da kapsayacak kadar geniştir. Çünkü genel işlem şartlarının can alıcı noktası olan "tek taraflı olarak hazırlanma ve diğer tarafa kabul ettirilme" hususu şerhteki tanımın içine yansımıştır. Genel işlem şartları kavramı ve ayrıntıları için bkz. **Atamer**, s. 61 vd..

<sup>338</sup> **Brox/Walker**, s. 183. Eserin son baskıları Walker tarafından devam ettirilmektedir. Ancak söz konusu baskıdaki bilgi ile Brox tarafından tek başına yapılan bilgilerde farklılık bulunmamaktadır.

sınırlandırıldığı sözleşmeler de ayrıca genel ahlâka aykırıdır” şeklinde açıklamada bulunmuştur<sup>339</sup>.

İlk baskıları *Rüthers* tarafından kaleme alınan ve daha sonra *Stadler* tarafından devam ettirilen diğer bir eserde, kelepçeleme sözleşmesi, “Eğer taraflardan birinin şahsi veya ekonomik hareket özgürlüğü tamamen ya da önemli ölçüde felce uğrar veyahut aşırı ölçüde sınırlanır, bu tür sözleşmeler ahlâka aykırıdır”<sup>340</sup>.

*Flume* ise, kelepçeleme sözleşmesi olarak adlandırılması gerek durumu şöyle açıklamıştır: “Ekonomik faaliyet özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlanması durumunda, özellikle "aşırılık" sebebiyle ahlâka aykırı bağıllık sözkonusudur”<sup>341</sup>.

Alman hukukundaki durumu, bir eserdeki açıklamaya yer vererek bitirelim. Bu eserde kelepçeleme sözleşmeleri için kısa ve net biçimde “Abhängigkeit = bağımlılık” hususuna vurgu yapılmıştır. Açıklama kısaca şöyledir: “Bir tarafın diğer tarafa güçlü bağımlılığı sonucunu doğuran işlemler. (Kelepçeleme, örneğin ...)”<sup>342</sup>.

Şüphesiz buradakiler, Alman hukukundaki eserlerin sadece birkaçıdır. Daha önce de ifade edildiği üzere, Alman hukukunda kelepçeme sözleşmelerine ilişkin çalışmaların başlangıcı çok önceleri olduğu için, konuya ilişkin çok sayıda eserde bilgi bulmak mümkündür<sup>343</sup>.

Yukarıda verilen tanım ve açıklama örnekleri Alman hukukunda kelepçeleme sözleşmelerinin muhtevası konusunda bir birliklilik olmadığını da göstermektedir. Gerçekten de, kavrama yüklenen özde anlam aynı olmakla birlikte, çizilen sınırlar ciddî farklılık taşımaktadır. Özdeki anlam kişi özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanmasıdır. Bu hususta Alman hukukunda bir ihtilâf yoktur. Ancak kişi özgürlüğün aşırı derecede sınırlanmasının kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelendirilebilmesi için sadece ekonomik özgürlüklerin sınırlanmasını yeterli bulanlar olduğu gibi, bunun yanında şahsî özgürlüklerin kısıtlanmasını arayanlar da vardır.

<sup>339</sup> **Köhler**, s. 186. Eserdeki açıklamalar için referans alınan karar için bkz. BGHZ 106, 336, 338.

<sup>340</sup> **Rüthers/Stadler**, s. 419.

<sup>341</sup> **Flume**, *Rechtsgeschäft*, s. 371. Yazar ayrıca, sözleşme taraflarından birinin özgürlüğünün aşırı ölçüde sınırlandığı sözleşmelere açık biçimde kelepçeleme sözleşmeleri adı verildiğini ifade etmiştir (s. 371).

<sup>342</sup> **Schwab/Löhnig**, s. 307.

<sup>343</sup> Konuya ilişkin tanım ve açıklamalar içeren bazı eserler için bkz. **Wolf**, M., *Interessenausgleich*, s. 13, 258 vd.; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 32; **Simitis**, s. 35 vd.; **Westerwelle**, s. 52 vd.; **Schlosser**, s. 15 vd.; **Medicus**, s. 272-273; **Eisenhardt**, Ulrich: *Allgemeiner Teil des BGB*, 4. Auflage, Heidelberg 1997, s. 232; **Westermann**, Harry: *Interessenkollisionen und ihre richterliche Wertung bei den Sicherungsrechten an Fahrnis und Forderungen*, Karlsruhe 1954, s. 10 vd.; **Barkhausen**, Walter: *Das Verhältnis der Nichtigkeit wegen Knebelung zur Gläubigergefährdung bei der Sicherungsübertragung*, NJW 1953, H. 39, s. 1412.

## B. İsviçre Hukuku

Kelepçeleme sözleşmeleri teknik kavram olarak İsviçre hukukunda her ne kadar yaygın olarak kullanılmasa da, onun içeriği olan kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması çerçevesinde tanım ve açıklamalar bulunmaktadır<sup>344</sup>. Burada kelepçeleme sözleşmeleri tanımına ilişkin yer verdiğimiz eserlerin bazılarında, kelepçeleme sözleşmeleri teknik kavramı yer almasa bile, şüphesiz kastedilen amaç aynıdır.

İsviçre hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri kavramını son eserinde açık biçimde benimseyen ve kişilik haklarına aykırı sözleşmeler grubu başlığı altında ilk sırada kullanan *Kramer*'e göre, "... kelepçeleme sözleşmeleri, sözleşme taraflarından birinin şahsı, özellikle ekonomik hareket özgürlüğünün aşırı -yoğun ve/veya uzun süreli- bağlılık yoluyla güçlü biçimde sınırlanmasıdır. Bu OR Art. 19/II bağlamında ZGB Art. 27/II'ye aykırıdır"<sup>345</sup>.

*Koller* ise eserinde, "ekonomik kişilik" kavramı altında, borçluya ekonomik faaliyetin tarz ve suretini emreden sözleşmelerin problemlili olduğunu ve bunların arasında en başta "taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldıran veya objektif olarak hakkaniyete uygun olmayan biçimde aşırı sınırlayan sözleşmeler" olarak tarif ettiği kelepçeleme sözleşmelerinin yer aldığını ifade etmiştir<sup>346</sup>.

İsviçre hukukundaki "ekonomik kişilik (= wirtschaftliche Persönlichkeit)" kavramının yaratıcısı *Egger*, bahsedilen başlık altında kelepçeleme sözleşmelerine ilişkin şu açıklamalara yer vermektedir: "Temel olarak ekonomik faaliyet özgürlüğünün sözleşme yoluyla sınırlanması, ancak kişinin her türlü yükümlülüklerinin diğer tarafın keyfi davranışına göre tayin edilmesi (kelepçeleme sözleşmeleri adı verilen) veya sınırlama ile ekonomik varlığının tehlikeye girmesi halinde, aşırıdır"<sup>347</sup>.

Birçok eserde ise bağımsız (orijinal) tanım verilmesi tercih edilmemiş ve bunun yerine İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında kelepçeleme sözleşmeleri için verilen tanımlar referans alınmıştır. Söz konusu eserlerde ve Federal Mahkemenin birçok kararında benimsenen tanım ise: "eğer borçlu (yükümlü) "sınırlama (= Einschränkung)" ile diğer tarafın keyfi davranışına teslim olarak ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırırsa veya önemli

<sup>344</sup> Her ne kadar kelepçeleme sözleşmeleri kavramı yaygın biçimde kullanılmasa bile, kavramın İsviçre hukukunda bilindiğini yukarıda belirtilmişti. (Bkz. § 2).

<sup>345</sup> **Kramer**, Obligationenrecht, s. 99; Yazarın ekonomik özgürlüğün sınırlanmasına daha fazla vurgu yaptığı açıklamalar için bkz. **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 224-225.

<sup>346</sup> **Koller, A.**, s. 226.

<sup>347</sup> **Zürcher Komm/Egger**, Art. 27, Nr. 35.



ölçüde sınırlandırsa, böylece yükümlünün ekonomik varlığının temeli tehlikeye atılmış olur” şeklindedir<sup>348</sup>.

İsviçre hukukundaki eserlerin bir kısmında da kelepçeleme sözleşmeleri kavramı hakkında, tanımdan ziyade genel ifadeler yer verilmiştir<sup>349</sup>. Özellikle İsviçre’nin ünlü hukukçularından *Bucher* ise bir eserinde konuyu şahsî ve ekonomik özgürlük ayırımını net biçimde yapmadan “özgürlüğün sınırlanması (= *Freiheitsbeschränkung*)” çerçevesinde incelemiştir<sup>350</sup>.

Yukarıda yer verdiğimiz tanım ve açıklamalardan da anlaşıldığı üzere, İsviçre hukukunda da kavramın muhtevası hakkında doktrinde bir görüş birliği bulunmamaktadır.

### C. Avusturya Hukuku

Kelepçeleme sözleşmeleri kavramının anlamı konusunda mukayese bakımından son olarak Avusturya hukukundaki duruma baktığımızda, Avusturya’nın, Alman hukukunun etkisinde kaldığını görmekteyiz. Ancak Avusturya hukukundaki eserlerin genelinde kelepçeleme sözleşmeleri kavramı için tanıma yer verilmediği dikkat çeken bir husustur<sup>351</sup>. Avusturya Yüksek Mahkeme kararlarında da yine kelepçeleme sözleşmelerinin ayrıntısına pek girilmeksizin, kavramın adı zikredilmiştir<sup>352</sup>.

<sup>348</sup> **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 45; **BSK ZGB I/ Huguenin**, Art. 27, Nr. 14; **OR Komm/Dasser**, Art. 19, Nr. 18; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 98 vd.; **Gauch/Schluop/Schmid**, s. 130; **Schwenzer**, s. 240; **Berger**, Bernhard: Allgemeines Schuldrecht, Bern 2008, s. 112. Tanıma ilişkin İsviçre Federal Mahkemesi kararlarından bazıları için bkz. BGE 123 III 337 vd.; BGE 114 II 159, 162; BGE 111 II 330, 337; BGE 104 II 6, 8; BGE 95 II 55, 57-58; BGer v. 30.07.2002, 4C.130/2002; BGer v. 25.05.2000, 5C.91/2000.

<sup>349</sup> **Schweingruber**, s. 114; **Riemer**, s. 138 vd.; **von Tuhr/Peter**, s. 258 vd.; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 43 vd.; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 136 vd.; **Künzler**, s. 124 vd.; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72 vd.; **Hürlimann**, s. 38 vd..

<sup>350</sup> **Bucher**, OR AT, s. 240, s. 259 vd; Ancak yazar diğer bir eserinde özgürlüğün sınırlanmasının alt başlıkları arasında “*olası ekonomik durum veya finansal yansımalar*” gibi bir başlık ile kısmen ekonomik özgürlüğün sınırlanmasına yer vermiştir. Bkz. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 280 vd.. İleride bahsedilmiş olmakla beraber, burada kısaca belirtmek gerekirse, aslında yazar, birçok yazarın aksine OR Art. 20/I ile ZGB Art. 27/II’nin genel ahlâka aykırılık bakımından farklı içeriğe sahip olduğunu ileri sürmekte ve meseleyi her maddeye göre, kendine özgü ayrı başlıklara ayırarak ele almaktadır. Ancak bize göre, tasnifteki bazı grupları, kelepçeleme sözleşmeleri altında ele almak da mümkündür. Örneğin, “*bağlılığın süresi (uzunluğu)*” başlığı (Nr. 275 vd.) altında yer verilen incelemeler birçok zaman kelepçeleme sözleşmeleri teşkil etmektedir.

<sup>351</sup> Söz konusu şekildeki kullanım örnekleri için bkz. **Schwimmann Komm/Apathy**, § 879, Nr. 9; **Illedits**, s. 93; **Bydlinski**, Privatautonomie, s. 171, 172; **Aynı Yazar**, Sitten, s. 829 vd.. Yazar, söz konusu yerde kelepçeleme sözleşmeleri hakkında bir genelleme yaptıktan sonra, nelerin kelepçeleme sözleşmeleri olarak adlandırılabileceğini sıralamıştır.

<sup>352</sup> OGH 22.10.1959, 10b309/59; OGH 29.11.1982, 30b608/82; OGH 04.10.1989, 30b525/89; OGH 21.12.2000, 8ObA144/00k; OGH 07.12.2001, 7Ob265/01y; OGH 12.02.2003, 9Ob4/03h; OGH 24.06.2010, 6Ob86/10f. Karar ayrıntıları ve daha fazla karar için bkz. <http://www.ris.bka.gv.at>.

Doktrinde tanım olmamakla birlikte, kelepçeleme sözleşmelerini nitelendirmek üzere kullanılmış ifade örnekleri de mevcuttur. Bu cümleden olarak *Bydlinski*, kelepçeleme sözleşmelerini, “*bağlananın (borçlunun) bağımsız ekonomik karar verme özgürlüğünü aşırı boyutta ortadan kaldıran*” sözleşmeler şeklinde nitelemiştir<sup>353</sup>. *Krejci* ise konuya şu şekilde yaklaşmıştır: “*Kişiliğin korunması ekonomik özgürlüğün korunmasıyla da ilişkilidir; kişiliğin korunmasına kelepçeleme sözleşmeleri yoluyla kısmen dokunulur (müdahale edilir)*”<sup>354</sup>.

Yukarıda örnek olarak yer verdiğimiz iki eserde olduğu gibi, diğer eserlerde de kelepçeleme sözleşmeleri Avusturya hukukunda genelde ekonomik özgürlüğün sınırlanması anlamında kullanılmıştır<sup>355</sup>.

#### D. Türk Hukuku

Türk hukukunda konuyu ilk defa bir makale çalışması şeklinde ele alan *Başpınar*, “*sözleşmede, bir tarafın taahhüt ettiği edimlerle, diğer tarafa ahlâka aykırı biçimde bağlanmasına neden olan sözleşmelere "kelepçeleme sözleşmeleri" denir*” şeklinde tanımlamıştır<sup>356</sup>.

Türk hukukunda *Sungurbey*, Alman İmparatorluk mahkemelerinin kararlarından yola çıkarak kelepçeleme sözleşmelerini şu şekilde açıklamaktadır: “*Sözleşenlerden birinin diğerini kararlaştırılan şartlarla onun iktisadi hürriyetini felce uğratması ve böylece onu ahlâkî bakımdan kınanması gereken bir bağımlılığa düşürmesi durumunda kelepçeleme (kısıvrak bağlama) sözleşmeleri vardır*”<sup>357</sup>.

<sup>353</sup> **Bydlinski**, Vertragsbindung, s. 25.

<sup>354</sup> **Rummel Komm/Krejci**, § 879, Nr.81e

<sup>355</sup> **Bydlinski**, Privatautonomie, s.171, 172; **Aynı Yazar**, Sitten, s. 829; **Illedits**, s. 92-93; **Schwimann Komm/Apathy**, § 879, Nr. 9.

<sup>356</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 21. Yazar, her ne kadar tanımda ekonomik özgürlüğün sınırlanmasına doğrudan temas etmese bile makalenin bütünü göz önünde bulundurulduğunda, kanaatimizce kelepçeleme sözleşmelerini ekonomik özgürlüklerin aşırı derece sınırlanması olarak kabul etmektedir. Örneğin bkz. s. 22-23. Yine ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlanması yönünde kullanım için bkz. **Aynı Yazar**, Butlan, s. 140.

<sup>357</sup> **Sungurbey/Kaneti**, s. 188; **Sungurbey**, s. 53. Yazar, ayrıca kelepçelemenin ölçülerini de bir anlamda tanımın içine katarak daha geniş biçimde: “*Her sözleşme belirli bir ölçüde tarafların iktisadi hürriyetini sınırlar. Ancak, istisnai olarak, iktisadi faaliyet hürriyetinin ahlâka aykırı sayılabilmesi için bu tahdidin sözleşen kimseyi iktisadî varlığının yokolması tehlikesi yaratacak biçimde mutlak surette alacaklının keyfine bağlı tutması, onu alacaklının vesayetine sokması, böylece iktisadî açıdan onu alacaklının iradesiz bir aleti haline getirmesi, iktisadî faaliyet hürriyetinin kullanılmasını felce uğratması yolunda çok ağır şartların gerçekleşmesi gerekir. Nitekim, bu yüzdendir ki Alman hukukunda bu tür sözleşmeler için «Knebelungsverträge = kelepçeleme, kısıvrak bağlama sözleşmeleri» diye adlandırılmaktadır*” şeklinde ifade etmektedir (s. 47). Aynı şekilde bkz. **Sungurbey/Kaneti**, s. 179.

Kelepçeleme sözleşmeleri kavramını kullanmayan *Eren*'e göre, “*Kişinin ekonomik hürriyetini aşırı derecede sınırlayan veya ortadan kaldıran, onun ekonomik faaliyetini yok edecek derecede tehlikeye koyan veya karşı tarafın keyif ve arzusuna tâbi kılan sözleşmeler de ahlâka aykırıdır*”<sup>358</sup>.

*Ateş* ise, kelepçeleme sözleşmelerini, “... borçlunun ekonomik varlığını tehlikeye sokma temeli üzerine kurulmuş tüm taahhütler, genel ahlâka aykırılık yaratır. Hatta bu anlamda, borçluyu alacaklının sınırsız keyfine tabi kılarak kişilerin hem hareket hem de ekonomik özgürlüklerini aşırı ihlâl eden sözleşmeler için doktrinde “*cendere sözleşmeleri, kelepçeleme sözleşmeler veya boğucu sözleşmeler*” terimleri de kullanılmaktadır” şeklinde açıklamıştır<sup>359</sup>.

Yargıtay kararları içinde kelepçeleme sözleşmelerinin temelini teşkil eden kararda ise kelepçeleme sözleşmeleri için, “... iktisadî hürriyeti kabul edilemez derecede sınırlayan bir akdin de ahlâka ve adaba aykırılığı da kuşkusuzdur” ifadeleri kullanılmıştır<sup>360</sup>.

Şüphesiz Türk hukukunda kelepçeleme sözleşmeleri hakkındaki tanım veya açıklamalar yukarıda yer verilenlerden ibaret değildir. Eserlerin bazılarında kelepçeleme sözleşmeleri veya benzeri kavramları görmek mümkünken<sup>361</sup>, bazılarında ise teknik bir kavrama gerek duymaksızın konu hakkında açıklamalarda bulunulmuştur<sup>362</sup>. Ancak açıklamalarda göze çarpan husus, mukayeseli olarak incelediğimiz hukuk sistemlerinde olduğu gibi, kelepçeleme sözleşmelerinin muhtevası konusunda birlik olmadığıdır. Yani, kelepçeleme sözleşmesi olarak nitelenen durum sadece ekonomik özgürlüklerin sınırlandırılması mı kapsıyor? Yoksa şahsî özgürlüklerin sınırlandırılması da bunun içinde yer alıyor

<sup>358</sup> **Eren**, s. 292. Yazar, kelepçeleme sözleşmeleri kavramını kullanmamış olsa da atıf yaptığı yerler dikkate alındığında, kelepçeleme sözleşmelerini kast ettiğinden şüphe etmemek gerekir.

<sup>359</sup> **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 254. Yazar, tanımı, “aşırı ekonomik taahhütler” başlığı altında yapmakla beraber, tanım içine “hareket özgürlüğü” kavramını da katmaktadır. Ancak biz, yazarın “hareket özgürlüğü” kavramı ile “şahsî özgürlükleri” değil, ekonomik özgürlüklerin bir parçası olan “faaliyet özgürlüğü”nü kastettiğini düşünmekteyiz.

<sup>360</sup> HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 (KBİBB.). Yargıtay’ın başka bir kararında ise daha geniş bir tanım yapılmış ve ekonomik özgürlüğün yanına kişisel özgürlük de dahil edilmiştir. Bahsedilen kararda aynen şu ifadeler yer verilmiştir: “*Kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlâk ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik veya bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılamaz ve çöktürücü bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir*”. 1. HD. T. 6.3.2002, E. 2001/10578, K. 2002/2892, (KBİBB.). Diğer bir kararda ise kesin biçimde ekonomik özgürlük kavramına vurgu yapılmıştır. Söz konusu kararda aynen, “... ekonomik özgürlüğü kabul edilemeyecek derecede olağanüstü sınırlandıran, dolayısıyla da kaldıran, kişinin ekonomik yönden mahvına mucip olan bir akdin varlığını kabul kaçınılmaz olmaktadır” denmektedir. Bkz. 13. HD. T. 3.10.1995, E. 1995/6697, K.1995/8386 (KBİBB.)

<sup>361</sup> **Atamer**, s. 154 vd.; **Özsunay**, s. 152 vd.; **Dural/Öğüz**, s. 139; **Akyol**, *Banka Sözleşmeleri*, s. 96 vd., 114 vd.; **Aynı Yazar**, *Dürüstlük*, s.124; **İşgüzar**, s. 101 vd..

<sup>362</sup> **Erman**, s. 611; **Arsebük**, s. 174 vd.; **Esener**, s. 205; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 401 vd.; **Oktay**, *Uzun Süreli*, s. 223 vd.; **Aynı Yazar**, *Karar*, s. 498 vd.; **Reisoğlu**, s. 130.

mu? Aşağıda bu sorulara bir cevap aranmış ve kelepçeleme sözleşmelerine bir çerçeve çizilmeye çalışılmıştır.

## E. Görüşümüz

Kelepçeleme sözleşmeleri (Knebelungsverträge) kavramının ilk ortaya çıktığı yer olan Almanya dâhil, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde, şimdiye kadar kavramın muhtevasında bir birlik sağlanamadığı görülmektedir. Bahsedilen hukuk sistemlerinde kelepçeleme sözleşmeleri sadece ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanması olarak kabul edildiği gibi<sup>363</sup>, bununla yetinilmeyerek yaygın biçimde, şahsî özgürlüklerin sınırlanmasını da bu kavramın içine dâhil etmek suretiyle, kavramı genişletme temayülü de bulunmaktadır<sup>364</sup>.

Kanaatimizce, kelepçeleme sözleşmeleri kavramını dar tutmak ve daha teknik bir kavram haline getirmek gerekir. Çünkü bu tür kavramlar geniş tutulduğu takdirde, kavramın, kişilik haklarını ortadan kaldıran her türlü sözleşme türlerini kapsayacak bir anlama kavuşması sonucu doğar. Bu ise şimdiye kadar kelepçeleme sözleşmelerinin kendisine yüklenmiş olan anlamı daha da karmaşık hale getirir. Bu sebeple teknik bir kavram olarak gördüğümüz kelepçeleme sözleşmelerinin sınırlarının daha dar ve kesin bir çizgi ile belirlenmesi gerektiğine inanıyoruz<sup>365</sup>.

Aslında kelepçeleme sözleşmelerini şahsî ve ekonomik özgürlüklerin sınırlanması olarak gören eserlere bakıldığında bile, konuyu izah etmek içine verilen örneklerin ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlanması üzerine olduğu görülür<sup>366</sup>. Zira tanım olarak çerçeveyi

<sup>363</sup> Konuyu bu çerçevede ele alan eserlere birkaç örnek için bkz. **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 71 vd.; **Erman/Palm**, § 138, Nr. 128; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 116 vd.; **Bamberger/Roth/Wendtland**, § 138, Nr. 71; **Köhler**, s. 186; **Flume**, Rechtsgeschäft, s. 371; **Falkner**, s. 18; **Schlosser**, s. 11; **Schwenzer**, s. 240; **Eisenhardt**, s. 232; **Schweingruber**, s. 47, 114; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; **Koller, A.**, s. 226; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 135; **Hürlimann**, s. 39; **Zürcher Komm/Egger**, Art. 27, Nr. 35; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 225-226; **Bydlinski**, Sitten, s. 829; **Aynı Yazar**, Vertragsbindung, s. 25; **Sungurbey/Kaneti**, s. 177 vd.; **İşgüzar**, s. 101 vd.; **Başpınar**, Butlan, s. 140; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 254; **Eren**, s. 292; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 457.

<sup>364</sup> Kavramı geniş olarak kabul eden eserlerden bazıları için bkz. **Bauer-Mengelberg**, s. 38; **Scheuing**, s. 16-17; **Pütz**, s. 8; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 259; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 32; **von Tuhr/Peter**, s. 259 vd.; **Riemer**, s. 139; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72 vd.; **Brox/Walker**, s. 183 **Illedits**, s. 93; **Kötz**, s. 212 vd.; **Özsunay**, s. 152; **Dural/Ögüz**, s. 139.

<sup>365</sup> Genişletme temayülünün aksine konuyu çok daha dar tutma eğiliminde olan yazarlar da bulunmaktadır. Eski bazı Alman kaynaklarında kelepçeleme sözleşmelerinin neredeyse tacirler ve ticaret hukuku ile sınırlı tutulduğu dahi görülmektedir. Bkz. **Planc/Flad**, § 138, I 6'da, kelepçeleme sözleşmelerinin çerçevesinin "tacirler arasında = unter Kaufleuten" kavramları ile çizilmesi buna örnek gösterilebilir.

<sup>366</sup> Birkaç örnek için bkz. **Bauer-Mengelberg**, s. 38 vd.; **Scheuing**, s. 4 vd.; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72 vd.; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 260 vd.; **Kötz**, s. 212 vd.; **Brox/Walker**, s. 183; **Erman**, s. 611-612.

geniş tutan yazarlar da dönüp dolaşp yine ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanması noktasında yoğunlaşmaktadırlar. Dolayısıyla kelepçeleme sözleşmelerini ifade etmek amacıyla “*şahsî ve ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanması*” kavramının bir bütün olarak kullanılması, kanaatimizce bir ifade alışkanlığıdır.

Kelepçeleme sözleşmeleri, şahsî özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanmasını da kapsayacak kadar geniş yorumlanması doğru değildir. Aksi halde kavramın anlamı neredeyse şahsî özgürlüklere getirilen bütün aşırı sınırlamaların hepsini içine alır hale gelmektedir. Bu ise şimdiye kadar Almanya, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk doktrininde kelepçeleme sözleşmeleri adı altında yapılan açıklamalarla bağdaşmamaktadır. Ayrıca bütün şahsî özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanmasını anlatmak amacıyla, teknik bir kavram yaratmak ve tekrar onun içeriğini doldurmaya çalışmak da anlamsız olur.

Kanaatimizce, kelepçeleme sözleşmelerinin ve onu anlatmak üzere bazı yazarlarca kullanılan “*şahsî ve ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlanması*” kavramının, *ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlanması sebebiyle şahsî özgürlüğün ortadan kalkması veya kalkacak hale gelmesi* olarak anlaşılması ve kabul edilmesi gerekir. Çünkü ekonomik özgürlük, şahsî özgürlüklerin bir parçasıdır.

Yukarıdaki açıklamalar doğrultusunda en yalın biçimde kelepçeleme sözleşmelerini, **“sözleşmede kararlaştırılan hükümlerden dolayı sözleşme taraflarından birinin, ekonomik özgürlüğünün genel ahlâka aykırı sayılacak kadar aşırı derecede sınırlanması ve bu sebeple diğer tarafın keyfine tabi olur hale gelmesi”** olarak tanımlayabiliriz.

## II. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Hukukî Dayanağı

Kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî dayanağı, mukayeseli olarak ele aldığımız Alman, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemlerinde iki farklı yapıya sahiptir. Bunlardan Alman ve Avusturya hukuk sistemleri bir gruba, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri ise diğer gruba teşkil etmektedir. Kelepçeleme sözleşmelerinin kaynağı Alman hukukunda BGB § 138/I, Avusturya hukukunda ise ABGB § 879/I'dir. Yani her iki ülkede de kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî dayanağı tek madde olarak Medenî Kanunda yer almaktadır<sup>367</sup>. İsviçre ve Türk hukuklarında ise kelepçeleme sözleşmelerine kaynaklık eden düzenlemeler tarihî sebeplerle Borçlar Kanunu ile Medenî Kanun olmak üzere iki ayrı yerde bulunmaktadır.

<sup>367</sup> Alman hukuku için bkz. § 3, A. Avusturya hukuku için bkz. § 3, C.

İsviçre hukukundaki düzenlemeler OR Art. 19/II, 20/I ve ZGB Art. 27/II, Türk hukukundaki BK.m.19/II, 20/I, *Türk Borçlar Kanununda sadece m.27/I* ve MK.m23/II'dir<sup>368</sup>.

Alman ve Avusturya hukuk sistemlerindeki düzenlemeler doğrudan kelepçeleme sözleşmelerinin genel ahlâka aykırı olduğu şeklindedir<sup>369</sup>. Ancak İsviçre ve Türk hukukundaki durum, kanunî düzenlemenin yapısından dolayı biraz farklıdır. Söz konusu ülkelerdeki farklı yapıdan dolayı, doktrinde kelepçeleme sözleşmelerinin kişilik haklarına aykırı olduğu hususu daha çok vurgulanmaktadır<sup>370</sup>. Kişilik haklarına aykırılık boyutu yüzünden olsa gerek<sup>371</sup> bu hukuk sistemlerinde kelepçeleme sözleşmelerinin ayrıca hukuka aykırı olduğu yolunda görüşler de bulunmaktadır<sup>372</sup>. Bununla beraber, kelepçeleme sözleşmelerinin genel ahlâka aykırılık teşkil ettiğini belirten ve hukuka aykırılık boyutuna hiç temas etmeyen yazarlar çoğunluktadır<sup>373</sup>.

<sup>368</sup> İsviçre hukuk için bkz. § 3, B. Türk hukuku için bkz. § 3, II. İsviçre ve Türk hukukunda farklı kanunda iki hüküm bulunması, kelepçeleme sözleşmeleri dâhil diğer kişi özgürlüklerine kısıtlama getiren sözleşmelerin hangi hüküm çevresinde değerlendirileceği ve bu muhtevaya sahip sözleşmelere hangi yaptırımların uygulanacağı konusunda farklı bir görüşün doğmasına sebep olmuştur. Söz konusu görüşe göre, MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II) ile BK.m.20/I (OR Art. 20/I), *TBK.m.27/I*'de yer alan genel ahlâka aykırılık kavramları aynı anlamda kullanılmamıştır. BK.m.20/I (OR Art. 20/I), *TBK.m.27/I*'in genel menfaatleri, MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II)'nin ise ferdin menfaatlerini koruma amaçlı bir hüküm olduğu ileri sürülmüştür. Kelepçeleme ve diğer kişilik haklarını haklarına aykırı sözleşmelerinin de MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II) çevresinde ele alınması gerektiği ve bunun yaptırımının ise BK.m.19-20 (OR Art. 19-20), *TBK.m.27/I*'daki anlamda butlan (kesin hükümsüzlük) olmadığı ifade edilmiştir. Bahsedilen sözleşmelerde ancak zarar uğurayan kişinin sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahip olduğu fikri savunulmuştur. Bkz. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 92 vd., 162 vd., 271; **Bucher**, OR AT, s. 240, s. 255 vd.. Söz konusu ayırımın pratik sonucunun yaptırımlar konusunda ortaya çıkması sebebiyle, bu görüşün ayrıntılarına yer verilmiştir (bkz. § 9, I, B).

<sup>369</sup> Alman hukuku için bkz. **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 71; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 116; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 259; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 10, 12; **Bauer-Mengelberg**, s. 38; **Scheuing**, s. 21; **Pütz**, s. 2-3; **Flume**, Rechtsgeschäft, s. 371; **Falkner**, s. 18; **Kötz**, s. 212 vd.. Avusturya hukuku için bkz. **Schwimann Komm/Apathy**, § 879, Nr. 9; **Rummel Komm/Krejci**, § 879, Nr. 86; **Illedits**, s. 92-93; **Bydlinski**, Vertragsbindung, s. 25; **Aynı Yazar**, Sitten, s. 829; **Kötz**, s. 212 vd.; BGHZ 19, 12; BGHZ 44, 158; BGH NJW 1962, 102; BGH NJW 1993, 1587.

<sup>370</sup> **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 225-226; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 96 vd.; **Kramer**, Obligationenrecht, s. 99; **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 45; **Zürcher Komm/Egger**, Art. 27, Nr. 35; **Schwenzer**, s. 241; **Dural/Ögüz**, s. 139; Kişilik haklarına aykırılık nitelemesini yapmakla beraber, konuyu genel ahlâka aykırılık başlığı altında ele alan eser için bkz. **Gauch/Schluemp/Schmid**, s. 129-130. Kelepçeleme sözleşmelerinin genel ahlâka aykırılık teşkil etmesinin de mümkün olacağını belirterek konuyu kişilik haklarına aykırılık olarak niteleyen eser için bkz. **Atamer**, s. 154-155.

<sup>371</sup> Türk hukukunda kişilik haklarına aykırılığı "hukuka aykırılık" başlığı altında inceleyen tasnif için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 72 vd., özellikle, s. 74. Ayrıca kişilik haklarına aykırılık oluşturan sözleşmelerin, emredici hukuk kurallarına aykırılık dolayısıyla hukuka aykırılık oluşturduğu yöndeki ifadeler için bkz. **Eren**, s. 289

<sup>372</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 20, 21, 32; Ancak yazar, daha önce kaleme aldığı diğer bir eserinde kelepçeleme sözleşmelerini ahlâka aykırılık başlığı altında ele almış ve kelepçeleme sözleşmelerinin ahlâka aykırı olduğunu vurgulamıştır. Bkz. **Aynı Yazar**, Butlan, s. 140-141; **Dural/Ögüz**, s. 139; İsviçre Federal Mahkemesinin eski tarihli bir kararında da hukuka aykırılık vurgusu yapılmıştır. BGE 31 II 915. Kararın özet metni için bkz. **Sungurbey/Kaneti**, s. 181.

<sup>373</sup> **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 43; **von Tuhr/Peter**, s. 259-260; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72; **İşgüzar**, s. 101 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 251 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 401; **Esener**, s. 205; **Arsebük**, s. 174; **Erman**, s. 611; **Sungurbey/Kaneti**, s. 179; **Sungurbey**, s. 47; **Eren**, s. 292.

Türk hukukundaki mevcut düzenlemeden dolayı, konunun kişilik haklarıyla ilgisini göz ardı etmek mümkün değildir. Ancak kanaatimizce, bahsedilen yapıya rağmen kelepçeleme sözleşmeleri yine de genel ahlâka aykırılık boyutunda ele alınabilir. Çünkü doktrinde de ifade edildiği üzere, kişilik haklarını koruyan hükümlere aykırı sözleşmeler, genellikle genel ahlâka da aykırı düşerler<sup>374</sup>. Ayrıca MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II)'de özgürlüklerin hukuka ve genel ahlâka aykırı olarak sınırlanamayacağı belirtilirken ortaya konan ölçü de aynıdır. Yani kişilik haklarını ihlâl eden somut olayla ilgili kanunî düzenleme varsa hukuka aykırılık, yoksa genel ahlâka aykırılık devreye girmektedir<sup>375</sup>. İşte bahsedilen maddeki yollama da göstermektedir ki, kanun koyucu kişilik haklarına aykırılığa sınır çizerken genel ahlâka aykırılığı ölçü olarak almakta ve doğrudan ona atıfta bulunmaktadır. Bu düzenleme aksinden ele alındığında, kişi özgürlüğünün sınırlanmasından bahsedebilmenin, o sınırlamanın ancak genel ahlâka aykırılık boyutuna ulaşması durumunda mümkün olduğu, daha iyi anlaşılır.

İsviçre ve Türk borçlar hukukuna kaynaklık eden 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanununun konuyla ilgili olan 17. maddesinde de, kişilik haklarına aykırılığa yer verilmemiş, sadece hukuka ve genel ahlâka aykırılıktan bahsedilmiştir. Buna paralel olarak İsviçre Federal Mahkemesi de kararlarında, taraf özgürlüklerini aşırı derecede sınırlayan sözleşmelerin genel ahlâka aykırı olduğu belirtilmiştir<sup>376</sup>.

Kelepçeleme sözleşmelerinin büyük ilgi gördüğü ve çok sayıda içtihatlarla konu olan Alman hukukunda da meselenin tamamıyla genel ahlâka aykırılık çerçevesinde ele alındığı yukarıda açıklanmıştır. Alman hukukundaki düzenlemenin yetersiz olduğu yönünde de şimdiye kadar herhangi bir itiraz ileri sürülmüş değildir. Almanyadaki düzenleme de

<sup>374</sup> **Tekinay**, s. 402, **Atamer**, s. 155, **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 129-130; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 118, 167; **Oğuzman/Öz**, s. 74. Doktrinde Oğuzman tarafından, genel ahlâka aykırı olmadığı halde kişilik haklarına aykırı olabilecek sözleşmenin olup olmadığı sorulmuştur. Cevap olarak da, yaşlı analarına daha iyi bakabilmek için evlenmeyeceklerini birbirlerine taahhüt eden kardeşler arasındaki sözleşme bu duruma örnek olarak verilmiştir. Hatta böyle bir durumun genel ahlâka aykırı olmamanın yanı sıra yüksek ahlâki değer taşıyan bir amaç olduğu belirtilmiştir (s. 74).

<sup>375</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 166; **Aynı Yazar**, Karar Özgürlüğü, s. 139 ve dn. 23. Daha önce de, MK.m.23/II'deki özgürlüğün, "*hukuka aykırı olarak*" sınırlanamayacağı hakkındaki hükme gerek olmadığı yönündeki görüşe katıldığımızı ifade etmiştik (Bkz. § 5, IV, B, 3, c). Doktrindeki bu görüş için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 391. Gerçekten de bir hukuk kuralının yasak ettiği ve bu hükmün ihlâl edildiği durumlarda, ihlâli düzenleyen hüküm doğrudan uygulanmaktadır. Bu durumda zaten MK.m.23/II'deki hukuka aykırılık kavramına gerek kalmamaktadır.

<sup>376</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 166; **Aynı Yazar**, Karar Özgürlüğü, s. 139 ve dn. 23. BGE 40 II 233, 238. Doktrinde ayrıca, MK.m.23'deki hak ve fiil ehliyeti ile özgürlüklere ilişkin düzenleme olmasaydı dahi, özgürlüklerin BK.m.19/II'deki "*şahsi hükümlere müteallik*" ibaresi sayesinde, yine kişilik haklarının korunabileceği ifade edilmiştir. **Dural/Ögüz**, s. 138. Yine Fransız yazar **Zufferey-Werro** da MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II)'ye gerek olmadığını savunmaktadır. Bu görüş hakkındaki ayrıntılar için bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 169.

göstermektedir ki, kelepçeleme sözleşmeleri, kişilik haklarına aykırılık konusuna dahi girilmeden genel ahlâka aykırılık çerçevesinde çözülebilmektedir<sup>377</sup>.

Yukarıda yaptığımız kısa izahlardan da anlaşıldığı üzere, kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî dayanağı tamamıyla genel ahlâka aykırılıktır. İsviçre ve Türk hukuklarında kişilik haklarına aykırılık kavramlarına vurgu yapılmış olması tamamıyla, bu hukuk sistemlerindeki kanunî düzenlemelerin tarihî sebeplerinden kaynaklanmaktadır. Kaldı ki bu ülkelerde kanun koyucu da kişi özgürlüklerini sınırlarken, genel ahlâka aykırılık ölçüsünü esas almıştır. Gerçekten de, Almanya, Avusturya, İsviçre ve Türk hukuk sistemleri birarada değerlendirildiğinde, kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî dayanağının genel ahlâka aykırılık olduğunu tereddütsüz kabul etmek gerekir<sup>378</sup>.

### III. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Kriterleri

Yukarıda kelepçeleme sözleşmeleri için yer verdiğimiz tanımlardan da anlaşılacağı üzere, kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı biçimde sınırlanmış olmasını tespit etmek için aranan ölçüler soyuttur. Ancak soyut ölçülerin uygulama kabiliyeti kazanabilmesi için, bunların belli başlıklar (unsurlar) altında biraz somutlaştırılması ve o başlıkların (unsurların) mahkeme kararlarıyla ve bu kararlara konu olan somut olaylarla doldurulması icap etmektedir.

Aşağıda önce doktrinde ileri sürülen kriterler ve tasnifler belirtilmiş sonra da kendi benimsediğimiz kriter ve tasnife uygun olarak konu izah edilmiştir. Daha sonraki kısımlarda ise kelepçeleme sözleşmelerinin çokca ortaya çıktığı sözleşme tipleri ele alınarak konu bireysel anlamda da somutlaştırılmıştır.

<sup>377</sup> Alman hukukunda kişilik haklarını doğrudan düzenleyen ayrı bir kanun hükmü de bulunmamaktadır. Bu sebeple de konunun kişilik hakları bünyesinde ele alınması zaten mümkün değildir. Alman hukukunda münferit bir koruma olarak BGB § 12'de isim hakkı düzenlenmiştir. Bir diğer kısmî düzenleme de BGB § 823/II'de bulunmaktadır. Ancak Alman hukukunda da genel kişilik hakkının varlığını gerekli gören görüşlerde bulunmaktadır. Bahsedilen ülkedeki kişilik hakları konusunda bir değerlendirme için bkz. **Siebert**, W.: Şahsiyet Hakları ile İlgili Meseleler, (Çev.: Bilge Öztan), AÜHFD, C. XXVI, S. 1-2, Y. 1969, s. 221 vd..

<sup>378</sup> Yargıtay'ın kelepçeleme sözleşmeleri hakkındaki en geniş ve önemli kararında da, ekonomik özgürlüğün aşırı derece sınırlanmasının genel ahlâka aykırı sayılacağı ifade edilmiş ve kararın muhtelif yerlerinde tekraren genel ahlâka aykırılık hususuna vurgu yapılmıştır. Bkz. HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 (KBİBB.). Aynı yöndeki kararlar için bkz. 1. HD. T. 6.3.2002, E. 2001/10578, K. 2002/2892, (KBİBB.); HGK. 11.2.1976, E. 1974/4-1088, K. 1976/209, (YKD. C. 2, S. 9, Y. 1976, s. 1269).



## A. Kelepçeleme Sözleşmeleri Nitelemesi İçin Aranan Kriterlere İlişkin Görüşler

Bir sözleşmeyi kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelendirilebilmek için aranan kriterler konusunda doktrinde görüş birliği bulunmamakta ve bu konuda çeşitli tasnifler yapılmaktadır.

*Bauer-Mengelberg* tarafından yapılan tasnife göre, bir sözleşmenin, kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelendirilebilmesi için, onun, kişinin şahsî ve ekonomik varlığını esaslı olarak etkileyip etkilemediği, aşırı ölçüde uzun bir süre için bağlayıcı olup olmadığı ve özel şartlar bakımından bağlayıcılığının kabul edilir olup olmadığına bakılmalıdır. Yazara göre ayrıca, bu üç halden birinci ve ikinci unsurlar bir arada olur ve özel durumlardan sözleşmenin kabul edilemez bir sonuç vereceği anlaşılırsa, kelepçeleme sözleşmelerinin varlığından bahsedilebilir<sup>379</sup>.

*Böhme*'ye göre, kelepçeleme sözleşmelerindeki aşırılığı tespitinde, sözleşmenin süresi, edimlerin orantısızlığı ve tarafların tutumuna bakılmalıdır<sup>380</sup>. Ayrıca yazar, bu kriterlerden sonra yeni başlık altında objektif ve subjektif durumlara bakılması gerektiğini belirtmektedir. Yazara göre, objektif durumlarla kastedilen maddî ve hukukî ilişkiler, subjektif durumlarla kastedilen tarafların saik ve amaçlarıdır<sup>381</sup>.

*Bucher* ise, bütün kişi özgürlüklerinin aşırı derecede sınırlanmasını kapsayan biçimde bir tasnif yapmaktadır. Buna göre, özgürlüğün sınırlanmasının değişik boyutları olarak; bağlılığın süresi, sözleşme ile üstlenilen yapma ve yapmama yükümlülükleri, muhtemel ekonomik durum veya malî yansımalar, taraflar arası eşitliğin bulunmaması, sözleşme

<sup>379</sup> **Bauer-Mengelberg**, s. 38. Yazar, son unsuru “*beklenebilirlik ve özel durumlar*” başlığı altında ele alırken alt başlık olarak da, sözleşme taraflarının durumu ve sözleşmedeki edim, karşı edim dengesinin kelepçeleme sözleşmelerine etkisini incelemektedir (s. 70). *Bauer-Mengelberg*'in sözkonusu üçlü tasnifinin, *Scheuing* tarafından da yapıldığı doktrinde ileri sürülmüştür (Bkz. Başpınar, Kelepçeleme, s. 24). Ancak biz, *Scheuing*'in sadece tasnifi naklettiğini düşünmekteyiz. Şöyle ki; birinci olarak *Scheuing*'in eserindeki, tanımla birlikte tasnifin nakledildiği yere baktığımızda, doktrindeki diğer tanımların da aktarıldığı kısım olduğunu görmekteyiz. İkinci olarak *Scheuing*, bahsedilen tanımları ve unsurları aktarırken, bunları benimsediğine dair bir ifade kullanmamıştır. Üçüncü olarak, *Scheuing*'in eserinin tamamı incelendiğinde de sözkonusu üçlü tasnife uyan herhangi bir bölümlenme yapmadığı da görülmektedir. *Scheuing*, eserinin birinci bölümünde, geniş biçimde kelepçeleme sözleşmeleri kavramının tespitinde bulunmuş, bunun akabinde içtihat örnekleri sunmuş, daha sonra kendi tanımını yapmış ve bunu izah etmiş, takip eden bölümde ise genel ahlâka aykırılık ve genel ahlâka aykırı bağlılık kavramlarını irdelemiş, sonra kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî sonucunu ele almış, son olarak da kelepçeleme sözleşmelerinin kısmî butlanını açıklamıştır. Yani *Scheuing* eserinin genelinde de herhangi bir tasnifi benimseyerek onu açıklama yoluna da gitmemiştir. Bkz. **Scheuing**, s. 1 vd..

<sup>380</sup> **Böhme**, s. 13 vd.. Bahsedilen kriterlerden biri olan “*tarafların tutumu*” (Das Verhalten der Parteien) ile kastedilen, tarafların sözleşme yaparken, genel ahlâka aykırı bir amaç taşıyıp taşımadıklarıdır.

<sup>381</sup> **Böhme**, s. 27 vd.. Aslında yazarın, bir anlamda, objektif durumla süre ve edimler arasındaki dengesizliği, subjektif durumla da tarafların tutumunu, yani saik ve amacı kastettiğini söylemek yanlış olmaz.

muhtevasının başkası tarafından belirlenmiş olması kriterlerine başvurulmalıdır<sup>382</sup>. Bunların yanında yardımcı kriter olarak, edim-karşı edim, borçlunun sahip olduğu diğer menfaatlar, caiz olan risk dağılımları, önemsiz yükümlülük ihlâli sonuçları, borçlunun bulunduğu halden şikayet etmemesi gibi haller de dikkate alınmalıdır<sup>383</sup>. Bununla birlikte yazara göre, kişiliğin aşırı derecede sınırlanması kabulü için öncelikle bağlılığın süresinin ve sözleşme ile yüklenilen yapma ve yapmama edimlerinin kişiliği dehşete düşürücü boyutta var olması gerekir<sup>384</sup>.

*Başpınar* tarafından ayrıntılı biçimde savunulan diğer bir görüşe göre, bir sözleşmede kelepçeleme halinin varlığı için taraflardan birinin ekonomik özgürlüğünün zaman, yer veya konu açısından aşırı derecede sınırlanması gerekir<sup>385</sup>. Sınırlandırmanın zaman veya yer ya da konu açısından herhangi biri açısından yeterli olacağı genelde kabul edilmektedir<sup>386</sup>. Ancak burada bir duruma açıklık getirilmesi zorunludur. Kelepçeleme sözleşmeleri ile yine kelepçeleme sözleşmelerinin örneklerinden biri olan rekabet etme yasağı sözleşmesindeki yer, konu ve zaman kriterleri muhteva olarak birbirinden ayrılır. Gerçekten rekabet yasağı sözleşmesinin geçerli olabilmesi için, yasağın zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılması gerekir<sup>387</sup>. Buradaki sınır kelepçeleme sözleşmelerinin bütününde aranan sınırlamalardan daha

<sup>382</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 275 vd..

<sup>383</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 283 vd.. Yazar ayrıca, göz önüne alınmayacak durumları da belirtmiştir. Bunlar; sözleşme yapılırkenki gabin benzeri durumlar, irade fesadı benzeri sözleşmedeki konsensus problemleri, tarafların sözleşme yapma saikleridir (Nr. 289).

<sup>384</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 290 vd.. Yazarın bu yaklaşımının bütün kişi özgürlüklerinin aşırı sınırlanmasına yönelik olduğunu göz ardı etmemek gerekir.

<sup>385</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 24 vd.; **Gauch/Schluap/Schmid**, s. 130; **Hürlimann**, s. 39; **Yavuz**, s. 412 vd.. Bu görüşü yazarlar arasında en ayrıntılı savunan **Başpınar**'dır. Diğer yazarlar sadece konu içinde bir cümle ile bu görüşe yer verirken, **Başpınar**, konuyla ilgili makalesini bu kriterlere göre tasnif etmiştir (s. 24-32 arası). **Başpınar** tarafından **Künzler**'in de bu görüşü savunduğu belirtilmiş olsa da (s. 24, dn. 126), **Künzler**'in bu tasnifi sadece rekabet yasağı açısından yaptığını belirtmeliyiz. Ayrıca her somut olayda uygun bir karşı edim borçlanılıp borçlanılmadığının da incelenmesi gerektiği hususu için bkz. **Gauch/Schluap/Schmid**, s. 130; **Hürlimann**, s. 39; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 224; **Bucher**, OR AT, s. 262; BGE 102 II 218; BGE 53 II 318, 320.

<sup>386</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 24.

<sup>387</sup> **Soyer**, s. 59, 64 vd.; **Künzler**, s. 126; **Uşan**, M. Fatih: İş Hukukunda İş Sırrının Korunması (Sır Saklama ve Rekabet Yasağı), Ankara 2003, s. 235. Ayrıca rekabet yasağı sözleşmelerinin geçerli olabilmesi için zaman, yer ve konu itibarıyla bir bütün olarak sınırlandırılması gereklidir. Bkz. **Uşan**, s. 236; **Soyer**, s. 64. Aslında rekabet yasağı sözleşmesinin kendisinin geçerli olabilmesi için, sözleşme ile bu üç konuda sınırlama getirilmiş olması gereklidir. Eğer bunlardan biri sınırlama içermezse bir anlamda kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlâl edilmesi sonucu ortaya çıkıyor. Yani, bu durumda kelepçeleme sözleşmeleri bakımından bakıldığında zaman, yer ve konu bakımından birisinde sınırlama getirilmediğinde, ekonomik özgürlüğün aşırı ihlâl edilmesi sebebiyle kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkıyor. Bu durumda kelepçeleme sözleşmelerinde benimsenen zaman, yer ve konu bakımından birinin ihlâli yeterli görüşü burada da geçerli oluyor. Benzer durum tek satıcılık sözleşmelerinde de sözkonusudur. Özellikle tek satış hakkı, yer, zaman ve sözleşme konusu mallar bakımından sınırlıdır. Bunlardan birini ihlâl eden sözleşme kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayarak kelepçeleme sözleşmeleri sonucunu doğurabilir. Bkz. **İşgüzar**, s. 109. Ancak tek satıcılık sözleşmesinin kendine has yapısını dikkate almak gerektiğini ve buradaki zaman, yer ve miktar hususunu rekabet yasağındakinden farklı özelliklere sahip olduğunu belirtmeliyiz. Konu hakkında ayrıntılar için bkz. § 8, II, I.

farklıdır. Örneğin kelepçeleme sözleşmelerindeki zaman kriteri çok uzun süreli sözleşmeler olduğunda anlam ifade ederken, rekabet yasağı sözleşmelerindeki zaman kriteri, 3 ilâ 5 senelik rekabet yasağının aşılması halinde ekonomik özgürlüklerin aşırı kısıtlanmasının doğması için yeterli olmaktadır. Bu incelemede konunun biraz daha geniş biçimde ele alınması zorunluluğundan dolayı aşağıda ayrıntılara yer verilmiştir<sup>388</sup>.

*Ateş* ise, temel ve yardımcı kriterler ayırımını kullanmaktadır<sup>389</sup>. Yazar, temel kriterlerin alt başlıklarını, taahhüdün yoğunluğu, süresi, konusu şeklinde ayırmaktadır<sup>390</sup>. Yardımcı unsurlar başlığı altında ise, edim-karşı edim dengesine ve borçlunun kişisel durumuna bakılması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıca, taahhüdün içeriğindeki belirsizlik ve yaptırımın hafifliği gibi hallerin de yardımcı kriterlerin yanında ek olarak yol gösterici olabileceğini ileri sürmektedir<sup>391</sup>. Ancak yazar, özgürlüklerin aşırı derecede ihlâl edildiğinin kabulü için sözkonusu kriterlerden herhangi birinin olmazsa olmaz bir niteliğe sahip olup olmadığı konusunda bir görüş beyan etmemiştir. Bu durumu, ilgili yerde anlatılanları da bütün olarak değerlendirdiğimizde yazarın kriterlerden herhangi birinin varlığını yeterli gördüğü şeklinde yorumlanabilir.

Doktrinde doğrudan ve ayrıntılı bir tasnif yapılmaksızın, kelepçeleme sözleşmelerini tespit için birtakım kriterlerin varlığından bahsedilmiştir. Görüşlerden biri, sözleşmenin süresine ve bununla birlikte bağlılığın yoğunluğuna (İntensitât) ve taraflar arasındaki edim-karşı edim dengesine bakılması gerektiğini belirtmiş<sup>392</sup>, diğeri, zaman kriterine ve borçlunun finansal durumuna bakılması hususlarına vurgu yapmıştır<sup>393</sup>. Yine başka bir görüşe göre, sözleşmedeki edimin kapsamı, miktarı ve süresine, borçlunun malî durumuna bakılmalıdır<sup>394</sup>.

<sup>388</sup> Bkz. § 8, I, A.

<sup>389</sup> *Ateş*, *Ahlâka Aykırılık*, s. 242 vd.. Yazar, sözkonusu tasnifin sadece ekonomik özgürlüklerin değil, diğer bütün özgürlüklerin aşırı derecede sınırlandırılmasını tespite yarayan kriterler olduğunu ifade etmiştir (s. 242 dn. 691). Ayrıca yazar, benimsediği tasnifin Thévenaz'a ait olduğunu belirtmiştir. Aynı yerde, yine Fransız yazar, Zufferey-Werro'nun ekonomik özgürlüklerin aşırı sınırlandırılmasına ilişkin, "*taahhüdün ekonomik varlığı tehlikeye sokarak, hareket alanının özgür gelişimini artık alacaklının keyfine tabi kılmasıdır*" şeklinde bir kriteri benimsediği ve yine Zufferey-Werro'ya göre iki özel durum olan, edimler arası oransızlık ve taraflar arasındaki eşitsizliğin de aşırılığı tespitinde önemli rol oynadığı belirtilmiştir (s. 242, dn. 691 orada belirtilen eserler).

<sup>390</sup> Bkz. *Ateş*, *Ahlâka Aykırılık*, s. 243-247.

<sup>391</sup> Bkz. *Ateş*, *Ahlâka Aykırılık*, s. 247-249.

<sup>392</sup> *Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo*, s. 99; *BSK OR I/Huguenin*, Art.19-20, Nr. 45. Doktrinde benzer biçimde yine, bağlılığın yoğunluğuna (intensitât), uzun süresine ve maddî bakımdan (sachlicher Hinsicht) aşırılığına -bu kriteri, "konu" olarak da çevirebiliriz- bakılması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. *Hausheer/Aebi-Müller*, s. 136.

<sup>393</sup> *Koller, A.*, s. 226. Benzer biçimde sözleşme yükümlülüklerinin yoğunluğuna ve ebedi sözleşmelere vurgu yapılmaktadır. Bkz. *Schwenzer*, s. 240.

<sup>394</sup> *Guhl/Koller/Schnyder/Druey*, s. 43; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 401.

Bununla birlikte herhangi bir kritere yer vermeksizin sadece kelepçeleme sözleşmelerinin tanımını genişletmek suretiyle konuyu somutlaştırmaya çalışan görüş de bulunmaktadır<sup>395</sup>.

## **B. Kelepçeleme Sözleşmeleri Nitelemesi İçin Aranması Gereken Kriterler**

Kelepçeleme sözleşmeleri kavramını açıklarken de vurgulandığı üzere, bu tür sözleşmelerdeki en önemli nokta, kişinin ekonomik özgürlüğü ve geleceğinin aşırı biçimde sınırlanması ve ekonomik hareket kabiliyetinin neredeyse kalmamasıdır. Yani kelepçeleme kavramının merkezini ekonomik özgürlük ve ekonomik geleceğin ciddi anlamda zedenlenmesi teşkil etmektedir. Dolayısıyla kelepçeleme sözleşmelerinin ilk kriteri ekonomik özgürlüğün veya varlığın tehlikeye girmesi olmaktadır. Bunun içine kişinin ekonomik olarak sözleşmenin diğer tarafına bağımlı hale gelmesi de dâhildir. Bu sebeple sözkonusu kriter kelepçeleme sözleşmelerinin vazgeçilmezidir.

Kelepçeleme halinin varlığının tespit edilmesinde önemli kriter ise sözleşmenin süresidir. Gerçekten de sözleşme süresinin uzun olması kelepçeleme halinin varlığına delil teşkil edebilmektedir. Ancak, bir sözleşmenin bağlayıcılık süresinin uzun olması kelepçeleme sözleşmeleri sonucunun doğması için yeterli olmayabilir. Ayrıca sözleşmenin uzun süre bağlayıcı olmadığı hallerde de kelepçeleme sözleşmelerinin ortaya çıkması mümkündür. Örneğin bir sözleşmede borcun, ifa için kararlaştırılan tarihte ifa edilmemesi halinde yüksek cezaî şart hükmü içeren bir sözleşme, uzun süreli olmadığı halde de kelepçeleme sözleşmeleri oluşturabilir.

Bahsedilen iki kriterden başka diğer bazı haller de kelepçeleme sözleşmelerinin oluşmasına sebep olabilir. Bunları da “diğer kriterler” başlığı altında değerlendirmeyi uygun buluyoruz. Tasnifle ilgili sözü tamamlamadan evvel, kelepçeleme sözleşmelerinin kabulü için ekonomik özgürlük ve varlığın tehliye girmiş olmasının yegane kriter olduğu, diğer unsurlar bulunmasa dahi, bu durumun varlığı halinde sözleşmenin kelepçeleme olarak nitelendirilmesinin mümkün olduğu kanaatinde olduğumuzu belirtmeliyiz.

Doktrinle birlikte yaptığımız tasnifler, bir sözleşmenin, kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelendirilmesinde ancak birer yol göstericidirler. Aşırı derecedeki ekonomik

---

<sup>395</sup> Bunlardan bazıları için bkz. **Scheuing**, s. 1 vd.; ; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 224 vd.; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 117 vd.; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 259 vd.; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 71 vd.; **Falkner**, s. 18 vd.; **Schlosser**, s. 11 vd.; **Künzler**, s. 124 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 150; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72; **Schellhammer**, Kurt: BGB Allgemeiner Teil und gesamtes Schuldrecht mit Nebengesetzen, 3. Auflage, Heidelberg 1999, s. 965.

bağlılığın tespitini şematik olarak ortaya koymak imkan dâhilinde değildir. Bu sebeple, sözleşme taraflarından birinin ekonomik özgürlüğünün, aşırı derecede ihlâl edilip edilmediği, somut olayda tek tek incelenmelidir<sup>396</sup>. Bir sözleşmede belli bir borç altına girilmesi sebebiyle borçlunun büyük malî sıkıntılara katlanacak olması, borcu tek başına genel ahlâka aykırı hale getirmez<sup>397</sup>. Gerçekten de, bir sözleşmenin kelepçeleme sözleşmeleri olup olmadığı, borçlunun borcunu yerine getirmek için sahip olduğu araçlara göre değil, kural olarak sözleşmenin ilk önce muhtevasına göre tayin edilir<sup>398</sup>. İhtilâf halinde bu görev ise birçok hususta olduğu gibi hâkime düşmektedir<sup>399</sup>.

### 1. Ekonomik Özgürlüğün veya Varlığın Tehlikeye Girmesi

Sosyal bir varlık olan insan, ihtiyaçlarını karşılamak üzere birçok sözleşme yapmaktadır. Sözleşmelerin büyük bir kısmı kişinin gündelik basit ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olup, mahiyeti gereği onun ekonomik durumuna aşırı ölçüde etki edecek bir yapıya sahip değildir. Örneğin ekmek vb. gıda maddeleri satın almaya yönelik sözleşmelerin, böyle bir durum yaratması pek mümkün değildir. Ancak gündelik basit ihtiyaçların ötesine geçen ve ciddî yükümlülük altına girilen veya ticarî bir hayat içinde yer alarak kazanç elde etmeye çalışanların yapmış olduğu sözleşmeler ise, kişinin ekonomik özgürlüğünü ve ekonomik geleceğini tehlikeye atma ihtimali taşır. Örneğin, bir kimsenin ömrü boyunca bir tek mal satmayı taahhüt etmesinde kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkar.

Kelepçeleme sözleşmelerinin en temel kriteri olan ekonomik özgürlüğün veya varlığın tehlikeye girmesi konusunun anlaşılabilmesi için öncelikle ekonomik özgürlük kavramı ile kastedilen şeyin ne olduğuna bakılması icap etmektedir. Buna ilâveten ekonomik olarak

<sup>396</sup> **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 130; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 253; **Hürlimann**, s. 39; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; **Schweingruber**, s. 138; BGHZ 136, 355. **BSK ZGB I/ Huguenin**, Art. 27, Nr. 15; **Illedits**, s. 93-94.

<sup>397</sup> **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 393; **Schweingruber**, s. 138; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 252, 253-254; Benzer yönde **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 259; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 116; **Erman/Palm**, § 138, Nr. 128; RGZ 165 I, 15; BGE 88 II 174; BGE 95 II 55; BGH NJW 1967, 1042; BGH WM 1961, 57 vd..

<sup>398</sup> **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 43; **Sungurbey/Kaneti**: s. 180; Benzer biçimde **Schweingruber**, s. 138; Aslında borçlar hukuku prensib olarak, kişilerin malî güçlerinin üzerinde borçlanmalarını yasaklamazlar. Ancak toplum tarafından genel ahlâka aykırı olarak addedilebilecek boyutta borçlanmaları ve bunun sonucunda diğer tarafın bir oyuncu haline gelmelerini ise kanun koyucu, öncelikle kişinin kendisinin ve dolayısıyla sağlıklı bir toplum varlığı için geçersiz sayma yolunu seçmiştir. Buna karşılık icra hukuku alanında daha net biçimde borçlanan kişinin, kendisinin ve ailesinin malî imkânlardan yoksun kalarak geçim için zorunlu şeyleri de kapsayacak haciz yapılması yasaklanmıştır (İİK.m.82). Bu konu hakkında bilgi için bkz. **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 43; **Koller, A.**, s. 226; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 18; **Sungurbey/Kaneti**, s. 180; BGE 95 II 55, 57 vd.; BGE 104 II 6, 9; BGE 111 II 336 vd..

<sup>399</sup> **Hürlimann**, s. 39; **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 130; BGE 104 II 6, 8.

bağımlı olmanın ne anlama geldiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Bu sebeple, bahsedilen iki husus, ekonomik özgürlük veya varlığın tehlikeye girmesi başlığı altında ele alınmıştır. Ancak burada yaptığımız açıklamalarda anayasa ve felsefî anlamda ekonomik haklar veya özgürlüklerin ayrıntısına girilmemeye özen gösterilmiştir<sup>400</sup>.

### a. Ekonomik Özgürlük

Ekonomik özgürlük, hukuk ve ekonomi düzeninin temel taşlarından biri<sup>401</sup> olduğu kadar bireysel anlamda kişiliğin de vazgeçilmez parçalarından biridir<sup>402</sup>. Bundan dolayıdır ki, kişinin bu anlamdaki özgürlükleri de Anayasada teminat altına alınmıştır. Gerçekten de, AY.m.48'de kişinin çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma özgürlüğüne sahip olduğu kabul edilmiştir<sup>403</sup>. Yine AY.m.17/I'de güvence altına alınan, kişinin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile birlikte AY.m.35/I'deki mülkiyet ve miras hakkı da ekonomik özgürlüğünün gelişmesine hizmet etmektedir. Anayasadaki bu hüküm kişinin aynı zamanda ekonomik bir varlığa sahip olma ile birlikte meslekî geleceğini serbestçe devam ettirebilme<sup>404</sup> hakkını da kapsamaktadır. Ancak kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında ele aldığımız ekonomik özgürlük, Anayasada yer bulan ekonomik ve sosyal haklar anlamına gelecek şekilde geniş olmayıp, daha dar bir çerçeveye sahiptir.

<sup>400</sup> Konunun bu yöndeki ayrıntılarına ve konu hakkındaki eserlere ulaşmak için bkz. **Tiryaki**, s. 45 vd.. Ayrıca ekonomik özgürlüğün iktisadî boyutunu ele alan çalışma için bkz. **Taşar**, Mehmet Okan: Ekonomik Özgürlük Kavramı ve Türkiye'de Ekonomik Özgürlüklerin Gelişimi, SÜHFD., C. 15, S. 1, s. 143.

<sup>401</sup> **Künzler**, s. 124.

<sup>402</sup> **Zürcher Komm/Egger**, Art. 27, Nr. 2; **Schweingruber**, s. 131.

<sup>403</sup> Anayasanın m.17/I'de güvence altına alınan, kişinin, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkı ile birlikte m. 35/I'deki mülkiyet ve miras hakkı da ekonomik özgürlüğünün gelişmesine hizmet etmektedir. Bkz. **Ayan/Ayan**, s. 51. İsviçre Anayasasında da, "*Ekonomik özgürlük güvence altındadır*" şeklindeki düzenlemeyle anayasa düzeyinde net biçimde koruma sağlanmaktadır. Bkz. İsviçre Anayasası Art. 27. Söz konusu maddede ekonomik özgürlüğün özellikle, meslek seçimindeki özgürlüğü, özel teşebbüse girme ve faaliyette bulunma özgürlüklerini de kapsadığı ifade edilmiştir. Anayasamızdaki dolaylı korumanın İsviçre Anayasasındakinden daha geri olduğunu belirtmeliyiz. Ekonomik özgürlük, 2000 yılından önceki İsviçre Anayasasında ise Art. 31'de düzenlenmişti. Bu dönemdeki düzenleme hakkında bilgi için bkz. **Giacometti**, Zaccari: Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, Festgabe zur Hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, s. 175 vd.; **Schweingruber**, s. 18 vd.. Alman Anayasasında ise İsviçredeki kadar açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Alman Anayasasında ise sözleşme özgürlüğünü düzenleyen Art. 2/I, serbest meslek ve çalışma özgürlüğünü düzenleyen Art. 12/I, mülkiyet hakkını güvenceye alan Art. 14/I, ekonomik girişimleri düzenleyen Art. 74/I 11 ve piyasa ekonomisini düzenleyen Art. 109/II gibi maddeler ekonomik özgürlüğü güvence altına almaktadır.

<sup>404</sup> **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 423; **Ayan/Ayan**, s. 60.

Doktrinde genellikle ekonomik özgürlükler ile mülkiyet hakkı, sözleşme ve özel teşebbüs özgürlükleri kastedilmektedir<sup>405</sup>. Ekonomik özgürlüklerin en önemli ayağını bahsedilen üç unsur oluşturmakla birlikte<sup>406</sup> kelepçeleme sözleşmeleriyle ihlâl edilen, daha çok kişinin ekonomik varlığını devam ettirebilmesi için gerekli olan ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğüdür<sup>407</sup>.

Kelepçeleme sözleşmeleri kapsamında ekonomik özgürlükler kişinin ekonomik olarak yaşam faaliyetlerini hiç kimseye muhtaç olmadan devam ettirebilecek bir refah seviyesine sahip olmayı da ifade eder. Gerçekten de kelepçeleme sözleşmeleri ile kişiler ekonomik geleceğini belirleme özgürlüğünü kaybetmekte ve bu yetkisini sözleşmenin karşı tarafına devretmektedir. Bu yüzden ki borçlunun yaptığı sözleşme ile birtakım ihtiyaçlarından vazgeçmesi, onun hayatını başka alanlarda sürdürme imkânını ortadan kaldırmadıkça kelepçeleme sözleşmeleri oluşmaz<sup>408</sup>.

Ekonomik özgürlük aynı zamanda, ekonomik amaca ulaşmak ve bunu gerçekleştirmek için gerekli araçları kullanma anlamında rekabet edebilme özgürlüğünü de içine alır<sup>409</sup>. Bu cümleden olarak, aşırı ölçüde rekabet etmeme yasakları içeren sözleşmeler de, kişinin ekonomik özgürlüğünü önemli ölçüde ortadan kaldırdığı ve tehlikeye attığı için kelepçeleme sözleşmeleri olarak genel ahlâka aykırıdır.

---

<sup>405</sup> Bkz. **Tiryaki**, s. 50-52 ve orada anılan yazarlar. Çerçeveyi geniş tutan Aktan'a göre ise, teşebbüs, mübadele, sözleşme, mülkiyet, tercih ve uluslararası ticaret özgürlükleri ekonomik özgürlüklerin başlıcalarını oluşturmaktadır. **Aktan**, Çoşkun Can: Devlet Müdahalesi ve Ekonomik Özgürlükler, [http://www.canaktan.org/canaktan\\_personal/canaktan-arastirmalari/devlet-reformu/aktan-devlet-mudahalesi-ekonomik-ozgurluk.pdf](http://www.canaktan.org/canaktan_personal/canaktan-arastirmalari/devlet-reformu/aktan-devlet-mudahalesi-ekonomik-ozgurluk.pdf), s. 2, (erişim tarihi, 05.02.2011).

<sup>406</sup> Her ne kadar bahsedilen üç unsur ekonomik özgürlük içine dâhil olsa da, ekonomik değerler de kişinin özel mülkiyeti içinde yer almaktadır. Bu yöndeki açıklamalar için bkz. **Başpınar**, Mülkiyet, s. 106, 109; **Ünal**, Mehmet: Ferdi (Özel) Mülkiyetin Tarihî, Dinî ve Beşerî Kökenleri, Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 904. Yani bunlar birbirlerini içini birlikte doldurmaktadırlar.

<sup>407</sup> Kanaatimizce, kelepçeleme sözleşmelerindeki ekonomik özgürlük kavramı, doktrinde iktisat bilimi anlayışıyla izah edilmeye çalışılan ekonomik özgürlük anlayışından daha dar bir muhtevaya sahiptir. İktisat bilimi tarafından ele alınan ekonomik özgürlük makro düzeyde iken, kelepçeleme sözleşmelerindeki mikro düzeydedir. Yani burada sözleşme taraflarından biri diğer tarafın kişilik hakları içinde yer alan ekonomik özgürlüğünü tehlikeye sokmaktadır. İktisat biliminde ekonomik özgürlük ise, ülke genelindeki ekonomik refah seviyesi, kişi başına düşen milli gelir, devletin ekonomik özgürlük alanına müdahaleler gibi hususları içine almaktadır. Ekonomik özgürlüğün bu şekilde geniş biçimde izahı hakkında bilgi için bkz. **Taşar**, s. 143 vd.; **Aktan**, s. 1 vd. Ayrıca bu konudaki özet bilgiler için bkz. **Başpınar**, Mülkiyet, s. 144; **Tiryaki**, s. 57.

<sup>408</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 25; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; BGH NJW 62, 102. Muhakkak her sözleşme, taraflara yüklenen edimler sebebiyle, tarafların bütün özgürlükleriyle birlikte ekonomik özgürlüklerini de az veya çok sınırlamaktadır. Ancak bu sınırlama hiçbir zaman kişinin ekonomik özgürlüğü ve varlığını tehlikeye düşürecek boyutta olmamalıdır. **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 152; Bkz. **Özsunay**, s. 153.

<sup>409</sup> **Künzler**, s. 124. Rekabet yarışı aynı hedefi gerçekleştirmek üzere mücadele eden iki veya daha fazla kişiden güçlü, yetenekli, becerikli, kurnaz veya acımasız olanın galip çıkarak, diğerinin sistemden itilmesi veya kontrol altına alınması sonucunu doğurabilmektedir. Öyleki, sınırsız ve kontrolsüz temel özgürlük, bir tarafın diğer tarafa bağılılığına sebebiyet vermekte ve işin özünü tersine çevirmektedir (s.124). Aynı yönde **Oftinger**, Vertragsfreiheit, s. 319.

Yukarıdaki kısa açıklamalardan sonra, ekonomik özgürlüğün kelepçeleme sözleşmeleri açısından kavram olarak da ne anlama geldiğini birkaç tanım örneği ile somutlaştırabiliriz:

Doktrinadaki tanımlardan birine göre, “*ekonomik özgürlükler, bireylerin serbestçe iktisadi faaliyetlerde bulunma ve bu faaliyetler sonucunda elde ettikleri değerleri dışarıdan herhangi bir zorlama olmaksızın serbestçe kullanabilmeleri ve sahiplenmeleridir*”<sup>410</sup>. Bir diğerine göre, “*ekonomik özgürlük, bir kişinin ekonomik faaliyetlere katılabilesini, bu faaliyetlere son verebilmesini, mesleki ve ticari itibarı, kredisi ile sırları üzerinde sahip olduğu her türlü haklarını ve yetkilerini ifade etmektedir*”<sup>411</sup>. Üçüncü bir tanıma göre, “*Ticaret hukukunda ticaret ve endüstri özgürlüğünün medenî hukuktaki uzantısı olarak, kazanç sağlayan bir davranışın özgürce yapılabilmesi ve seçilebilmesi hakkıdır*”<sup>412</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi’nin bir kararında da ekonomik özgürlük “*herkesin, kamu düzeni sınırları içinde, varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan ekonomik faaliyetlerde bulunması*” şeklinde açıklanmaktadır<sup>413</sup>.

Yukarıda yer verilen tanım ve açıklamalardan anlaşılacağı üzere, bir kişinin ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırma, ağır şekilde kısıtlama, ekonomik geleceğini tehlikeye sokma ve ekonomik hareketliliğini alacaklının sınırsız keyfiyetine tabi kılma noktasına getiren tüm taahhütler genel ahlâka aykırıdır<sup>414</sup>.

Gerek BK.m.19-20 (TBK.m.26-27), gerekse MK.m.23/II’deki düzenleme, kişinin aşırı derecede ekonomik özgürlüğünü kaybetmesini engelleyerek, ona hareket edebileceği mutlak bir alan bırakmayı hedeflemektedir. Güvence altına alınan asgarî alan sayesinde kişi, hareket ve faaliyet özgürlüğüne sahip kalabilmektedir. Kişinin ekonomik özgürlüğünün korunması, onun salt ekonomik, maddî menfaatlerine değil, ayrıca bir bütün olarak kişiliğinin korunması ve gelişmesine de hizmet eder<sup>415</sup>. Gerçekten de kişi sahip olduğu ekonomik özgürlüğü ve varlığı ile ayakta kalabilir, ruhî ve psikolojik huzurla hayata tutunabilir, kişisel gelişimini tamamlayabilir. Bunlar olmadan onun kişiliğinin içi boşalmış ve anlamı kaybolmuş hale gelir<sup>416</sup>.

---

<sup>410</sup> Aktan, s. 2

<sup>411</sup> Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 252.

<sup>412</sup> Fransız yazar Aubert tarafından yapılmış bu tanım için bkz. Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 136, dn. 368.

<sup>413</sup> BGE 82 II 292, 302.

<sup>414</sup> Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 252.

<sup>415</sup> Künzler, s. 125.

<sup>416</sup> Künzler, s. 125



## b. Ekonomik Olarak Bağımlı Hale Gelmek

Sözleşme taraflarından birinin ekonomik özgürlüğü ve varlığını aşırı ölçüde kaybetmesi genellikle, onun, diğer tarafa ekonomik olarak bağımlı hale gelmesi sebebiyle gerçekleşir. Bu sonuç kişinin doğrudan diğer tarafın emrine amade hale gelmesi şeklinde gerçekleşebileceği gibi, onunla yapmış olduğu sözleşme sonucu ekonomik özgürlüğünü gerçekleştirmek üzere yeni hukuki işlemler yapma kabiliyetinin kalmaması şeklinde de tezahür edebilir. Ancak ne olursa olsun bahsedilen ekonomik bağımlılığın genel ahlâka aykırı boyutta olması gereklidir<sup>417</sup>. Yargıtayın bir kararında açıkça<sup>418</sup> “...bireylerin kişiliklerini ve ekonomik varlıklarının temellerini ahlâk anlayışıyla bağdaşmayacak bir biçimde tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmelerin hükümsüz oldukları” hususuna işaret edilmiştir.

Yüksek Mahkeme bu doğrultuda bir kararında, 30.000 ABD Doları olarak verilen borç paranın aylık 1500 ABD Dolar faizle geri istenmesini, yıllık faiz oranının borç miktarının yüzde altmış gibi fahiş bir rakama ulaşmasından dolayı, taraflar arasındaki sözleşmeyi, ekonomik olarak çöktürücü bulmuştur<sup>419</sup>. Yargıtay, benzer biçimde, verilen borçtaki günlük yüzde beş gecikme faiz oranını, bunun yıllık %1800 tekabül ettiğini belirterek, kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayıcı olduğuna hükmetmiştir<sup>420</sup>.

Kişinin bir sözleşmede ekonomik olarak diğer tarafa bağımlı hale gelmesi, sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması yoluyla tespit edilir<sup>421</sup>. Sözleşmede yer alan bir hüküm belki tek başına ekonomik bağımlılık halinin oluşmasına yetmeyebilir. Ancak sözleşmenin bütün hükümleri birlikte değerlendirildiğinde ise bu sonuç ortaya çıkabilir. Basel İstinaf Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda petrol şirketi ile akaryakıt istasyon bayii arasında yapılan sözleşmede bütün hükümlerin birlikte değerlendirilmesi sonucu kelepçeleme

<sup>417</sup> Bağımlılığın hukuka aykırı nitelik taşıması için ayrıca o hususun kanun veya kanun yerine geçen düzenlemelerde açık hükme bağlanmış olması gerekir. Örneğin, BK.m.343'te (TBK..m.429/II) hizmet sözleşmesi on seneden fazla bir süre için yapılmış olsa bile, işçi, on sene geçtikten sonra her zaman kanuni süreye uymak kaydıyla sözleşmenin feshini ihbar edebilir. Bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 391. HGK. 11.2.1976, E. 1974/4-1088, K. 1976/209, (YKD. C. 2, S. 9, Y. 1976, s. 1269).

<sup>419</sup> 1. HD. T. 6.3.2002, E. 2001/10578, K. 2002/2892, (KBİBB.).

<sup>420</sup> 11. HD. T. 6.5.1997, E. 1997/920, K. 1997/3286 (KBİBB.). Tarafların kararlaştırdıkları avukatlık ücretinin çok fahiş olması ve böylece ekonomik özgürlüğün aşırı derecede ihlâl edilmesi hakkında diğer kararlar için bkz. 13. HD. T. 16.1.1996, E. 1996/10, K. 1996/80 (KBİBB.); 13. HD. T. 8.12.1995, T. 1995/11194, K. 1995/10999 (KBİBB.).

<sup>421</sup> **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr.180, 224; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 29; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 126; **Schwenzer**, s. 240; BGE 39 II 541, 546; OGer Basel-Land BJM 1973, 95, 98; BGHZ 136, 355; LG Bremen MDR 1974, 134 vd.

sözleşmelerinin oluştuğu sonucuna ulaşılmıştır<sup>422</sup>. Karara konu konu sözleşme hükümlerinin hiçbirisi tek başına kelepçeleme sözleşmeleri sonucunu doğuracak nitelikte değilken, hükümler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, akarkayıt istasyon bayiinin, petrol şirketine ekonomik olarak bağımlı hale gelmektedir<sup>423</sup>. Ekonomik olarak bağımlı hale gelen bayiinin kişinin, ekonomik özgürlüğü ve varlığı aşırı biçimde sınırlanmakta, ekonomik faaliyet özgürlüğü elinden alınmaktadır. Hatta istasyon sahibi, petrol şirketi bünyesinde yer alan bir kuruluş haline gelmektedir<sup>424</sup>.

Bazı hallerde kişinin ekonomik olarak bağımlılığının oluştuğunu kanun koyucu kendisi belirlemiştir. Örneğin hizmet sözleşmeleri on seneden fazla bir süre için yapılmış olsa bile, işçi, on sene geçtikten sonra her zaman kanunî süreye uymak kaydıyla sözleşmenin feshini ihbar edebilmektedir (BK.m.343, TBK.m.429). Kanundaki bu düzenlemeden dolayı fesih hakkını imkânsız kılan sözleşme yapılması mümkün değildir. Burada artık genel ahlâka aykırılığa gitmeye gerek yoktur. Çünkü böyle bir halde, kanundaki açık düzenlemeden dolayı hukuka aykırılık söz konusudur.

### c. Değerlendirme ve Görüşümüz

Kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelenen sözleşmeler neticesinde kişi ekonomik özgürlüğünü kaybetmekte, sözleşmenin diğer tarafına bağımlı hale gelmekte ve hatta onun elinde iradesiz bir alet haline gelmektedir. Alman, İsviçre ve Türk Yüksek Mahkemelerinin

<sup>422</sup> OGer Basel-Land BJM 1973, 95 vd.. Kararın tahlili için bkz. **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 227; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 29.

<sup>423</sup> Karara konu olan sözleşme istasyon sahibi aleyhine; sözleşmenin tek tarafı olarak petrol şirketi tarafından tayin edilmesi ve süresinin on yıl devam etmesi, istasyonda çalışacak olanları belirleme yetkisinin petrol şirketine ait olması, satılan şeylerin fiyatlarını belirleme yetkisinin petrol şirketine ait olması ve diğer petrol şirketlerinin ürünlerinin satışının yasak olması, istasyondaki reklam yeri ve vitrinlerinin kullanma yetkisinin petrol şirketinde olması, istasyonunun hergün yaz aylarında 17, kış aylarında 15 saat açık bulundurulması ve istasyonda önceden belirlenen miktarda petrol ürünleri satılması ve taraflar arasında işletme ve mali sorumluluk sigortası için petrol şirketinin kayıtlarının esas alınması gibi hükümler ihtiva etmektedir.

Benzer bir olay Alman imparatorluk mahkemesinin bir kararına konu olmuştur (RGZ 82, 308). Bu olayda da Alman-Amerikan ortaklığı petrol şirketi ile Alman petrol şirketi arasında 6,5 yıllığına (1 Temmuz 1907'den 1915'in sonuna kadar) yapılan anlaşmadaki hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde Alman petrol şirketinin diğer tarafa ekonomik olarak bağımlı hale geldiği kabul edilmiştir. Bölge eyalet mahkemesi taraflar arasındaki sadece iki hükmün genel ahlâka aykırı olduğuna hükmetmiş, ancak İmparatorluk mahkemesi bireysel maddelerin hiçbirinin emrdeki hükümleri ihlâl edecek boyutta olmadığını da belirtmekle birlikte, sözleşmenin bir bütün olarak genel ahlâka aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Taraflar arasındaki sözleşme ile Alman petrol şirketi, diğer tarafın iradesiz bir aleti haline gelerek ekonomik bağımlı duruma düşmüştür. Karar ayrıntıları ve kararın tahlili için bkz. **Scheuing**, s. 13 vd.; **Böhme**, s. 14; **Frowein**, s. 2 vd.; **Bauer-Mengelberg**, s. 42.

<sup>424</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 29.

kararlarında bu durum açıkça dile getirilmiştir<sup>425</sup>. Bahsedilen kararlara göre sözleşme ilişkisi, taraflardan biri için ekonomik özgürlüğün devri anlamına geliyorsa veya taraflardan birini, diğerinin keyfine tabi olma durumuna sokuyorsa yahut taraflardan biri için özgürlüğün özünü tehlikeye sokuyorsa, sözleşme ilişkisinin uzun olması kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı biçimde sınırlamış sayılır. Bu sınırlama ise BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) ve MK.m.23/II (Art. 27/II) ile bağdaşmaz<sup>426</sup>. Bahsedilen kararların bir kısmı özellikle sözleşme süresinin uzun olması halinde kelepçeleme sözleşmelerinin oluşup oluşmadığına yöneliktir. Ancak kararlarda, kişinin ekonomik özgürlüğünün devri, tehlikeye girmesi ve diğer tarafa bağımlı hale gelmesi gibi unsurların var olması halinde sözleşme süresinin uzunluğunun kelepçeleme sözleşmelerine sebebiyet vereceği vurgulanmıştır. Gerçekten de, bir sözleşmenin muhtevası eğer kişiyi ekonomik yönden ağır yükümlülükler altında koymuyorsa tek başına sözleşmenin uzunluğu kelepçeleme sözleşmeleri açısından incelenecek bir durum da yaratmaz<sup>427</sup>.

Ekonomik özgürlüğü aşırı derecede sınırlanan ve ekonomik olarak diğer tarafa bağımlı hale gelen kimsenin gerçek kişi olması zorunlu değildir. Bu prensipler tüzel kişiler için de geçerlidir<sup>428</sup>. Tüzel kişilerin amaçları doğrultusunda hukukî işlem, özellikle de sözleşme yapmaları gayet tabidir. Tabiatı gereği tüzel kişiler hukukî işlemlerini yetkili organları vasıtasıyla gerçekleştirebilirler. Eğer tüzel kişiliğin yetkili organları vasıtasıyla yaptıkları sözleşmelerle, tüzel kişiyi ekonomik olarak diğer tarafın keyfine tabi kılarırsa veya tüzel kişinin ekonomik özgürlüğü genel ahlâka aykırı şekilde sınırlanırsa, yapılan sözleşme kabul edilemez ve kelepçeleme sözleşmeleri meydana gelir<sup>429</sup>.

<sup>425</sup> BGE 114 II 159, 162; BGE 123 III 345 vd.; BGE 111 II 330, 337; BGE 104 II 6, 8 vd.; BGE 102 II 218. Benzer bir Yargıtay kararı için bkz. HGK. 11.2.1976, E. 1974/4-1088, K. 1976/209, (YKD. C. 2, S. 9, Y. 1976, s. 1269).

<sup>426</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 152; **Oktay**, Uzun Süreli, s. 223; **Oktay**, Karar, s. 491, 499; **Dural/Öğüz**, s. 139; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 276, 334; **Bucher**, OR AT, s. 263.

<sup>427</sup> **Oktay**, Karar, s. 499; **Oktay**, Uzun Süreli, s. 223; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 277, 334; **Bucher**, OR AT, s. 263; BGE 114 II 159, 163.

<sup>428</sup> **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 99; **Erman/Palm**, § 138, Nr. 128; **Künzler**, s. 142 vd.; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 24, dn. 36; **Bauer-Mengelberg**, s. 43; RGZ 82, 308; RGZ 130 145; BGE 114 II 159, 162; OGer Basel-Land BJM 1973, 95 vd.; Ayrıca konuya ilişkin detaylı çalışma için bkz. **Frowein**, s. 1 vd..

<sup>429</sup> **Oktay**, Karar, s. 499; **Scheuing**, s. 29 vd.; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 99; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 24, dn. 36; **Erman/Palm**, § 138, Nr. 128; RGZ 82, 308; RGZ 130 145; BGE 114 II 159, 162; OGer Basel-Land BJM 1973, 95 vd..

## 2. Süre

Kelepçeleme sözleşmelerinin varlığını tespitteki önemli kriterlerden biri de taraflar arasındaki sözleşme süresinin uzunluğudur<sup>430</sup>. Bir sözleşmenin süresinin uzun olması, kelepçeleme halinin varlığına delil teşkil edebilmekle birlikte, tek başına da yeterli olmayabilir. Bu durum her somut duruma göre ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken bir husustur.

Uzun süreli sözleşmelerin hem anî edimli, hem de sürekli borç ilişkilerinde görülmesi mümkündür<sup>431</sup>. Ancak sürekli borç ilişkilerinde süre konusu çok daha büyük öneme sahiptir<sup>432</sup>. Sürekli borç ilişkilerinde kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması bakımından uzun süreli sözleşmelerin ayrı bir yeri vardır. Bu sebeple önce anî edimli borç ilişkilerindeki duruma kısaca değinilmiş, sonra konu asıl olarak sürekli borç ilişkileri bakımından ele alınmıştır.

Mahiyeti gereği anî edimli borç ilişkilerinde genelde derhal ifa kuralı vardır. Ancak anî edimli sözleşmelerde derhal ifanın yerine uzun sürenin, ifa için ileri tarihli vade tayin edilmesi suretiyle gerçekleşmesi de mümkündür<sup>433</sup>. Bununla birlikte, kanaatimizce, anî edimli borç ilişkilerinde ifa için ileri tarihli vade tayin edilmesi nedeniyle sözleşme ilişkisinin uzun süreye sahip olması kelepçeleme sözleşmeleri açısından bir özellik arzemez<sup>434</sup>. Çünkü anî edimli borç ilişkisinde uzun sürenin varlığı BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) ve MK.m.23/II kapsamında ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanmasına sebep olmamaktadır. Şöyleki; anî edimli borç ilişkilerinde taraflar sözleşmeyi kurarken, muhtevasını ve çerçevesini belirledikleri ve hemen ifa etmek durumunda oldukları edim için ileri bir tarih tayin ederek aslında ifayı zamana yaymak suretiyle ifa yükümlülüğü altında olanın yükünü hafifletmektedir. Bu ise yükümlülük altına giren tarafın ekonomik özgürlüğünü aşırı derece sınırlamaz, bilakis ekonomik olarak onu rahatlatır. Vade çoğu zaman borçlu lehinedir. Durum böyle olmakla birlikte ani edimli borç ilişkisindeki ifa için uzun süre ve değişen şartlar sözleşme hükümlerini taraflardan biri için çekilmez hale getirirse, soruna nasıl bir çözüm

<sup>430</sup> **Böhme**, s. 16; **Bauer-Mengelberg**, s. 65; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 136; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 272; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 25.

<sup>431</sup> **Seliçi**, Özer: Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul 1977, s. 5; **Oktay**, Uzun Süreli, s. 210.

<sup>432</sup> Bkz. **Oktay**, Uzun Süreli, s. 211; **Seliçi**, s. 5; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 105.

<sup>433</sup> **Oktay**, Uzun Süreli, s. 210.

<sup>434</sup> Aynı yöndeki yaklaşım için bkz. **Oktay**, Uzun Süreli, s. 218-219; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 100, 106; Aynı anlama gelmek üzere **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 245.

üretilenektir? Doktrinde de ileri sürüldüğü üzere, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması müessesesi bu duruma çözüm olabilir<sup>435</sup>.

Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerde uzun sürenin ayrı bir yeri olup, buna bağlı olarak kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkabilmektedir. Daha önce de yüksek cezaî şart ihtiva eden sözleşmeleri örnek olarak verdiğimiz gibi, kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması için bir sözleşmenin mutlaka uzun süreye sahip olması da gerekli değildir<sup>436</sup>. Aynı şekilde bir sözleşmenin uzun süreli olması da tek başına kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelenmesine yol açmaz. Gerçekten de, uzun süreli sözleşmenin kelepçeleme sözleşmeleri olma sonucunu doğurabilmesi için, taraflardan birinin ekonomik özgürlüğü aşırı derecede sınırlanmalı ve diğer taraf bağımlı hale gelmelidir<sup>437</sup>. Ancak sözleşmenin uzun süreye sahip olması kelepçeleme sözleşmeleri açısından tek başına yeterli olmasa da önemli bir karine ve kriterdir.

Bir sözleşmenin kelepçeleme teşkil edecek anlamda uzun olması ile ne kadarlık bir zaman diliminin kastedildiği de açıklığa kavuşturulmalıdır. Amaca uygun biçimde bunlar belirli süre tayin edilmemiş ve belli bir süre tayin edilmiş sözleşmeler biçiminde bir genel ayırıma tabi tutulabilir. Belirli süre tayin edilmeyenler kendi içinde ömür boyu (Lebenszeit), sınırı çizilmemiş (unbegrenzte Dauer), ebedi (ewige) zaman dilimleridir. Diğerleri ise belli bir süre tayin edilmekle birlikte ölçsüz sayılabilecek kadar zaman içeren sözleşmeler teşkil eder<sup>438</sup>.

Zaman olarak sınırlandırılmamış, yani belli bir süre tayin edilmemiş sözleşmelerin geçerliliği hususunda kanunen bir yasak bulunmamaktadır<sup>439</sup>. Bununla birlikte, doktrin ve

---

<sup>435</sup> **Oktay**, Uzun Süreli, s. 219. Kaynağını MK.m.2'deki dürüstlük kuralında bulan sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması (clausula rebus sic stantibus) ilkesinin uygulamasının daha çok sürekli borç ilişkileri olduğu ayrıca ifade edilmelidir. Ancak sözkonusu ilkenin ani edimli borç ilişkilerinde de uygulanmasını engelleyen bir durum yoktur. Bu ilke hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 155 vd.; **Eren**, s. 436 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 1005 vd.; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 193-198.

<sup>436</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 25; Aksi fikir için bkz. **Eren**, s. 293.

<sup>437</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 151; **Oktay**, Uzun Süreli, s. 222; **Aynı Yazar**, Karar, s. 499; **Dural/Öğüz**, s. 139; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 277, 334 vd.; **Böhme**, s. 18; **Bydlinski**, Vertragsbindung, s. 25; **Falkner**, s. 21; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 244-245; HGK. 11.2.1976, E. 1974/4-1088, K. 1976/209, (YKD. C. 2, S. 9, Y. 1976, s. 1269).

<sup>438</sup> **Böhme**, s. 16-18. Benzer biçimde **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 127.

<sup>439</sup> Süresi belli olsa bile bazı sözleşmeler için Türk kanun koyucunun getirmiş olduğu fesih imkânları vardır. Örneğin hizmet sözleşmelerinin 10 yıldan fazla olması halinde feshine imkan veren BK.m.343 (**TBK.m.429/II**), vedia sözleşmeleri belirli süreli olsa bile emanet verenin her zaman fesih hakkının olduğunu belirten BK.m.466 (**TBK.m.564**) ve adi şirketi yaşam boyu olarak kararlaştırılmış olsa bile fesih hakkı veren BK.m.535 (**TBK.m.640**). Bkz. **Oktay**, Uzun Süreli, s. 216. İsviçre Hukunda bazı sözleşmeler için getirilmiş fesih imkanları hakkında bilgi için bkz. **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr.217; Alman hukukundaki durum hakkında özlü bilgi için bkz. **Großfeld**, Bernhard / **Gersch**, Hans-Georg: Zeitliche Grenzen von privaten Schuldverträgen, JZ 1988, s. 937 vd..

mahkeme içtihatlarına göre bunlar genel ahlâka aykırı ve geçersizdir<sup>440</sup>. Bu tür sözleşmelerin bahsedilen sonucu doğurabilmesi için, muhteva bakımından kelepçeleme sözleşmelerin de aranan özellikleri asgarî seviyede olsa taşımaları gerekir<sup>441</sup>. Bununla birlikte bir sözleşme ne kadar uzun olursa, kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması da o kadar kolay olur<sup>442</sup>.

Belli bir süre tayin edilmek suretiyle uzun süreli sözleşmelerin yapılmasına kural olarak hukuken bir engel yoktur. Ancak uzun süre sebebiyle kelepçeleme sözleşmeleri oluşması, sözleşmenin tipine ve somut olayın özel şartlarına bağlıdır<sup>443</sup>. Uzun süreye ilişkin Alman ve İsviçre doktrin ile yargı içtihatlarındaki en popüler konu bira teslimi (Bierlieferungsvertrag) sözleşmeleridir<sup>444</sup>. Gerek İsviçre Federal Mahkemesi, gerek Alman Federal Mahkemesi kararlarına göre, bira teslimi sözleşmeleri ve benzeri temin (tedarik) sözleşmeleri en fazla 15 veya 20 yıl kadar uzunlukta olabilir<sup>445</sup>. Bu süreleri aşan ve edimler dengesi gibi hususlarda da kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede tehlikeye sokan sözleşmeler genel ahlâka aykırıdır ve kelepçeleme sözleşmelerinin oluşmasına sebep olur<sup>446</sup>. Buna mukabil genç bir sporcunun bir kulübe bağlılığında sürenin uzunluğunu tespit açısından

<sup>440</sup> **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 127; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 392; **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 131; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 275; **Schwenzer**, s. 240; **Oktay**, Uzun Süreli, s. 230; **Bauer-Mengelberg**, s. 81 vd.; RG JW 1927, 119; BGHZ 68, 1,5; BGH NJW 1979, 2150,2151; BGE 25 II 450; BGE 25 II 473, 478; BGE 93 II 300, BGE 97 II 399; BGE 107 II 217 vd.; Altmışüç yıllığına yapılmış bir sözleşmenin ebedi sayılacağı ve bunun kabul edilemeyeceği yönündeki karar için bkz. BGE 113 II 209, 211. Aynı şekilde bir Yargıtay kararına göre de, temsilcinin temsil olunanın taşımazlarını 50 ve 100 yıl gibi sürelerle kiraya vermesi, temsil olunanın yaşı da göz önüne alındığında kabul edilemeyecek kadar uzundur. Bkz. 13. HD. T. 3.10.1995, E. 1995/6697, K.1995/8386 (KBİBB.). Bununla birlikte İsviçre Federal Mahkemesinin ömür boyu bağlılık getiren sözleşmelerin ilke olarak geçerli olduğunu belirten kararları da vardır. Bkz. BGE 56 II 189 vd.; BGE 75 III 114 vd. Kural olarak bu sözleşmelerin geçerli olduğu yönündeki görüş için bkz. **Bydlinski**, Vertragsbindung, s. 33; **Mayer-Maly**, Sitten, s. 167.

<sup>441</sup> Aynı yöndeki yaklaşım için bkz. **Bauer-Mengelberg**, s. 81.

<sup>442</sup> **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 274; BGH WM 1970, 99, 101.

<sup>443</sup> **Jauernig/Jauernig**, § 139, Nr. 11; **Schwenzer**, s. 240; **Falkner**, s. 20-21; **Mayer-Maly**, Sitten, s. 167; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73; BGHZ 143, 115 vd.. Somut olayda taraf menfaatlerinin de dikkate alınması yönünde bir karar için bkz. BGE 130 III 495, 503.

<sup>444</sup> Bira teslim sözleşmeleri (Bierlieferungsvertrag) Avrupa hukuk sistemleri içinde önemli bir yer tutmaktadır. Bu sözleşmelerde bira üreticisi ile genelde lokanta veya büfe arasında uzun bir süre için bira teslimi öngörülmektedir. Bu sözleşmeler hakkında ayrıntılı bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **Streit**, Joachim: Die Nichtigkeit, Sittenwidrigkeit und Aufhebbarkeit von Bierlieferungsverträgen unter Berücksichtigung des deutschen und europäischen Kartellrechts Trier 2001, s. 1 vd.; **Götz**, Detlef: Der Anschluß-Bierlieferungsvertrag, BB 1990, s. 1217 vd.; **Hiddemann**, Hans-Joachim: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bierlieferungsvertrag, WM 1975, s. 942 vd..

<sup>445</sup> BGHZ 74, 293; NJW 92, 2145; BGH NJW 72, 1459; BGH NJW 85 2695; BGE 42 II 233; BGE 93 II 300. Doktrinde bu sürelerin 10 yıl ile sınırlı olmasının isabetli olacağı yönünde görüşler vardır. Bkz. **Köhler**, s. 186.

<sup>446</sup> **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 127; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 81; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12, § 139, Nr. 11; **Falkner**, s. 20-21; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 274; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 75; **Hiddemann**, s. 942 vd.; Ayrıca Alman Federal Adalet Mahkemesinin konuya ilişkin önceki ve sonraki yaklaşımı ve bunun hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **Streit**, s. 76 vd.; **Götz**, s. 1218 vd.. Bira teslim sözleşmesinde uzun süre ile birlikte mahkeme kararları ışığında sözleşmedeki faiz oranına, cezaî şart miktarına, bira üreticisinin taşıdığı risikoya ve benzeri hallere bakılması gerektiği hususunda ayrıntılı bir liste için bkz. **Bürge**, Alfons: Rechtsdogmatik und Wirtschaft, Berlin 1987, s. 33-34.

15 veya 20 yıl çok uzundur. Gerçekten de, sporcunun aktif spor yapabileceği zaman dilimi onun meslekî açıdan ömrü sayılır. Bu sebeple böyle bir sözleşmedeki uzun süre kavramının dar yorumlanması gerekir<sup>447</sup>.

Yukarıdaki iki örnekte de görüldüğü üzere, uzun sürenin genel ahlâka aykırılık boyutuna ulaşması hususunda bütün sözleşmeleri kapsayan biçimde genel bir süre tespiti yapmak mümkün değildir<sup>448</sup>. Yani sözleşme tiplerine bağlı olarak uzun süre kavramı ile ifade edilmek istenen zaman dilimi değişmektedir<sup>449</sup>. Sözleşme tiplerine bağlı uzun süre konusu burada ayrıntılı ele alınmamış, bunun yerine aşağıda sözleşme tiplerinin incelendiği kısımda ilgili sözleşme tiplerine bağlı olarak konuya değinilmiştir.

Uzun süreli sözleşmelerde kelepçelemenin varlığını kabuldeki en önemli noktalardan biri de sözleşmenin feshi imkânının bulunmaması veya önemli ölçüde kısıtlanmasıdır<sup>450</sup>. Gerçekten de, bir sözleşmede fesih imkânı önemli ölçüde kısıtlanmamışsa, taraflardan biri kendisi için ağır bir yükümlülük getiren ve onu karşı tarafa bağımlı hale sokan sözleşmeden kurtulma hakkına sahiptir. Böyle bir hakkın olduğu yerde ise, kelepçeleme sebebiyle sözleşmenin geçersiz kılınmasına gerek kalmaz.

Sonuç olarak, sözleşmedeki uzun süre, kelepçeleme sözleşmelerinin oluşmasına çoğu zaman yetmez ve onun ekonomik bağımlılık hali ile tamamlanması gerekir<sup>451</sup>. Yani bir sözleşmenin uzun süreli olması ile birlikte kişinin ekonomik özgürlük alanında ölçsüz bir risk altına girip girmediğine, diğer tarafa bağımlı hale gelip gelmediğine bakılması gerekir. Nitekim İsviçre Federal Mahkemesi kararlarında da bu konu açık biçimde ifade edilmiştir<sup>452</sup>. Yukarıda da yer verilen, yargı kararlarında, kişinin ekonomik özgürlüğünün devri, tehlikeye

<sup>447</sup> **Bucher**, OR AT, s. 262; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 26; **Gauch/Schluop/Schmid**, s. 130; BGE 102 215 vd..

<sup>448</sup> **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73; **Falkner**, s. 21; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 272; **Großfeld/Gersch**, s. 940, 946.

<sup>449</sup> **Falkner**, s. 21; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 272; **Böhme**, s. 18; **Großfeld/Gersch**, s. 940, 946; BGH NJW 1995, 2350, 2351; BGH DB 1982, 847; OLG Hamm, NZG 1999, 1101 vd..

<sup>450</sup> **Bydlinski**, Vertragsbindung, s. 33, 34. Ayrıca yazar eserinde konuya ilişkin geniş tartışmalara da yer vermiştir (s. 8 vd.); **Mayer-Maly**, Sitten, s. 167; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 272; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; **Bauer-Mengelberg**, s. 81; **Kötz**, s. 214; **Riemer**, s. 140; Aynı sonuca gelmek üzere doktrinde verilmiş bir örnek ise şöyledir: "... Bir lisans sözleşmesi çok uzun süreli yapılmış olsa da eğer sözleşme ile devir imkânı da getirilmişse bu durumda sözleşmenin uzun süreli olmasının özgürlüğü kısıtladığı söylenemeyecektir" Bkz. Cherpillod, İ: La Fin des Contrats de Duree, Lausanne 1994, s. 37, Nr. 60 (**Oktay**, Uzun Süreli, s. 222, dn. 51'den naklen).

<sup>451</sup> **Falkner**, s. 20-21; Benzer yaklaşım için bkz. **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 45; **BSK ZGB I/ Aynı Yazar**, Art. 27, Nr. 10; **Böhme**, s. 18; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, 277, 334 vd.; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 151; **Bucher**, OR AT, s. 263; **Oktay**, Uzun Süreli, s. 222; **Aynı Yazar**, Karar, s. 499; **Dural/Öğüz**, s. 139; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 244-245; BGE 93 II 300; BGE 104 II 110; BGE 114 II 159, 162; OLG Hamm, NZG 1999, 1101 vd.; HGK. 11.2.1976, E. 1974/4-1088, K. 1976/209, (YKD. C. 2, S. 9, Y. 1976, s. 1269).

<sup>452</sup> BGE 114 II 159, 162-163; BGE 123 III 345 vd.; BGE 111 II 330, 337; BGE 104 II 6, 8 vd.; BGE 102 II 218; RG JW 1927, 119; Benzer bir Yargıtay kararı için bkz. HGK. 11.2.1976, E. 1974/4-1088, K. 1976/209, (YKD. C. 2, S. 9, Y. 1976, s. 1269).

girmesi ve diğer tarafa bağımlı hale gelmesi gibi unsurların var olması halinde sözleşme süresinin uzunluğunun kelepçeleme sözleşmelerine sebebiyet vereceği vurgulanmıştır. Gerçekten de, bir sözleşmenin muhtevası eğer kişiyi ekonomik yönden ağır yükümlülükler altında bırakmıyorsa tek başına sözleşmenin uzunluğu kelepçeleme sözleşmeleri açısından incelenecek bir durum da yaratmaz<sup>453</sup>. İncelemede yer verilen göstermektedir ki, kelepçeleme sözleşmeleri için mutlak kriter olan “ekonomik özgürlüğün ve varlığın tehlikeye girmesi” olmadan diğer önemli bir kriter olan sözleşme süresinin uzun olması tek başına bir anlam ifade etmemektedir.

### 3. Diğer Kriterler

#### a. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Oluşmasında Dikkate Alınabilecek Diğer Kriterler

Ekonomik özgürlüğün aşırı derecede tehlikeye girmesini tespitinde dikkate alınabilecek durumlardan biri de sözleşmedeki edim-karşı edim dengesidir<sup>454</sup>. Doktrinde bu durum “*uygun karşı edim = adäquate Gegenleistung*” şeklinde de ifade edilmektedir<sup>455</sup>.

Herşeyden önce belirtmek gerekir ki, edimler arasındaki dengesizlik tek başına kelepçeleme sözleşmelerinin oluşumuna sebep olabilecek bir kriter değildir<sup>456</sup>. Daha çok edimler arasındaki dengesizlikle birlikte sözleşmenin diğer şartları bütün olarak

<sup>453</sup> Oktay, Karar, s. 499; Aynı Yazar, Uzun Süreli, s. 223; Falkner, s. 20-21 Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 151; Berner Komm/Bucher, ZGB Art. 27, Nr. 277, 334; Bucher, OR AT, s. 263; BGE 114 II 159, 163;

<sup>454</sup> BSK ZGB I/Huguenin, Art. 27, Nr. 15; BSK OR I/Aynı Yazar, Art.19-20, Nr. 45; Illedits, s. 93; Giger, Rechtsfolgen, s. 72-73; OR Komm/Dasser, Art. 19, Nr. 18; Soergel/Hefermehl, § 138, Nr. 118, 127; Bucher, OR AT, s. 262; Başpınar, Kelepçeleme, s. 26; Mayer-Maly, Sitten, s. 167; Künzler, s. 47; Rummel Komm/Krejci, § 879, Nr. 81e, 90; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 99; Gauch/Schluop/Schmid, s. 130; Münchener/Armbrüster, § 138, Nr. 71, 75; Großfeld/Gersch, s. 940; BGHZ 22, 347; BGHZ 83, 313, 317; BGH NJW 1992, 2145, 2146; BGE 114 II 159, 161; BGE 107 II 216 vd.; BGE 51 II 301; BGE 84 II 13. İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararında borçlunun ekonomik özgürlüğünün sınırlanmasının genel ahlâka aykırı olması için onun ekonomik geleceğinin tehlikeye düşürülmüş olması gerektiği, bunu tespitinde ise borçlunun ediminin karşılığının bulunup bulunmadığının büyük önemi olduğu ifade edilmiştir. Benzer bir Yargıtay kararında da zaman sınırlaması kabul edilemeyecek kadar uzun olduğu ve kira parasının ise çok düşük miktarda tespit edildiği ve herhangi bir artırım da öngörülmediği bundan dolayı da edim dengelerinin bozulduğu belirtilmiştir. Bkz. 13. HD. T. 3.10.1995, E. 1995/6697, K.1995/8386 (KBİBB.).

<sup>455</sup> Bucher, OR AT, s. 263; Bucher, bu kavramı rekabet etme yasağı bağlamında kullanmış olsa da, kavramın, kelepçeleme sözleşmelerinin bütünü açısından genelleştirilmesinde bir sakınca görmüyoruz. Aynı yönde bkz. Giger, Rechtsfolgen, s. 72.

<sup>456</sup> Yazar konunun tartışmalı olduğunu belirtmekle birlikte üstü örtülü biçimde bu görüşü savunmaktadır. Bkz. Atamer, s. 155.



değerlendirildiğinde kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkabilir<sup>457</sup>. Ancak edimler arasındaki açık dengesizlikle birlikte diğer özel şartların da oluşması halinde konunun gabin<sup>458</sup> hükümleri (BK.m.21, TBK.m.28, Kanundaki tabir “aşırı yararlanma”dır) çerçevesinde ele alıp çözümlenmesi gerekir<sup>459</sup>. Gerçekten de Türk ve İsviçre hukuk sistemlerinde kelepçeleme sözleşmeleri ile gabin arasında belirgin fark vardır. Özellikle gabinin oluşum aşaması kelepçeleme sözleşmelerinden önemli ölçüde ayrılır. Zira gabinin oluşumunda, taraflardan birinin özel durumunun (müzayaka, hiffet, tecrübesizlik) diğeri tarafından istismar edilmesi, sömürülmesi (subjektif unsur) sözkonusudur<sup>460</sup>. Kelepçeleme sözleşmeleri ise sözleşmenin oluşum aşamasındaki subjektif durumlara göre değil, yapılan sözleşme neticesinde ortaya çıkan durumlara göre değerlendirilir<sup>461</sup>. Yine kelepçeleme sözleşmelerinde kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanmış olup olmadığına bakılması gerekirken, gabin halinde bu durumun oluşması zarurî değildir ve bireysel olayda sözleşmenin diğer tarafının özel durumunun istismar edilmiş olması yeterlidir. İstismar sonucunda kişinin ekonomik olarak yıkıma uğrayıp uğramadığının da bir önemi yoktur. Ayrıca kelepçeleme sözleşmeleri ve gabin arasında müeyyide farkı da vardır. Gerçekten de, kelepçeleme sözleşmeleri butlan müeyyidesine, gabin ise iptal edilebilirlik müeyyidesine (BK.m.21/II, TBK.m.28/II) ile tabidir<sup>462</sup>.

<sup>457</sup> **Bauer-Mengelberg**, s. 78 vd.; **Böhme**, s. 23-24; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 247; RGZ 64, 181.

<sup>458</sup> Gabin konusunda detaylı bilgi için bkz. **Kalkan**, Burcu: Türk Hukukunda Gabin, İstanbul 2004. s. 1 vd.. **Aslan**, Mine Çiğdem; Gabinin Unsurları ve Hukukî Sonuçları, Ankara 2006, s. 1 vd.; **Elbir**, Halid Kemal: Gabinin Unsurları, İBD, S. 25 Y. 1951, s. 1 vd.; **Özden**, Bülent; Türk Hususî Hukukunda Gabin, İBD, Y. 1991, C. 2, s. 509 vd. **Üçer**, Mehmet: Roma Hukuku’nda Laesio Enormis ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Gabin, AÜHFD, Y. 2005, C. 54, S. 4, , s. 521 vd.

<sup>459</sup> **Atamer**, s. 155; **Kalkan**, s. 55; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr.205; **Schwenzer**, s. 242; **von Tuhr/Peter**, s. 260; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 112; **Hönn**, Günther: Kompensation gestörter Vertragsparität, München 1982, s. 146. Edimler arasındaki dengesizliğin kelepçeleme sözleşmelerinin oluşmasına sebebiyet vermeyeceği görüşü için bkz. **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 134. Ancak yazarlar bir istisna olarak kefalet sözleşmelerinde genel ahlâka aykırılığın oluşabileceği görüşündedirler (s.134).

<sup>460</sup> **Kalkan**, s. 53, 128 vd.; **Atamer**, s. 165; **Üçer**, s. 536; **Özden**, s. 521; **Aslan**, s. 75; **Oğuzman/Öz**, s. 113, 114; **Eren**, s. 380, 381; **Ayan**, s. 143; **Reisoğlu**, s. 136; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 170; BGE 95 II 57; Yargıtay kararında da bu durum aynen, “Bir sözleşmenin karşılıklı edimleri arasında açık ve aşırı fark bulunması gabinin tüm koşullarıyla oluştuğunun kabulü için yeterli değildir. Buna ilaveten 21. Maddede sayılan ve subjektif öge olarak nitelendirilen hallerden biri ile karşı karşıya bulunan kişinin durumundan bilerek yararlanma olgusu da gerçekleşmelidir” şeklinde ifade edilmiştir. Bkz. HGK. T. 11.12.1991, E. 1991/1-557, K. 1991/637 (KBİBB.).

<sup>461</sup> Gerçekten de doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, bir sözleşmenin kelepçeleme sözleşmeleri sonucunu doğurması için gabinden farklı olarak tarafların subjektif olarak bir kastının olup olmaması önemli değildir. Kelepçeleme sözleşmelerinde esas olan kişinin ekonomik özgürlüğünün korunmasıdır. Dolayısıyla bir sözleşme muhteva olarak objektif anlamda kelepçeleme hali meydana getiriyorsa, diğer subjektif durumların önemi yoktur. Bkz. **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 117.

<sup>462</sup> Bu fark için bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 172. Ayrıca gabinde, sözleşmenin tam iptali yerine, zarar görenin borçlandığı aşırı edimin uygun düzeye indirilmesi suretiyle sözleşmenin ayakta tutulması gerektiği savunulmaktadır. Ayrıntı ve değerlendirme için bkz. **Buz**, Vedat: Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması, BATİDER, XIX (1998), S. 4. s. 53 vd.. Alman hukukunda Türk ve İsviçre hukuklarından farklı olarak gabinin müeyyidesi de butlandır (§ 138/II BGB).

Yukarıdaki açıklamalardan da anlaşılacağı üzere, burada bahsedilen edim-karşı edim dengesi kanunda özel olarak düzenlenen gabinin dışında kalan durumlara ilişkindir<sup>463</sup>. Bundan dolayı da “*uygun karşı edim*” kavramı açıklanmak istenen müessesiyi gabinden de ayırması bakımından daha iyi ifade etmektedir. Ancak hemen belirtelim ki, kelepçeleme sözleşmelerinde kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanmış olması gerektiği için, kelepçeleme sözleşmelerinde aranan edimler arası dengesizliğin gabindekinden daha aşırı boyutta olması muhtemeldir<sup>464</sup>.

Uygun karşı edim kriteri aslında daha çok uzun süreli sözleşmelerde uygulama alanı bulmaktadır<sup>465</sup>. Çünkü edimler arasındaki orantısızlığın etkisi sözleşme süresinin uzun olması halinde daha fazla hissedilir hale gelir. Bununla birlikte, doktrinde haklı olarak belirtildiği üzere, sınırı hiç çizilmemiş veya ömür boyu geçerli olan sözleşmeleri kelepçeleme sözleşmeleri açısından değerlendirirken borçlunun edim yüküne bakmanın fazla bir gereği yoktur<sup>466</sup>. Çünkü böyle bir sözleşme tek başına dahi kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayacak boyuttadır. Ancak yine de sözleşmelerde sınırı çizilmemiş uzun sürenin mutlak bir geçersizlik hali olmaması sebebiyle, somut olayın özel şartlarını da değerlendirmek hukuk güvenliği açısından isabetli olur<sup>467</sup>.

Uygun karşı edim kriteri rekabet etme yasakları bakımından ayrı bir öneme sahiptir. Rekabet etme yasaklarında, rekabet etmeme yükümlülüğü altında olan kişinin menfaatleri ile

<sup>463</sup> Aynı anlama gelmek üzere bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 172-173; **Kalkan**, s. 55; **Elbir**, s. 4. Yargıtay kararlarında ise gabin ile genel ahlâka aykırılığın bir arada kullanıldığına da şahit olmaktayız. Bkz. 19. HD. T. 20.06.2005, E. 2005/2795, K. 2005/6854; 11. HD. T. 13.12.2004, E. 2004/3114, K. 2004/12275; HGK. T. 8.12.2004, E. 2004/11-729, K. 2004/652 (KBİBB.).

<sup>464</sup> Örnek ve değerlendirmeler için bkz. **Atamer**, s. 155; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr.205; **Schwenzer**, s. 242; **Sungurbey**, s. 59; BGE 93 II 189, 191. İsviçre Federal Mahkemesinin önceki görüşleri ise aksi yönde idi. Bkz. BGE 43 II 803, 806; BGE 51 II 162, 169; Bu yönde yeni bir kararı da bulunmaktadır. Bkz. BGE 115 II 232, 236.

<sup>465</sup> Konu hakkındaki değerlendirmeler için bkz. **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 127; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72. Yargıtayın bir kararında da çok uzun süre için yapılmış olan sözleşmenin edimler arasındaki oranına vurgu yapılmış ve sözleşme bir bütün halinde değerlendirilerek, onun geçersizliğine karar verilmiştir. Söz konusu kararda aynen “... sözleşmenin kurulması anında tarafların edim dengeleri arasında işlem temelinin çökmesine neden olacak güçte açık nisbetsizlik görülmektedir. En önemlisi edanın kıymeti; bunun yerine getirilmesi için katlanılması gereken giderlere oranla işlemdeki umumî teamüle nazaran manasız ve cüz’idir. Kaldı ki, doğru ve makûl kimselerin asgarî düzeydeki görüşleri dahi böyle bir sözleşme yapılmasını öngörmez. Hal böyle olunca; ekonomik özgürlüğü kabul edilemeyecek derecede, olağanüstü sınırlandıran, dolaylı da olsa kaldıran, kişinin ekonomik yönden mahvına mucip olan bir akdin varlığını kabul kaçınılmaz olmaktadır” denmektedir. Bkz. 13. HD., T. 3.10.1995, E. 1995/6697, K.1995/8386 (KBİBB.).

<sup>466</sup> **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 127; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73.

<sup>467</sup> Örneğin 70 yaşında bir kişinin yaptığı sözleşmeyle ömür boyu taahhüt altına girmesi, 30 yaşındaki birisinin ömür boyu taahhüt altına girmesi aynı sonuçları doğurmamalıdır.

buna karşılık yüklendiği edim ölçülmeli ve değerlendirilmez<sup>468</sup>. Burada edimler arasındaki uygunsuzluk, oransızlık kelepçeleme sözleşmelerinin varlığını kabulde önemli bir etkidir.

Netice olarak, sözleşme taraflarından ekonomik özgürlüğü tehlikeye girenin yükümlülüğü ne kadar ağır, buna karşılık elde ettiği edim az ise, kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması ihtimali de o kadar artar<sup>469</sup>.

Uygun karşı edim haricinde de kelepçeleme sözleşmelerinin oluşumuna etki eden hususlar vardır. Yukarıda muhteva itibariyle zaman zaman temas edilen, fakat burada bir başlık altında zikredilebilecek olan husus, *borçlunun kişisel durumudur*<sup>470</sup>. Bununla kastedilen, öncelikle kanun önüne tarafların eşitliği ilkesi gözetilmek kaydıyla, yükümlülük altına giren kişinin, yaşı<sup>471</sup>, bilgisi, mesleği, hayat tecrübesi gibi hususların da göz önünde bulundurulmasıdır<sup>472</sup>. Bahsedilen kriterler kelepçeleme sözleşmelerinin oluşumuna doğrudan sebep olmazlar. Bunlar ancak kişinin ekonomik özgürlüğünün veya varlığının aşırı derecede tehlikeye girmesi kriterinin oluşmasına etki ederler<sup>473</sup>. Örneğin, genç bir sporcunun klübü ile yapmış olduğu sözleşmede, sözleşmenin süresi ve onun ekonomik özgürlüğünün sınırlanıp sınırlanmadığı normal bir insanın ömrü ve ekonomik geleceği değil, bir sporcunun aktif spor ömrü esas alınarak incelenmelidir<sup>474</sup>. Dolayısıyla, örnekte de görüldüğü üzere, somut olay borçlunun kişisel durumunu dikkate almayı gerekli kılabılır. Aynı şekilde borç altına giren tarafa göre diğer tarafın açıkça üstün ve güçlü olduğu durumlarda, yapılan sözleşme yorumlanırken, güçlü olan tarafın diğer tarafa bir takım sözleşme hükümlerini dikta ettirdiği gerçeği göz önünde bulundurulmalıdır. Hizmet sözleşmelerinde bu gibi durumlara sıkça rastlanır<sup>475</sup>.

<sup>468</sup> **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73; Krş. **Bauer-Mengelberg**, s. 73; **Akipek/Akıntürk**, s. 397, 398; **Künzler**, s. 127.

<sup>469</sup> Aynı anlama gelmek üzere bkz. **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 127; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 274; **Akipek/Akıntürk**, s. 397. Yazarlar bu durumu tersinden şu şekilde izah etmektedirler: Kişinin ekonomik özgürlüğü sınırlanırken buna karşılık uygun bir menfaat sağlamaktadır. Bu ise onun varlığının ve yaşama imkânlarının bertaraf edilmesini engellediğinden dolayı çoğu kez sınırlamanın genel ahlâka aykırılığı ortadan kalkmaktadır (s. 397, 398, 399). BGH NJW 1974, 2089; BGHZ 54 145, 156; BGH GRUR 1970, 195.

<sup>470</sup> **Bauer-Mengelberg**, s. 71 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 248. Kelepçeleme sözleşmelerinin var olup olmadığını tespit için sözleşmenin bütünü göz önünde bulundurulması gerektiğini daha önce ifade etmiştik (Bkz. § 7, III, B, 1, b). İşte sözleşmenin bütünü kavramını geniş yorumlayacak olursak, aslında sözleşme taraflarının kişisel durumları da bunun içine girebilir. Aynı anlama gelmek üzere bkz. **Böhme**, s. 33; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 124, 130.

<sup>471</sup> Sözleşmede ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlandığı kabul edilen Yargıtay kararında taraflardan birinin yaş durumu dikkate alınmıştır. Bkz. 13. HD. T. 3.10.1995, E. 1995/6697, K.1995/8386 (KBİBB.).

<sup>472</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 248; Benzer yönde **Bauer-Mengelberg**, s. 73, 74. Bu yöndeki İsviçre Federal Mahkemesi kararı için bkz. BGE 104 II 108.

<sup>473</sup> Krş **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 248, 249.

<sup>474</sup> Krş. **Bucher**, OR AT, s. 262; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 26; **Gauch/Schluep/Schmid**, s. 130; BGE 102 215 vd..

<sup>475</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 281.

## b. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Oluşmasına Etki Etmeyen Kriterler

Bir sözleşmenin kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelendirilebilmesi için, objektif durumlar yeterli ise, sözleşmedeki subjektif hususlara bakmanın gereği yoktur<sup>476</sup>. Bu cümleden olarak özellikle kelepçeleme sözleşmeleri için sözleşme taraflarından birinin karşı tarafa zarar verme kastının olması aranmamaktadır<sup>477</sup>. Aynı şekilde sözleşmenin diğer tarafını ekonomik olarak yıkıma uğratan kişinin, böyle bir bilinç içinde olup olmamasının da kelepçeleme sözleşmeleri açısından bir önemi yoktur<sup>478</sup>. Ancak bazı somut olayların özelliğinden dolayı sözleşmelerde tarafların yaşı, bilgisi gibi subjektif hususların da hakkaniyet ve adalet duygusu gereğince göz önünde bulundurulması gerekebilir.

Kelepçeleme sözleşmelerini tespitite, sözleşmedeki mutabakat eksiklikleri ve sözleşme taraflarının irade noksanlığı gibi hususlar da dikkate alınmaz<sup>479</sup>. Bunların her biri ayrı hukukî müesseseler olarak ilgili kanunî düzenlemelerde çözüme kavuşturulmuştur.

## § 8. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN GÖRÜLDÜĞÜ ALANLAR

Kelepçeleme sözleşmelerini tespitite mutlak ve her olaya birebir uyan bir kriterin olmadığını, ancak genel bir çerçeve çizen kriterler konabileceğini ve bunların da somut sözleşme tipleri ve olaylarla desteklenerek konunun daha anlaşılabilir hale geleceği daha önce belirtilmişti. Bir önceki bölümde (§ 7) kelepçeleme sözleşmelerini tespit için genel kriterlere yer verilmişti. Bu bölümde ise, birçok sözleşmede yer alan rekabet yasağı ve cezaî şart konuları ve kelepçeleme sözleşmelerinin yaygın olarak görüldüğü sözleşme tipleri ayrı başlıklar halinde ele alınmış ve mahkeme kararları ile de desteklenmiştir.

<sup>476</sup> **Erman/Palm**, § 138, Nr. 128; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 117; **Flume**, *Rechtsgeschäft*, s. 372 vd.; **Mayer-Maly**, *Bewußtsein*, s. 25 vd.; **Falkner**, s. 36; **Lindacher**, Walter F.: *Grundsätzliches zu § 138 BGB*, AcP 173 (1973), s. 125 vd.; **Esser**, Josef: § 138 BGB und die Bankpraxis der Globalzession, ZHR 135 (1971), s. 330 vd.

<sup>477</sup> **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39.; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 61; **Erman/Palm**, § 138, Nr. 128. **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 117; **Flume**, *Rechtsgeschäft*, s. 372 vd.; BGH NJW 93, 1587, 1588. Aksi görüş için bkz. **Serick**, Rolf: *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, B. III, Heidelberg 1970, § 30 VII 4, s. 91.

<sup>478</sup> **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 61, 259; **Flume**, *Rechtsgeschäft*, s. 372 vd.; **Mayer-Maly**, *Bewußtsein*, s. 25 vd.; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 289. Ancak yazar, bu durumu daha geniş bir kavram olan “*saik = Beweggrund*” ile ifade etmektedir. BGHZ 94, 268, 272 vd.; BGH NJW 1988, 1373, 1374; BGH NJW 1993, 1587, 1588; BGH NJW 1988, 1373, 1374; BGHZ 146, 298, 301. Aksi fikir **Serick**, III, § 30 VII 4, s. 91; **Westermann**, s. 28 vd..

<sup>479</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 289.

## I. Birçok Sözleşmede Ortak Biçimde Kelepçeleme Sözleşmelerine Sebep Olan Haller

Rekabet yasağı ve cezaî şart birçok sözleşmede bir hüküm olarak yer almakta ve yükümlülük altına giren tarafın ekonomik özgürlüğü ve geleceğinin yıkımına sebep olabilmektedir. Aslında rekabet yasağı ve cezaî şart konularına her bir sözleşme incelenirken değinilmesi de mümkündür. Ancak, biz bahsedilen konular hakkında toplu bir bakış açısı sağlanabilmesi için, bunları önlâna çıkartmayı ve ayrı başlık altında incelemeyi uygun buluyoruz. Ayrıca bu şekildeki tasnif, bu iki konudaki genel ahlâka aykırılığa uygulanacak yaptırım bakımından diğer hususlardan farklılık arzemesinden dolayı incelememizin anlaşılabilirliğini kolaylaştırmaktadır<sup>480</sup>.

### A. Rekabet Yasağı Şartı veya Rekabet Yasağı Sözleşmeleri

Kelepçeleme sözleşmelerinin en sık görüldüğü alanlardan biri de rekabet yasaklarıdır<sup>481</sup>. Bir kimsenin, gerek sözleşme devam ederken, gerek sözleşme sona erdikten sonra kendisine (genelde) taahhüt edilen belli bir bedel (taviz) karşılığında, bir diğerinin icra ettiği türden iş ve ticaretle uğraşmamayı kabul etmesi<sup>482</sup> olan rekabet etme yasağı, sözleşmelerde yer alan “şart-kayıt = Konkurrenzklausele” şeklinde olabileceği gibi, bağımsız sözleşmelere de konu olabilmektedir. Rekabet ve kartel hukuku alanında görülen rekabet yasakları bağımsız sözleşmelere konu olurken, hizmet, ortaklık, kira ve benzeri alanlarda görülen ve kelepçeleme sözleşmelerini yakından ilgilendiren rekabet yasakları ise, sözleşme şartı olarak kendini göstermektedir<sup>483</sup>.

<sup>480</sup> Bu hususlara uygulanacak yaptırımı için bkz. § 9, II, B.

<sup>481</sup> Köhler, s. 186-187; Bauer-Mengelberg, s. 43, 66; Giger, Rechtsfolgen, s. 73; Soergel/Hefermehl, § 138, Nr. 163 vd.; Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 245; BSK ZGB I/Huguenin, Art. 27, Nr. 17; Akipek/Akıntürk, s. 397; Schwenger, s. 240; Larenz/Wolf, § 41, Nr. 32 vd.; Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo, s. 99; Gauch/Schluep/Schmid, s. 130; Hausheer/Aebi-Müller, s. 136,137; Künzler, s. 126; Koller, A., s. 227; von Tuhr/Peter, s. 260; Başpınar, Kelepçeleme, s. 19, 24; Staudinger/Sack, § 138, Nr. 297; Bucher, OR AT, s. 261.

<sup>482</sup> Tanımlar için bkz. Künzler, s. 126; Akipek/Akıntürk, s. 398; Berner Komm/Bucher, ZGB Art. 27, Nr. 369.

<sup>483</sup> Sunder-Plassmann, s. 107. Doktrin, rekabet yasağı sözleşmelerini, aslî ve talî sözleşmeler olarak ikiye ayırmaktadır. Daha çok kartel ve rekabet hukukunu ilgilendiren fiyat, satış, üretim, dağıtım ve benzeri alanlarda rekabetin sınırlandırılmasını hedef alan sözleşmelere aslî sözleşmeler denmektedir. Söz konusu sözleşmelerin özelliği genelde bağımsız bir sözleşme şeklinde ortaya çıkmalarıdır. Diğerleri ise, satım, kira, ürün kirası, ortaklık (şirket), iş sözleşmelerinde görülen rekabet yasaklarıdır ki, bunlar da talî sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir. Bunların özelliği de, bahse konu hizmet, kira, ortaklık gibi ana sözleşmelere bağımlı olan, onunla birlikte anlam ifade eden, hatta çok zaman onun içinde yer alan kayıt-şart şeklinde olmalarıdır. Bkz. Soyer, s. 8-9; Ayiter, Nüşin: Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Fer’i Rekabet

Rekabet yasağının temelinde yükümlülük altına giren tarafın, iştigal ettiği işin iç yüzünü bilmesi ve o işle ilgili sırlara vakıf olması, tecrübe edinmesi ve müşteri çevresini bilmesi yatmaktadır. İşte rekabet etme yasağı sözleşmesi ile o kimsenin bu sır, bilgi, tecrübe ve müşteri çevresi gibi birikimlerini rakip bir işletmede veya kendisinin kurduğu bir işletmede diğer tarafın aleyhine kullanmasının önüne geçilmek istenmektedir<sup>484</sup>. Ancak bu türden yapılan anlaşmalar, o kişinin de meslekî, ticarî veya sanat faaliyeti yapma özgürlüğünü kısıtlamaktadır<sup>485</sup>. Bundan dolayı birbirine karşıt olan menfaatlerin bir şekilde denkleştirilmesi ve dengede tutulması için değerlendirme kriteri olarak ilişkinin esasına (Grundsatz der Verhältnis) başvurulması gerekmektedir<sup>486</sup>. Dolayısıyla kelepçeleme sözleşmelerinin oluşup oluşmadığını tespit, yükümlülük sebebiyle kişinin ekonomik geleceğinin, meslekî ve ticarî faaliyet özgürlüğünün ne kadar zedelendiği özellikle araştırılmalıdır<sup>487</sup>. Aynı zamanda rekabet etmeme yükümlülüğü altında olan kişinin elde ettiği menfaatleri ile yüklediği edim ölçülmeli ve değerlendirilmelidir<sup>488</sup>. Yükümlülük altına giren kişinin elde ettiği menfaatin özel bir önemi vardır<sup>489</sup>. Ne kadar menfaat elde edilirse o kadar rekabet yasağı makûl karşılanabilir<sup>490</sup>. Yani edimler arasındaki uygunsuzluk, oransızlık kelepçeleme sözleşmelerinin varlığını kabulde önemli bir etkidir.

Yukarıdan bahsedilen dengenin sağlanabilmesi için genel olarak kabul edildiği üzere rekabet etme yasağının zaman, yer ve konu açısından uygun (gerekli) ölçüde sınırlandırılması gerekir. Aksi takdirde rekabet etme yasağı genel ahlâka aykırı olup geçersizdir<sup>491</sup>.

---

Memnuiyeti Mukavelesi, Ahmet Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 463. **Pflüger**, Fritz: Das vertragliche Konkurrenzverbot im Diensvertrag, Art. 356-360 OR, Bern 1949, s. 8.

<sup>484</sup> **Köhler**, s. 187; **Kötz**, s. 215; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 369; özellikle hizmet sözleşmeleri açısından bkz. **Uşan**, s. 47 vd., 230 vd.; **Ayiter**, s. 467 vd..

<sup>485</sup> **Köhler**, s. 187.

<sup>486</sup> **Köhler**, s. 187; Benzer yönde **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73.

<sup>487</sup> **Künzler**, s. 127.

<sup>488</sup> **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73; Krş. **Bauer-Mengelberg**, s. 47, 77; **Akipek/Akıntürk**, s. 397, 398; **Künzler**, s. 127; **Bucher**, OR AT, s. 262; **Soyer**, s. 24; **Buchner**, Herbert: Wettbewerbsverbot, Stuttgart 1981, s. 21.

<sup>489</sup> **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73; Hizmet sözleşmeleri bakımından bkz. **Soyer**, s. 20, **Uşan**, s. 256 vd., özellikle 263. Kötz, hizmet sözleşmeleri bağlamında bu edimi para olarak ifade etmektedir. Bkz. **Kötz**, s. 215.

<sup>490</sup> **Künzler**, s. 127; BGE 51 II 301. Makûl karşılanmanın mantığı, yükümlü kişinin elde ettiği mafaatlarla yeni ekonomik girişimlerde bulunabilme imkânına kavuşmasıdır. Yeni bir alanda faaliyet ve teşebbüste bulunabilir. Muhakkak ki, kişinin elde edilen menfaat kişinin ekonomik faaliyet alanından çekilmesi veya belli bir bölgede hiçbir ticarî faaliyette bulunmaması taahhütlerini de haklı hale getirmez. Bkz. **Künzler**, s. 127-128. Benzer yönde **Akipek/Akıntürk**, s. 398.

<sup>491</sup> **Köhler**, s. 187; **Schellhammer**, s. 965; **Koller, A.**, s. 227; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 297; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 164; **Kötz**, s. 215; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 104; **Akyiğit**, Ercan: İsviçre ve Türk İş Hukukunda İşçinin Hizmet Akdi Sonrasına Yönelik Rekabet Yasağı, Kamu-İş, Ocak 1991, s. 15. BGH NJW 2005, 3061, 3062; BGH NJW 1986, 2944; BGH BB 1998, 1554, 1555; BGHZ 91, 6; OGH, 18. 04. 1963, 5Ob52/68. Sözkonusu üç alanın (zaman, yer ve konu) hepsinde birden sınırlama getirilmiş olması hizmet sözleşmeleri için mutlak olarak kabul edilirken, diğer sözleşme tiplerinde sınırlar bu kadar keskin değildir. İsviçre Federal Mahkemesinin bunu teyid eden bir kararında zaman bakımından sınır çizilmemiş, ancak yer olarak çok dar bir bölgeyi içeren bir rekabet yasağını geçerli saymıştır. Bkz. BGE 51 II 297 vd.. Ayrıca bkz. **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73; **Bauer-Mengelberg**, s. 45; RGZ 53, s. 154.

Kelepçeleme sözleşmelerinin görüldüğü hallerden biri olan rekabet etme yasağındaki zaman, yer ve konu kriteri, doktrinde kelepçeleme sözleşmeleri için ileri sürülen<sup>492</sup> zaman, yer ve konu kriterinden farklıdır. Söz konusu görüşe göre, kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması için zaman, yer veya konu bakımından herhangi birisinde “sınırlama” getirilmiş olması yeterlidir<sup>493</sup>. Hâlbuki genel olarak kabul edildiği üzere, rekabet etme yasağı sözleşmelerinin kendisinin geçerli olabilmesi, zaman, yer ve konunun hepsini bütün olarak kapsayan bir sınırlama getirilmesine bağlıdır<sup>494</sup>. Eğer bunlardan biri sınırlama ihtiva etmez ise, o zaman kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlâl edilmesi sebebiyle kelepçeleme sözleşmeleri doğar. Yani birincisinde sözkonusu alanlardan birisinde sınırlama getirilmesi, diğerinde ise bunlardan herhangi birisinde sınırlama getirilmemiş olması kelepçelemeye sebebiyet vermektedir<sup>495</sup>. Ayrıca kelepçeleme sözleşmelerindeki zaman, yer ve konunun ifade etmek istedikleri muhtevalar birbirinden farklıdır. Örneğin kelepçeleme sözleşmelerindeki zaman (süre) ile çok uzun bir süreç kastedilirken, rekabet yasağı sözleşmelerindeki zaman kriteri sözleşme tipine bağlı olarak genel olarak 2 ilâ 5 yılı öngören aralığı ifade etmektedir. Örneğin Alman İmparatorluk Mahkemesi’nin kararına konu olan bir olayda<sup>496</sup>, Berlin Operaevi ile tanınmış opera şefi arasındaki anlaşmaya göre, opera şefi 5 yıl boyunca Berlin’de hiçbir şekilde sahneye çıkamayacaktır. Mahkeme bu yasağı geçerli bulmuş ve gerekçe olarak,

---

Yine Künzler’e göre, satım sözleşmelerinde sözkonusu üç alanda sınırlama getirilmesi zorunlu değildir. Bkz. **Künzler**, s. 127. Zaman olarak sınırsız fakat yer olarak minimize edilmiş bir rekabet yasağının geçerli olabileceği görüşü için bkz. **Illedits**, s. 89.

<sup>492</sup> Bu görüş için bkz. **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 24; **Yavuz**, s. 412 vd.. *Burada bir hususa vurgu yapmakta yarar vardır*: Yavuz, eserinde bu üçlü tasnifi açık biçimde Başpınar’ın eserinden hareketle benimsemekte ve buna ilişkin açıklamalar da bulunmaktadır. Ancak yazar bilimsel etik kurallarını hiçe sayarak, Başpınar’ın makalesindeki ifadeleri aynen kendi eserine aktarmakta, Başpınar’ı referans olarak göstermekten ise imtina etmektedir. (Örnekler için bkz.: Yavuz, s. 411 ilk paragraf, Başpınar, s. 19 ikinci paragraftan alıntı; Yavuz, s. 411 ikinci paragraf, Başpınar, s. 19 ikinci paragraf sonundan alıntı; Yavuz, s. 411 üçüncü paragraf, Başpınar, s. 19, dn. 14’ten alıntı; Yavuz, s. 412 ilk paragraf, Başpınar, s. 20 üçüncü paragraf sonundan alıntı; Yavuz, s. 412 üçüncü paragraf, Başpınar, s. 21 ikinci paragraf ve dn.22’den alıntı; Yavuz, s. 412 i başlıklı paragraf, Başpınar, s. 24 son paragraftan alıntı; Yavuz, s. 412 zaman konusu ilk paragraf, Başpınar, s. 25 birinci paragraf ve ikinci paragraftan alıntı; Yavuz, s. 413 ikinci paragraf, Başpınar, s. 25 son paragraftan alıntı; Yavuz, s. 413 üçüncü paragraf, Başpınar, s. 26, dn. 49’dan alıntı ...) Yazar, sadece bölümün sonu s. 419’da “daha geniş açıklamalar ve literatür için bkz *Veysel Başpınar...*” demektedir.

<sup>493</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 24.

<sup>494</sup> **Soyer**, s. 59, 64 vd.; Yazara göre, zaman, yer ve konu hakkında sınırlama getirmeyen rekabet yasağı sözleşmesi şekle aykırılık sebebiyle geçersizdir (s. 64). **Künzler**, s. 126; **Uşan**, s. 236.

<sup>495</sup> Açıklamalardan anlaşılacağı üzere, kelepçeleme sözleşmelerini tespit için zaman, yer ve konu kriterini kullanmak konunun anlaşılmasından ziyade rekabet yasağında yerleşmiş olan bu kriterlerle kavram kargaşasına neden olmaktadır. Ayrıca bize göre, kelepçeleme sözleşmelerinde esas kriteri kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması ve ekonomik bağımsızlığını kaybetmesidir. Sözkonusu sınırlamanın zaman, yer ve konu gibi hususlar yoluyla gerçekleşmesi onların kelepçeleme sözleşmesinin vaze geçilmez kriteri olmasını sağlamaz. Kanaatimizce bunlar ancak kelepçeleme sözleşmelerinin ortaya çıkış şekilleri veya görüldüğü alanlar şeklinde bir nitelermeye sebep olabilir. Ancak bunlar içinde kelepçeleme sözleşmeleri için zaman (süre) konusunun özel bir yerinin olduğunu da belirtmeliyiz. Bu yüzdendir ki biz de çalışmamızda bu konuya ilişkin ayrı başlık açmış bulunuyoruz. Bkz. § 7, III, B, 2.

<sup>496</sup> RGZ 80, s. 219.

başka sahnelerin de yeterli ölçüde tanınmış opera şefinin emrine amade olduğu vurgulanmıştır. Karara göre, sözkonusu sanatçı sadece Berlin’de tanınan ve taraftarı bulunan bir sanatçı olsaydı ve diğer yerlerde yeteri kadarı tanınmasaydı sonuç farklı olabilirdi<sup>497</sup>.

Rekabet yasağı kayıtları en çok hizmet sözleşmelerinde görülmekle birlikte, ortaklık (şirket), şirket devir sözleşmeleri ve kira ve benzeri sözleşmelerde de görülebilir<sup>498</sup>. Rekabet yasağındaki zaman, yer ve konu hakkındaki sınırlama onların bağlı oldukları sözleşmeye göre de değişiklik arz etmektedir. Eğer kanunda sözleşme tiplerine bağlı olarak özel hükümler mevcut ise olaya o hükümler, özel hüküm yoksa genel hüküm olan BK.m.19-20, (TBK.m.26-27) ve MK.m.23/II çerçevesinde çözüm getirilmesi gerekmektedir<sup>499</sup>. Aşağıdan sadece rekabet yasaklarının sıkça görüldüğü hizmet, ortaklık, ortaklık devir sözleşmeleri ve kira sözleşmelerine yer verilmiştir<sup>500</sup>.

## 1. Hizmet Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı

Rekabet yasağının en çok görüldüğü alanların başında şüphesiz hizmet sözleşmeleri gelmektedir<sup>501</sup>. Hizmet sözleşmelerindeki rekabet yasağı ile ilgili olarak Borçlar Kanununun 348-352, (TBK.m.444-447) maddelerinde özel hükümler bulunmaktadır<sup>502</sup>. Bu hükümlere

<sup>497</sup> **Bauer-Mengelberg**, s. 46.

<sup>498</sup> **Künzler**, s.126; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 104; **Akipek/Akıntürk**, s. 397; **Kötz**, s. 215-216. Yazar ayrıca bir işletmeden ayrılan avukat, mühendis gibi serbest meslek sahipleri için de bu tür sözleşmelerin olabileceğini belirtmektedir (s. 217). Vekâlet, tellallık, komisyonculuk sözleşmelerinde de görülebileceği yönünde bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s.255; Ortaklık, hizmet ve bayilik sözleşmelerinde görülebileceği yönünde bkz. **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73. Hizmet, ortaklık sözleşmelerinde görülebileceği yönünde bkz. **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 297. Hizmet, ortaklık, ortaklık devir sözleşmelerinde görülebileceği yönünde bkz. **Bucher**, OR AT, s. 261-262. Hizmet, ürün kirası ve işletme devir sözleşmelerinde görülebileceği yönünde bkz. **Illedits**, s. 87.

<sup>499</sup> **Akipek/Akıntürk**, s. 397. Aynı yönde İsviçre Hukuku açısından bkz. **Künzler**, s. 127; Alman hukuku açısından bkz. **Scheuing**, s. 61; **Sunder-Plassmann**, s. 106; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 164. Avusturya hukuku açısından bkz. **Illedits**, s. 87.

<sup>500</sup> Rekabet hukuku alanında da rekabet yasağı sözleşmeleri bulunmaktadır. Ancak bunlar konumuz dışında olup, ayrıca RKHK kapsamında belli bir kanunî düzenlemeye kavuşmuş ve ona göre çözümlenmesi gereken hususlardır. Dolayısıyla burada genel ahlâka aykırılık çerçevesinde değil, hukuka aykırılık çerçevesinde ve özel hükümler ışığında sorunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin İsviçrede henüz rekabet kanunlarının yürürlükte olmadığı dönemlerde İsviçre Federal Mahkemesi önüne gelen bir olayı kişilik hakları çerçevesinde çözmüştür. Bkz. BGE 82 II 292, Ayrıca bkz. **Soyer**, s. 10; **Özsunay**, Ergun: Kartel Hukuku, İstanbul 1985, s. 86. Ayrıca marka ve patent hakkında değerlendirme için bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 255.

<sup>501</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgiler için bkz. **Soyer**, s. 1 vd.; **Uşan**, s. 44 vd.; **Ayiter**, s. 463 vd.; **Akyiğit**, s. 4 vd.; **Pflüger**, s. 1 vd.; **Sunder-Plassmann**, s. 106 vd.. Hizmet sözleşmelerindeki rekabet yasağı ile diğer sözleşmelerden farklı olarak işverenin sırlarının saklanması amaçlanmaktadır. Diğer sözleşmelerde ise rekabet etmeme taahhüdünden faydalanın malvarlığının artırması, kârının maksimuma çıkarılması hedeflenmektedir. Bkz. **Soyer**, s. 10.

<sup>502</sup> Aynı yönde Alman hukukunda HGB § 74 vd.; İsviçre hukukunda OR Art. 340 vd.; Avusturya hukuku AngG § 36 vd..



göre, rekabet yasağı ancak, işçinin müşteri çevresini tanimasından veya iş sırlarını öğrenmesinden yararlanarak işverene önemli bir zarar vermesi ihtimalinin varlığı halinde geçerlidir (BK.m.348, *TBK.m.444*)<sup>503</sup>. Yine rekabet yasağının geçerli olabilmesi için işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürmeyecek şekilde zaman, yer ve konu bakımından sınırlanması gerekir (BK.m.349).

Hizmet sözleşmelerindeki rekabet yasağına ilişkin bu özel hükümler olması sebebiyle öncelikle bunların uygulanması ve sorunun özel hükümler ışığında çözümlenmesi gerekir<sup>504</sup>. Dolayısıyla burada öncelikle genel ahlâka aykırılık değil, kanunî düzenlemeye aykırılıktan söz edilmesi isabetlidir. Ancak sözkonusu hükümlerin çok genel sınırlar çizmesinden dolayı, bunların içi doldurulurken yine genel ahlâka aykırılıktan faydalanılması gerekmektedir. Örneğin BK.m.349'da zaman kriterinden bahsedilmiş ama bunun ne kadarlık bir zaman dilimi olduğu belirtilmemiştir<sup>505</sup>. Keza yer ve konu için de aynı şeyler geçerlidir. Dolayısıyla özel hükümlerin somutlaştırılmasında ve bu hükümlere binaen yapılan sözleşmenin geçerli olup olmadığını tespitite yine kelepçeleme sözleşmelerinin kriterlerinin dikkate alınması zorunludur. Aynı şekilde taraflar arasındaki hizmet ilişkisi sona erdikten sonra kararlaştırılan rekabet yasaklarına, sözkonusu özel hükümlerin değil, BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) ve MK.m.23/II'nin uygulanacağı kabul edilmektedir<sup>506</sup>.

Burada BK.m.348-352'de düzenlenen rekabet yasağının şartlarına ilişkin ayrıntılara ve tartışmalara girmeksizin, bunların dışında kalan ve sözkonusu hükümlerde genel ahlâka aykırılık yoluyla somutlaştırılmaya ihtiyaç duyulan noktalara temas etmeyi uygun buluyoruz<sup>507</sup>. Zaten, rekabet yasağı sözleşmelerinde kelepçeleme sözleşmelerini ilgilendiren kısmı, gerek özel hükümler gerek genel hükümler çerçevesinde rekabet yasağı sözleşmesi ve

<sup>503</sup> Sözkonusu maddede “*akdın hitamından sonra*” dendiği için, (*TBK.m.444 ise “sözleşmenin sona ermesinden sonra” denmektedir*) işçinin, hizmet sözleşmesinin devam ettiği esnadaki rekabeti hakkında bu hükümler uygulanmaz. Ancak işçinin sözleşmenin devamı esnasındaki rekabet etmeme yükümlülüğü sadakat borcunun kapsamına girmektedir. Soruna bu yönde çözümler üretilebilir. Bkz. **Uşan**, s. 121, 153; **Sunder-Plassmann**, s. 106.

<sup>504</sup> **Soyer**, s. 22; **Uşan**, s. 227; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 382; **Aynı Yazar**, OR AT, s. 262; Alman hukukunda aynı durum geçerlidir. Bkz. **Buchner**, s. 73.

<sup>505</sup> Doktrinde azami sürenin olmayışı eleştirilmiş ve süre konması gerektiği ileri sürülmüştür. Bkz. **Soyer**, s. 21. *Yeni Borçlar Kanunu 444. maddede zaman konusunda “... özel durumlar ve koşullar dışında iki yılı aşamaz” hükmü getirilmiştir.* Aslında buradada “*özel durumlar ve koşullar*” ibaresi 2 yıllık süreyi kesin olmaktan çıkarmaktadır. Bu durumda özel durumlar ve koşulları yine hâkim, hakkaniyete ve genel ahlâk anlayışına göre değerlendirmesi gerekir.

<sup>506</sup> **Soyer**, s. 18-19; **Ayiter**, s. 464; Alman hukuku açısından bkz. **Buchner**, s. 73-74. Burada hizmet sözleşmesi var olmadığı için bağımlılık ilişkisi de bulunmamaktadır. Bu yüzden öncelikli olarak Borçlar Kanunundaki özel hükümlerin uygulanmasına da gerek yoktur. Ayrıca **Soyer**, hizmet akti kurulmadan önce yapılan rekabet yasaklarında bu çerçevede değerlendirmektedir (s. 18). Aksi fikir bkz. **Akyiğit**, s. 8.

<sup>507</sup> Özel hüküm mahiyetinde olan durumların ayrıntıları için şu kaynaklara başvurulabilir. **Soyer**, s. 1 vd.; **Uşan**, s. 44 vd. ; **Ayiter**, s. 463 vd.; **Akyiğit**, s. 4 vd.; **Pflüger**, s. 1 vd.; **Sunder-Plassmann**, s. 106; **Buchner**, s. 1 vd.; **Pflüger**, s. 1 vd..

kaydının getirdiği sınırlamalardır. Gerçekten de BK.m.349 (*TBK.m.445*)’de bu sınırlamalara ilişkin olarak açıkça, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesi hususuna yollama yapılmıştır. Ekonomik geleceğin tehlikeye girmesi konusu zaten kelepçeleme sözleşmelerinin esasını oluşturmakta olup, bunun oluşup oluşmadığı da genel ahlâka göre belirlenir. Dolayısıyla özel hükümler öncelikle uygulanıyor olsa da, genel ahlâka aykırılık ve buna bağlı olarak kelepçeleme sözleşmeleri yine rekabet yasağı sınırlamalarının özünü oluşturmaktadır.

Hizmet sözleşmelerinde rekabet yasağı sözleşmelerinin zaman, yer ve konu açısından sınırlandırılması gerektiği açık kanun hükmü ile sabit olmakla beraber, sözleşmenin zaman, yer ve konu bakımından bir bütün halinde sınırlandırılmasının gerekli olup olmayacağı açık değildir. Ancak doktrin, haklı olarak, bunun gerekli olduğunu belirtmektedir<sup>508</sup>. Burada öncelikle hizmet sözleşmeleri açısından zaman, yer ve konu hakkında kısa bir açıklama yaptıktan sonra konuya ilişkin birkaç örnek vermek suretiyle bahse son verilmiştir.

Daha önce de süre konusunda açıklandığı üzere BK.m. 349’da herhangi bir zaman öngörülmemiştir<sup>509</sup>. Ancak genel kabul 2-3 yılı aşan sürelerin zaman bakımından kişinin ekonomik geleceğini tehlikeye atacağı yönündedir<sup>510</sup>. Yer bakımından getirilen sınırlama ise, işverenin iş ilişkilerinin ulaştığı fiilî sınırı geçmemelidir<sup>511</sup>. Konu ise, iş ilişkisinin bittiği andaki işverenin iştigal etmeye devam ettiği konularla ve işçinin işletmedeki somut görev ve işleviyle sınırlı olmalıdır<sup>512</sup>.

Yargıtay bir kararında rekabet yasağı sözleşmesinde yer ve süre bakımından bir sınırlandırma olmaması ve çok genç yaşta işyerinden ayrılan işçinin ekonomik geleceğinin hakkaniyete aykırı şekilde sınırlandırılmış olması sebebiyle rekabet yasağı sözleşmesini geçersiz saymıştır<sup>513</sup>. Yüksek Mahkemenin başka bir kararına konu olan bir olayda, bankada

<sup>508</sup> Uşan, s. 236; Soyer, s. 64; 9. HD. T. 14.03.2000, E. 2000/522, K. 2000/2892 (KBİBB.).

<sup>509</sup> *TBK.m.445’te özel durum ve koşulların haricinde azami sürenin 2 yıl olacağı belirtilmiştir.* İsviçre’de bu sürenin istisnai hallerde 3 yılı aşabileceği (OR Art. 340 a/I), Almanya’da azami sürenin 2 yıl olabileceği (HGB § 74a/I), Avusturya’da 1 yıl olabileceği (AngG § 36/I) hükme bağlanmıştır. Diğer birçok Avrupa ülkelerindeki durum için bkz. Uşan, s. 237, dn. 154.

<sup>510</sup> Yargıtayın somut olaya bağlı olarak 6 ay ve 2 yıl gibi kararları vardır. Özellikle azami süreyi 6 ay öngerön kararda, getirilen sınırlama yer yönünden tüm Türkiye’yi kapsamaktadır. Bkz. 9. HD., T. 18.5.1999, E. 1999/5784, K. 1999/9049 (KBİBB.).

<sup>511</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, s. 66-67; Uşan, s. 240 vd.. Somut olaya bağlı olarak bu alan, bir ilçe, bir şehir, bir coğrafi bölge, ülkenin tamamı, hatta belli bir kıta veya dünya geneli bile olabilir. Bu konudaki değerlendirmeler için bkz. Ayiter, s. 472-473; Uşan, s. 243-244. Uşan, cola firmasında colanın elde edildiği kısımda çalışan ve bunun formülüne vakıf olan bir gıda mühendisiyle yapılacak rekabet yasağı sözleşmesinin dünya genelinde geçerli olabileceğini örnek göstermektedir (s. 244). Başpınar ise, ülkenin tamamında veya tüm kıtada geçerli olabilecek rekabet yasağını genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz bulmaktadır. Başpınar, Kelepçeleme, s. 32. Kanaatimizce, yer bakımından peşinen bir sınırlama getirmek doğru bir sonuç götürmez. Gerçekten her somut olayın özelliği bizi farklı sonuçlara götürebilir. Uşan’ın vermiş olduğu örnek bu konuda önemli bir noktayı açıklığa kavuşturmaktadır.

<sup>512</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. Soyer, s. 67 vd.; Uşan, s. 245 vd.; Berner Komm/Bucher, ZGB Art. 27, Nr. 420.

<sup>513</sup> 9. HD., T. 14.03.2000, E. 2000/522, K. 2000/2892 (KBİBB.).

müfettiş yardımcısı olarak belirsiz süreli hizmet sözleşmesi ile çalışan kişi ile daha sonra yazılı şekilde BK 348 vd. maddelerine göre rekabet yasağı sözleşmesi yapılmıştır. İşçinin hizmet sözleşmesini feshettiği bütün hallerde, “iş ilişkisinin sona erdiği tarihten itibaren iki yıl süre ile Türkiye’deki tüm bankalarda çalışmamayı kabul ettiğine dair şart getirilmiştir. Yargıtay ise, yasağın iki yıl süreyle “mahal ve banka açısından” sınırlama olmaksızın Türkiye’deki tüm bankaları kapsar nitelikte tutulmasını, işçinin ekonomik geleceği itibarıyla ağır sonuçlar getireceğini kabul ederek, sözkonusu yasağı geçersiz saymıştır<sup>514</sup>.

İngiliz Mahkemelerinde dava konusu olmuş bir olayda ise, istihdam bürosunda çalışan işçi, iş ilişkisi sona erdikten itibaren 2 yıl boyunca işyerinin civarında 25 millik alanda rekabet teşkil eden bir davranışta bulunmamayı taahhüt etmiştir. Sözleşme sona erdikten sonra 25 millik bir alanda iş yapması üzerine açılan davada mahkeme, işverenin meşru yararlarının 20 millik bir sahayı kapsadığına karar vermiştir<sup>515</sup>.

İşçi aleyhine olan bir kararda ise Yargıtay, “İşçi, iş bu sözleşme sona erme tarihinden itibaren iki yıl süre ile bir başka şarap firmasında her ne ad altında olursa olsun çalışamaz. Kendisi adına veya üçüncü şahıslar adına şarap, üretim, dağıtım, pazarlama ve satış işini yapamaz” şeklindeki sözleşme hükmünden dolayı, şarap üretim, dağıtım, pazarlama ve satış işi ile uğraşan bir işyerinde çalışan işçinin, hizmet sözleşmesi sona erdikten sonra aynı konuda faaliyet gösteren bir iş yerinde çalışmasını rekabet yasağı sözleşmesine aykırı bulmuştur<sup>516</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesinin bir kararına göre, bir futbol kulübü ile futbolcu arasında yapılan rekabet yasağı anlaşmasında, taraflar arasındaki iş ilişkisi bittikten sonra futbolcunun 2 yıl boyunca başka bir kulübe transfer olamayacağı ve ulusal ligde oynayamayacağı yönündeki kayıtlar kişinin ekonomik özgürlüğünü kısıtlayacak niteliktedir ve ZGB Art. 27/II’ye aykırıdır<sup>517</sup>.

Taksi işletmesi ile şoför arasında yapılan rekabet yasağı sözleşmesinde, işletmeden ayrıldıktan itibaren 3 ay boyunca başka bir taksi işletmesinde aynı türden bir iş yapacağı şeklinde bir yasak konmuştur. Mahkeme ise taksi şoförlüğünün bölgeye bağlı bir iş olması ve yeni yer için ayrı sınavla belge alınarak çalışılıyor<sup>518</sup> olmasından dolayı, genel bir yasak

<sup>514</sup> 9. HD., T. 06.07.1999, E. 1999/8262, K. 1999/12073 (KBİBB.). Kararın elıştıriri için bkz. **Uşan**, s. 242.

<sup>515</sup> Örnek karar için bkz. **Uşan**, s. 240, dn. 167.

<sup>516</sup> 9. HD. T. 29.05.1997, E. 1997/6252, K. 1997/10506 (KBİBB.).

<sup>517</sup> BGE 102 II 211 vd.. Ayrıca karar için bkz. **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 138; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73, dn. 231; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 392; **Aynı Yazar**, OR AT, s. 262. İsviçre Federal Mahemesinin rekabet yasağının geçersiz olduğu ve olmadığı yönündeki kararların dökümü ve kısa açıklamaları için bkz. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 388 vd..

<sup>518</sup> Gerçekten de Almanya’da bir bölgede taksi şoförlüğü yapabilmek için, sadece ehliyet sahibi olmak yeterli olmayıp, o bölge için ayrıca bölgenin adres ve trafik bilgileri de ihteva eden bir sınavdan da başarılı olmak gerekmektedir. Örnek mahiyetinde bkz. <http://www.taxi-in-berlin.de/pschein/>.

koymanın kişinin meslekî faaliyet özgürlüğünün aşırı derecede kısıtlandığına ve yasağın geçersiz olduğuna karar vermiştir<sup>519</sup>.

Yukarıdan verilen örneklerden de anlaşılacağı üzere, rekabet yasaklarında zaman, yer ve konu alanındaki sınırlamaların genel sonucuna bakılmalıdır<sup>520</sup>.

Son olarak, hizmet sözleşmelerindeki özel hükümlerin, kendine has bir yapısının olması sebebiyle, rekabet yasağının görüldüğü kira, işletme devirleri, ortaklık sözleşmeleri gibi alanlara uygulanması şansının olmadığını belirtelim. Bununla ilgili kanunî düzenleme olmadığı takdirde doğrudan BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) ve MK.m.23/II'nin uygulanması gerekir<sup>521</sup>. Ancak hizmet sözleşmesindeki hükümler olsa olsa diğer alanlarda fikir yürütmeye yardımcı olurlar.

## 2. İşletme Devir Sözleşmelerinde (Unternehmensverkaufsverträge) Rekabet Yasağı

Bir işletmenin, ticarî teşebbüsün devredildiği durumlarda da devreden (satan) taraf için rekabet etme yasağı sözkonusu olabilmektedir<sup>522</sup>. Devir sözleşmelerindeki rekabet yasağına ilişkin özel hüküm bulunmaması sebebiyle genel hüküm olan BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) ve MK.m.23/II hükümleri uygulanır<sup>523</sup>. Bu sözleşme ile devredenin kısa veya uzun bir süre için devredilen işletme ile aynı alanda faaliyette bulunması yasaklanmaktadır. Görüldüğü üzere, burada işletmeyi devrelan kişinin menfaatleri işletmeye ait öncelikle müşteri çevresi dâhil

<sup>519</sup> BAG MDR 1966, 446.

<sup>520</sup> Soyer, s. 64.

<sup>521</sup> **Künzler**, s. 127; **Akipek/Akıntürk**, s. 398; **BSK ZGB I/ Huguenin**, Art. 27, Nr. 17; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 382;; **Soyer**, s. 11; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 256. Ancak yazar, sözkonusu özel hükümlerden ve içtihatlardan esinlenilebileceğini de ifade etmektedir. Künzler de benzer biçimde kıyasen uygulama yapılabileceğini ileri sürmüştür. Bkz. **Künzler**, s. 127. Ayrıca, Borçlar Kanundaki bu özel hükümlerden ilke türetililebileceği görüşü için bkz. **Atamer**, s. 150. Alman hukukunda aynı şekilde özel hükümlerin olmadığı hallerde BGB § 138/I uygulanır. Bkz. **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 164. Bu durum Avusturya hukuku için de geçerlidir. Bkz. **Illedits**, s. 87-88. Birçok yüksek mahkeme kararında da özel hükümlerin diğer alanlarda uygulanamayacağı belirtilmiştir. Bkz. BGE 95 II 532, 535; BGE 92 II 22, 26; BGE 51 II 220, 222; BGE 51 II 297, 300; BGE 51 II 437, 440.

<sup>522</sup> **Hirte**, Heribert: Zivil- und kartellrechtliche Schranken für Wettbewerbsverbote im Zusammenhang mit Unternehmensveräußerungen, ZHR 154 (1990), s. 443; **Helm**, Hort: Zulässigkeit von Wettbewerbsverboten beim Unternehmenskauf, ih Festsache für Wolfgang Hefermehl zum 65. Geburtstag, Stuttgart 1972, s. 299; **Heinze**, Gero: Wettbewerbsverbote in Unternehmensveräußerungsverträgen, NJW 1973, H. 12, s. 492-493; **Köhler**, s. 187; **Kötz**, s. 216; **Akipek/Akıntürk**, s. 397; **Künzler**, s. 127.

<sup>523</sup> **Akipek/Akıntürk**, s. 398. İsviçre hukuku için bkz. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 426 vd. Alman hukuku için bkz. **Hirte**, s. 445; **Heinze**, s. 492. Burada rekabet hukuku bağlamında rekabet yasaklarına girilmemiştir. Rekabet hukukunda, rekabet yasaklarına ilişkin RKHK.m.4 uygulama alanına sahiptir. Alman hukuk açısından ise § 1 GWB'de özel hükümler mevcut olup ayrıca Avrupa Birliği düzenlemelerinden Art. 81/I EG'de uygulanır. Bkz. **Hirte**, s. 461 vd.; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 299; **Helm**, s. 312.

olmak üzere bütün avantajlarıyla birlikte korunmaya çalışılmaktadır<sup>524</sup>. Ancak bunun da bir sınırı olması mecburî olup, aynı zamanda devreden kişinin ekonomik özgürlüğü de elinden alınmamalıdır.

Yukarıdan bahsedilen durumlar doktor, avukat vb. serbest meslek faaliyeti gösteren kişiler tarafından işletilen muayenehane ve bürolar için de geçerlidir<sup>525</sup>. Ancak serbest meslek alanındaki rekabet yasaklarında biraz daha dikkatli olunması zorunludur<sup>526</sup>. Yani bunlardaki sınırlamalar daha dar tutulmalıdır ki, rekabet yasakları kabul edilebilir olsun. Çünkü bu mesleklerin icrasında sadece serbest meslek sahibinin değil kamunun da menfaatleri vardır. Örneğin, kesintisiz ve kaliteli bir sağlık hizmetinin verilmesi ve hukukî ihtiyacın karşılanması toplumun yararındır<sup>527</sup>. Dolayısıyla serbest meslek faaliyetlerinde rekabet yasakları 2 yıllık bir süreyi aşmamalı<sup>528</sup> ve aynı zamanda dar ve kabul edilebilir bir bölge ile sınırlı tutulmalıdır<sup>529</sup>.

Gerek işletme devri gerekse serbest meslekle ilgili durumu biraz daha aydınlatmak adına şu örnekler verilebilir:

Alman Federal Mahkemesi'nin kararına konu olmuş bir olayda, mahkeme, hazır beton üreten ve taşıyan bir firmanın ödeme güclüğü çeken satıcısının, işletmenin satışında bölge itibarıyla 25 km ile sınırlanmış, süre olarak ise 10 yıl olan rekabet yasağı taahhüdünü genel ahlâka aykırı bulmuştur. Karara gerekçe olarak, sözkonusu yasaktan yararlananın bu denli korunmaya yarar bir menfaatinin olmadığı ve ayrıca işletmenin müşteri çevresinin borçlarının konsolidasyonu gösterilmiştir<sup>530</sup>. Yine Alman Federal Mahkemesi, enterasan bir olayda, işletme satışı sonrası 10 yıllık rekabet yasağı içeren sözleşmeyi genel ahlâka aykırı bulmuştur. Mahkeme somut olayın özelliği sebebiyle böyle bir karar vermiştir. Mahkemeye göre, işletme

<sup>524</sup> **Heinze**, s. 492; **Hirte**, s. 444; **Kötz**, s. 216; Benzer yönde **Köhler**, s. 187.

<sup>525</sup> **Hirte**, s. 444, 449; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 303 vd.; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 165; ayrıca denetçi (Wirtschaftsprüfer) ve mühendis için de geçerlidir. Bkz. **Kötz**, s. 217; Alman İmparatorluk Mahkemesi sözkonusu serbest mesleklerin yürütülmesinde kamunun da menfaatinin olmasından dolayı bu alanlarda rekabet yasağı sözleşmelerinin yapılamayacağı kanaatindedir. Bkz. **Bauer-Mengelberg**, s. 44; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 306; RGZ 66, s. 139; RGZ 70, s. 339; RGZ 90, s. 35. Burada bir hususun izahı gerekmektedir: Serbest mesleklerle ilgili rekabet yasağı, kararlaştırıldığı durumlara bağlı olarak iki ayrı konu başlığı altında da kendisine yer bulabilir. Birincisi, serbest meslek icra edilen yerin, bir başkasına devrindeki rekabet yasağıdır ki, bu durum burada olduğu gibi işletmenin devrine bağlı rekabet yasağı bölümünde yer alması gerekir. İkincisi ise, bir ortaklık şeklinde yürütülen serbest meslek işletmesinden ortaklardan birinin ayrılması durumunda ayrılan ortak için konulan rekabet yasağıdır ki, bu da ortaklık sözleşmelerinden ayrılmaya bağlı rekabet yasağı bölümünde ele alınabilir. Çalışmamızda bu ayrıma uygun olarak iki bölümde de serbest meslekle ilgili örneklere yer verilmiştir.

<sup>526</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **Rörmann**, Volker: Nachverträgliche Wettbewerbsverbote bei Freiberuflern, BB 1998, H. 30, s. 1489 vd..

<sup>527</sup> Bkz. **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 36.

<sup>528</sup> **Rörmann**, s. 1489, 1490; **Hirte**, s. 449; BGHZ 91, 1, 6 vd..

<sup>529</sup> Benzer yönde, **Rörmann**, s. 1490.

<sup>530</sup> BGH NJW 1979, s. 1605.

satıcısı 64 yaşında olup, 1 yıl sonra yani 65 yaşında emekli olmak istemektedir. Dolayısıyla onun korunması gereken menfaati ancak 1 yıllık zaman dilimidir ve 10 yıllık olan süre genel ahlâka aykırıdır<sup>531</sup>.

Münih Eyalet Mahkemesinin bir kararında ise, işletmenin devrinden sonra Almanya genelini kapsayan 5 yıllık rekabet yasağı genel ahlâka aykırı bulunmamıştır<sup>532</sup>.

Doktrinde verilmiş bir örnek ise şöyledir: (Nordenfelt v. Maxim olayı) Silah ve Cephane Fabrikası'nın satıcısı, alıcıya karşı, 25 yıl boyunca dünyanın hiçbir yerinde aynı türden bir iş yapmayacağına dair taahhütte bulunmuştur. Satıcının müşteri çevresi itibariyle tüm dünya ile bağlantılı olmasından dolayı böyle bir rekabet yasağı geçerli görünmektedir. Çünkü satıcının herhangi bir coğrafi sınırlama olmaksızın, aynı alanda faaliyet göstermemesinde alıcının ciddi menfaatleri vardır<sup>533</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi eski bir kararında<sup>534</sup>, “*İsviçre Modagazetesi*”nin satışında devreden yayınevi, ne modagazetesi ne de benzeri iş yapan bir işletme kurmayacağını taahhüt etmiştir. Bununla birlikte rekabet yasağında zaman ve yer itibariyle bir sınırlama getirilmemiştir. Mahkeme buna rağmen, rekabet yasağının konu itibariyle dar tutulduğundan ve devreden için geriye kalan faaliyet alanının yeterli olduğundan hareket ederek rekabet yasağını genel ahlâka aykırı bulmamıştır<sup>535</sup>.

Yüksek Mahkemenin bu kararını ciddi olarak eleştirilebilir buluyoruz. Belki 1900'lü yılların özel durumları olabilir, ama bugün itibariyle böyle zaman ve yer sınırı konmamış bir rekabet yasağını kabul etmek mümkün değildir. Ayrıca bugün sözkonusu sektördeki çeşitliliği de dikkate aldığımızda, konu itibariyle getirilen sınırlamanın de dar değil geniş olduğunu düşünüyoruz. Çünkü moda sektöründeki faaliyet alanı da çok genişlediği için böyle bir genel yasak, faaliyet özgürlüğünü kısıtlamaktadır.

İsviçre Federal Mahkemesi, bir diş hekiminin muayenehanesini müşterileriyle birlikte devretmek üzere yaptığı sözleşmedeki rekabet yasağı şartını genel ahlâka aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre, sözkonusu şart diş hekiminin mesleğini yürütme imkânını tamamen ortadan kaldırdığı gibi, bu fedekârlığa karşılık olarak sözleşmede herhangi bir karşı edimin taahhüt edilmemiş olması, onun yaşama imkânlarını da bertaraf edecek mahiyettedir<sup>536</sup>.

<sup>531</sup> BGH NJW 1982, 2000, 2001.

<sup>532</sup> OLG München NJW-RR 1995, 1191. Ayrıca bkz. **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 305.

<sup>533</sup> Örnek için bkz. **Kötz**, s. 216. Kanaatimizce, bu örnek kabul edilebilir niteliktedir. Çünkü özellikle silah sanayisinde 25 yıllık bir süre uzun sayılmaz. Ayrıca bu tür satış için ödenen meblağlar da hayli yüksek olup, alıcı büyük yatırım yapmaktadır. Dolayısıyla alıcının bu menfaatinin korunması zorunludur.

<sup>534</sup> BGE 25 II 875 vd.

<sup>535</sup> Karar için ayrıca bkz. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 430.

<sup>536</sup> Karar ve örnek için bkz. **Akipek/Akıntürk**, s. 399.

Alman Federal Mahkemesinin bir kararına konu olan olayda, mahkeme, farklı şehirde faaliyet gösteren iki doktor arasındaki muayenehane değişikliği sonrası, doktorlardan birinin tekrar aynı şehre dönüp, eski muayenehane çevresinde meslekî faaliyetine başlaması ile ilgili dönüş yasağının en fazla 2 veya 3 yıla kadar olabileceğini belirtmiştir<sup>537</sup>.

Yaş sebebiyle (65 yaş) emekli olup, dinlenmek amacıyla avukatlık bürosunu, başka bir avukata devreden avukatın, yüklenmiş olduğu zaman ve yer olarak sınırlandırılmamış rekabet yasağını Alman Federal Mahkemesi genel ahlâka aykırı saymıştır<sup>538</sup>.

Şüphesiz yukarıda bahsedilen davalara konu olmuş bu şekilde çok sayıda olay bulunmaktadır<sup>539</sup>. Ancak verilen kararların günün şartlarına ve somut olayın özelliklerine bağlı olarak farklı sonuçlar verdiği de bir gerçektir. Dolayısıyla zaman, yer veya konu yönünden genel bir kriter vermek pek mümkün değildir. Çünkü bunlardaki kısıtlamalar birbirini etkilemektedir. Birinde zaman uzun olup konu ve yer sınırlı tutulabilmekte, diğerinde zaman kısa olup yer geniş olabilmektedir. Artık somut olaylarda hâkimlere büyük iş düşmektedir. Onlar, önlerine gelen olayı birçok yönden tartmak ve daha önce verilmiş benzer kararlardan da yola çıkmak kaydıyla bir çözüme ulaşmalıdırlar. Burada az sayıda yer verilen kararlarla uygulayıcılara kısmen yol gösterilmek istenmiştir.

### 3. Ortaklık (Şirket) Sözleşmelerinde (Gesellschaftsverträge) Rekabet Yasağı

Ortaklığın devam ettiği esnadaki rekabet yasağı bu çalışmanın kapsamı dışındadır. Burada incelenen husus, ortaklık sonrası için sözleşme ile getirilmiş rekabet yasağınının kelepçeleme sözleşmeleri oluşturup oluşturmadığıdır. Ortaklığın devam ettiği hallerde geçerli olmak üzere ortaklık türüne bağlı olarak özel kanunî düzenlemeler mevcuttur<sup>540</sup>. Bununla birlikte, ortaklık (şirket) sözleşmelerinde de, ortaklıktan ayrılan taraf (aynı zamanda yönetim kurulu üyesi, yönetici vs.) için sözleşme ile rekabet etmeme yükümlülükleri getirilmektedir<sup>541</sup>.

<sup>537</sup> BGHZ 16, 71, 81.

<sup>538</sup> NJW 1986, 2944-2945. Serbest meslekle ilgili diğer örnekler için bkz. **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 166 vd.; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 306 vd.

<sup>539</sup> Kararlar için **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 427 vd.; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 305; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 166; **Hirte**, s. 447 vd..

<sup>540</sup> Bu konuda toplu bilgi için bkz. **Göksoy**, Yaşar Can: Ortaklıklar Hukukunda Rekabet Yasaklarının Kapsamı, DEÜHFD, C. 9, Özel Sayı, 2007, s. 633 vd.. Yazar, ayrıca haklı olarak ortak sıfatının sona ermesinden sonra rekabet yasakları için kanuni düzenlemelerin devam etmeyeceğini, dürüstlük kuralı ile çözüm getirmenin yeterli olmayacağını, ancak bu konuda sözleşme ile yasaklar getirilebileceğini belirtmektedir (s.659).

<sup>541</sup> **Köhler**, s. 186; **Soyer**, s. 10; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 79; **Traub**, Fritz: "Geltungserhaltende Reduktion" bei nichtigen vertraglichen Wettbewerbsverboten?, WRP 1994, H. 11, s. 802 vd.; **Melullis**, Klaus-J: Zu Zulässigkeit und Wirksamkeit von Wettbewerbsverboten anlässlich von Vereinbarungen über

Bu konuda özel hüküm olmaması sebebiyle, rekabet yasağı getiren sözleşmenin, BK.m.19-20 (TBK.m.26-27) ve MK.m.23/II hükümlerine göre genel ahlâka aykırı olup olmadığı tespit edilir<sup>542</sup>. Burada da konuya ilişkin -şirketten ayrılan serbest meslek sahibi ortaklar da dâhil olmak üzere- birkaç örnek vermek gerekir:

Alman Federal Mahkemesi bir kararında, limited şirkette yönetici (Geschäftsführer) olarak çalışan bir kişinin işletmeden ayrılmasından itibaren, denetçi (Wirtschaftsprüfer) olarak, son 3 yıl içinde şirket ile irtibat halinde olan müşterilerle 2 yıl boyunca bağlantı kurma yasağını genel ahlâka aykırı bulmuştur<sup>543</sup>. Yüksek Mahkeme, serbest meslekle ilgili bir kararında da, ortaklıktan ayrılıp bağımsız bir muayenehane açacak olan veterinerin ortaklığa karşı, ortaklığın 30 km çevresinde hiçbir şekilde veterinerlik faaliyetine dâhil bir iş yapmayacağı taahhüdünü, zaman, yer ve konu itibarıyla gerekli ölçünün aşıldığı gerekçesiyle genel ahlâka aykırı bulmuştur<sup>544</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesinin kararına konu olan olayda, kollektif şirkette kaldırım ustasının herhangi bir sebeble ortaklıktan çıkma/çıkarılması durumunda, 5 yıl süre ile Zürih Kantonunda kaldırım döşeme işleri yapan bir şirkette çalışması veya bu çeşit bir ticaretle ilgilenmesi yasaktır. Kaldırım ustası hapis cezası almış ve ortaklık sona erdirilmiştir. Kaldırım ustası haptiden çıkınca eşinin Zürih'te kurduğu bir şirkette çalışmaya başlamış ve bunun üzerine açılan davada mahkeme, tarafların şirketin devam ettiği esnadaki eşitsizlikleri de dikkate alarak rekabet etme yasağını genel ahlâka aykırı bulmuştur<sup>545</sup>.

Duesseldorf Eyalet Mahkemesi de ortaklıktan ayrılan komandit ortak için 2 yılı aşan rekabet yasağını genel ahlâka aykırı saymıştır<sup>546</sup>.

Yargıtay kararına konu olan bir olayda, taraflar (eşler) ortak olarak kurdukları şirketi, boşanmaları neticesinde yürütememiş ve protokolle sona erdirmişlerdir. Protokolde, ortaklığın iştilgal konusu ilâçları ithal etmeme konusunda da taraflardan biri taahhütte bulunmuştur.

---

das Ausscheiden eines Gesellschafters, WRP 1994, H. 1. s. 686 vd.; **Karasu**, Rauf: Limited Şirketlerde Şirketten Ayrılan Ortaklar İçin Sözleşme ile Öngörülen Şirketle Rekabet Etme Yasağı, BATİDER, Y. 2004, C. XXII, S. 4, s. 83. Yazarın haklı olarak belirttiği gibi, ortaklık ile ayrılan ortak arasındaki rekabet yasağına, şartların oluşması halinde RKHK.m.4/I'in uygulanması da sözkonusu olabilir (s. 84).

<sup>542</sup> **Akipek/Akıntürk**, s. 398; **Karasu**, s. 84, 89; **Göksoy**, s. 659. Yazar, burada hizmet sözleşmesini ilişkin BK.m.348-352 (TBK.m.444-447) hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği belirtmektedir (s.660). Bu fikre katılmadığımızı yukarıda hizmet sözleşmesi ile bölümde belirtmiştik.

<sup>543</sup> BGHZ 91, 1, 6.

<sup>544</sup> BGH NJW 1997, 3089. Ayrıca bkz. **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 164.

<sup>545</sup> BGE 39 II 541 vd.. Bu kararın farklı özellikleri de bulunmaktadır. Mahkeme olayı sadece rekabet yasağı bakımından değil, şirket sözleşmesini bir bütün halinde yorumlayarak sonuca gitmiştir. Karar ayrıca aşağıda ayrıntılı olarak açıklanmıştır (bkz. § 8 II, G). Ancak İsviçre Federal Mahkemesi başka bir kararında ortaklığa son verilip, başka biri ile yeni bir ortaklığa devam edilen bir olayda, birinci ortaklıktan ayrılan ortak için getirilen, İsviçre ve Almanya'da 5 yıl boyunca aynı konuda iş yapmama yükümlülüğünü genel ahlâka aykırı saymamıştır. BGE 26 II 41 vd..

<sup>546</sup> Karar için bkz **Hirte**, s.448 (WuW/E OLG 3320, 3324).



Daha sonra diğerk taraf, rekabet etmeme yasağının ihlâl edildiğı gerekçesiyle dava açmış ve cezaî şart talep etmiştir. Yargıtay ise, şirketten ayrılan bir ortağa kaydı hayat şartıyla çalışmasını engeller şekilde sözleşmeye konan hükmün, esasen geçersiz olduğuna hükmetmiştir<sup>547</sup>.

#### 4. Kira Sözleşmelerinde Rekabet Yasağı

Kira sözleşmelerindeki rekabet yasakları da kelepçeleme sözleşmelerine sebep olabilmektedir<sup>548</sup>. Burada da özel düzenleme bulunmaması sebebiyle BK.m.19-20, (TBK.m.27/I), MK.m.23/II uygulanması gerekmektedir.

Kira sözleşmelerindeki rekabet yasağı, kiracının lehine olacak biçimde, kira süresi boyunca kiralayanın, kiracı ile aynı yerde aynı işlerde rekabete girmemesi şeklinde olabileceğı gibi, kira sözleşmesi sona erdikten sonra, eski kiracının yeni işletmesinin yakınlarında da aynı işlerde rekabet etmemesi şeklinde olabilir<sup>549</sup>. Çünkü kiracının yapmış olduğu işletmesinden dolayı bir müşteri çevresi oluşmaktadır. Bu yasağın süresine ilişkin bir kanunî düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde ürün kirası için somut olayın özellikleri de dikkate alınmak kaydıyla 3 ilâ 5 yıl arasında, normal kira sözleşmelerinde ise, 2 yıllla sınırlı kalması gerektiğı ileri sürülmüştür<sup>550</sup>.

Rekabet etmeme yasağına ilişkin Almanyadaki Hamm Eyalet Mahkemesi'nin kararına konu olmuş bir olayda, kiralayan, kiracıya karşı 10 yıl boyunca şehrin tamamında rekabet edecek bir işletme açmamayı yüklenmiştir. Ancak mahkemeye göre, kiralayanın ekonomik hareket özgürlüğünün bu şekilde sınırlanması ile kiracının korunmak istenen menfaatleri örtüşmemektedir ve bundan dolayı sınırlama geçersizdir<sup>551</sup>.

<sup>547</sup> 11. HD. T. 02.03.2000, E. 2000/1263, K. 2000/1729 (KBİBB.). Dava konusu olayda aslında rekabet yasağını ihlâl ettiği ileri sürülen taraf, protokolün tehdit altında imzalandığını ve bu yüzden sakat olduğunu iddia etmiştir. Ancak Yargıtay olayı butlan çerçevesinde de ele alarak sözkonusu hükmün geçersizliğine karar vermiştir.

<sup>548</sup> **Falkner**, s. 22; **Akipek/Akıntürk**, s. 397, 398; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 104; **Illedits**, s. 87; **BSK ZGB I/Huguenin**, Art. 27, Nr. 17; **Soyer**, s. 10.

<sup>549</sup> **Falkner**, s. 22-23; **Soyer**, s. 10.

<sup>550</sup> **Falkner**, s. 24.

<sup>551</sup> OLG Hamm, MDR 1987, 320; **Falkner**, s. 25.

## B. Cezaî Şart

Borçlunun alacaklıya karşı mevcut bir borcunu hiç veya gereği gibi ifa etmemesi halinde, ödemeyi veya yerine getirmeyi taahhüt ettiği edim olan cezaî şart da<sup>552</sup> borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı derece sınırlaması sebebiyle kelepçeleme sözleşmelerinin meydana gelmesine sebep olabilir<sup>553</sup>.

Asıl borcun varlığına bağlı olarak ortaya çıkan cezaî şartın temel hedefi, borçlunun borca uygun davranmasını sağlamaktır. Amacın bu olmasından dolayı her türlü sözleşmede cezaî şartın kararlaştırılması mümkündür. Uygulamada özellikle ekonomik değeri yüksek edimler ihtiva eden sözleşmelerde cezaî şarta yaygın biçimde rastlanılmaktadır. Hemen belirtelim ki, asıl borca bağlı olmasından dolayı cezaî şart fer'i nitelikte olup, asıl borcun mukadderatına tabidir. Yani asıl borç geçersiz veya imkânsız ise cezaî şart da geçersizdir (BK.m.161/II, TBK.m.182/II)<sup>554</sup>.

Cezaî şart; ifa yerine istenebilecek (seçimlik), ifayla birlikte istenebilecek ve ifayı engelleyen cezaî şart (dönme cezası) olmak üzere üç türlü ortaya çıkabilir. Kanun koyucu, sözleşmede bunlardan hangisinin kararlaştırıldığı belirtilmediği hallerde, ifa yerine (seçimlik) cezaî şartın kabul edildiğini varsaymıştır (BK.m.158/I, TBK.m.179/I)<sup>555</sup>. Bize göre, cezaî şart sebebiyle kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması, ifayı engelleyen cezaî şart (dönme cezası) bakımından mümkün değildir. Çünkü BK.m.158/III (TBK.m.179/III)'deki ifayı engelleyen cezaî şartın (dönme cezasının) kelepçeleme sözleşmelerine sebep olamaması, onun ortaya çıkış şeklidir. Sözkonu cezaî şart aslında teknik anlamda bir cezaî şart değildir. Bu daha çok kararlaştırılan cezayı ödeyerek sözleşmeden dönme hakkı veren ve borçlunun durumunu kolaylaştıran bir imkândır. Dolayısıyla söz konusu cezanın ödenmesi asıl sözleşmenin bir alternatifidir. Yani borçluyu zora sokan bir durum değildir<sup>556</sup>. Hatta burada cezaî şartın indirilmesi veya tamamen geçersiz sayılması yolu, borçluya sözleşmeden dönmeyi cazip hale getirir ki, bu ise amacın aşılmasıdır. Bundan dolayı, burada cezaî şart sebebiyle kelepçeleme

<sup>552</sup> **Tunçomağ**, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963, s. 6; **Kocağa**, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezaî Şart, Ankara 2003, s. 33.

<sup>553</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 266 vd.; **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 84; **Kocağa**, s. 227, 236, 262; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 28; **Ekinci**, Hüseyin: Doktrin ve Uygulamada Cezaî Şart, Ankara 2004, s. 89; **Günay**, Cevdet İlhan: Cezaî Şart, Ankara 2002, s. 133.

<sup>554</sup> 13. HD., T. 25.01.1993, E, 1992/8546, K. 1993/348. Asıl borcun geçersizliğine ilişkin durum BK.m.161/II sadece "kanuna ve ahlâka mugayir olma" şeklinde iken, TBK.m.182/II'de bu durum " herhangi bir sebeple geçersiz ise" biçiminde genişletilmiştir. Ayrıca TBK.m.182/II'de cezaî şartın geçersiz olması veya imkânsız hale gelmesinin asıl borcu etkilemeyeceği de hükme bağlanmıştır. Geçersiz olan cezaî şart sebebiyle asıl borcun akibetinin ne olacağı hakkındaki mevcut kanundaki duruma ilişkin değerlendirme için bkz. **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 85; **Kocağa**, s. 123 vd.; **Ekinci**, s. 90.

<sup>555</sup> **Kocağa**, s. 146 vd.; **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 84; **Eren**, s. 1136; **Oğuzman/Öz**, s. 904.

<sup>556</sup> Bkz. **Kocağa**, s. 154; **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 31; **Oğuzman/Öz**, s. 907; **Eren** 1138.

sözleşmelerinin oluşmayacağını kanaatindeyiz. Ancak asıl sözleşmenin kendisi bir bütün olarak ele alındığında kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkıyorsa o ayrı bir konudur. O takdirde asıl sözleşmenin kendisi ele alınıp değerlendirilmeli ve sonuca gidilmelidir

Taraflar kural olarak sözleşme özgürlüğü ve cezaî şart miktarını<sup>557</sup> serbestçe tayin edebilirler (BK.m.161/I, *TBK.m.182/I*)<sup>558</sup>. Ancak kararlaştırılan cezaî şart bazen borçlu yönünden aşırılık ihtiva edebilir. İşte ihtiva eden cezaî şartlar için kanun koyucu, BK.m.161/III, (*TBK.m.182/III*)’te hâkime, aşırı (fahiş) gördüğü cezaî şartı indirebilme yetkisi, hatta ödevi vermiştir<sup>559</sup>. Ancak Borçlar Kanunundaki bu düzenlemeye, TTK.m.24’te (6100 Sayılı *TTK.m.22*) tacir sıfatına sahip borçlunun BK.m.161/III (*TBK.m.182/III*)’ten yararlanamayacağı ve sözleşmedeki cezaî şartın indirilmesini talep edemeyeceği istisnası getirilmiştir<sup>560</sup>. Söz konusu istisnanın temel dayanağı ise tacirin basiretli bir iş adamı olarak sözleşmedeki aşırı cezaî şartı baştan kabul etmemesi gerektiğidir. BK.m.161/III (*TBK.m.182/III*)’teki düzenleme sebebiyle tacir olmayanlar açısından cezaî şart hiçbir zaman kelepçeleme sözleşmesi niteliğine kavuşmaz. Çünkü açık kanunî düzenleme sebebiyle hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi gerekmektedir. Peki tacirler açısından durum ne olacaktır? Ticaret Kanunundaki hüküm dolayısıyla tacirler sözleşmede kararlaştırılan cezaî şartı herhalûkarda ödemek zorunda mıdır? Cezaî şart sebebiyle tacirin ekonomik bağımsızlığı elinden alınıyor, alacaklının bir oyuncuğu haline geliyor olsa da, yüklenilen edim yerine getirilmeli midir?

Gerek doktrin gerek yargı kararlarına göre tacirin ekonomik geleceğini aşırı ölçüde yok eden, elinden alan, diğer tarafa bağımlı kılan cezaî şartlar söz konusu olduğunda BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) ve MK.m.23/II devreye girer<sup>561</sup>. Ancak burada iki kavramı

<sup>557</sup> Her ne kadar burada miktardan bahsediyor olsak da, cezaî şartın mutlaka para olması zorunlu değildir. Her türlü parasal değeri olan edimin cezaî şart olarak kararlaştırılması mümkündür. Ancak uygulama da cezaî şart genellikle para şeklinde kararlaştırılmaktadır. Ayrıca bkz. **Kocaağa**, s. 106 vd.; **Tunçomağ**, *Cezaî Şart*, s. 14 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 901; **Eren**, s. 1134.

<sup>558</sup> **Kocaağa**, s. 107; **Eren**, s. 1134; **Oğuzman/Öz**, s. 901.

<sup>559</sup> *TBK.m.182/III*’te hâkimin bu yetkiyi “kendiliğinden” kullanacağı da açıkça ifade edilmiştir.

<sup>560</sup> Aynı düzenleme Yeni Türk Ticaret Kanunu ve Yeni Borçlar Kanunu açısından da geçerlidir. Yeni *TTK.m.22*’de, *TBK.m.181/III*’ün tacirler bakımından uygulanamayacağı belirtilmiştir.

<sup>561</sup> **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 268; **Tunçomağ**, *Cezaî Şart*, s. 84; **Kocaağa**, s. 227, 236, 260 vd.; **Başpınar**, *Kelepçeleme*, s. 28; **Ekinci**, s. 89; **Oğuzman/Öz**, s. 913; **Eren**, s. 1141; Yargıtay’ın cezaî şartla ilgili köklü kararında ise aynen “*Ticaret Kanununun 24. maddesi, Borçlar Kanununun 161. maddesinin son fıkrasına yaptığı yollamadan da anlaşılacağı gibi, yalnız “fahiş olsa dahi cezaî şartın indirilemeyeceği” esasını kabul etmiştir. Yoksa ahlâk ve adaba ve emredici hükümlerin koyduğu kurallara aykırı olan cezaî şartın geçerli olmasını kabul etmemiştir, maddede bu sonucu veren bir hüküm yoktur*” denmiştir. Bkz. HGK., T. 20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 (KBİBB.). Aynı yöndeki kararlar için bkz. 13. HD., T. 17.02.2003, E. 2002/14711, K. 2003/1355; 15. HD., 14.10.1999, E. 1999/2025, K. 1999/3642; 13. HD., 25.01.1993, E. 1992/8546, K. 1993/348 (KBİBB.). Buradaki hüküm sadece tacir olmaya değil, tacirin ticari borçlarına bağlanan bir sonuçtur. Bkz. **Kocaağa**, s. 259; **Oğuzman/Öz**, s. 913-914; **Günay**, s. 221. İsviçre Hukukunda bizim Ticaret Kanunundaki gibi bir istisna hüküm bulunmamaktadır. Dolayısıyla İsviçre hukuku açısından cezaî şart bağlamında kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması mümkün değildir.

birbirinden ayırt etmek gerekir. Bunlar; cezaî şartın aşırı (fahiş) olması ile cezaî şartın borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede ihlâl etmesi sebebiyle genel ahlâka aykırılığın oluşmasıdır. Ayrıca cezaî şartın aşırı (fahiş) olması her zaman borçluyu da ekonomik yönden diğer tarafa bağımlı hale de getirmez<sup>562</sup>. Dolayısıyla TTK.m.24'ün (*Yeni TTK.m.22*) sınırlaması, sadece aşırı (fahiş) kabul edilen cezaî şartlar açısından bir indirim istenemeyeceği hususuna hasredilmelidir. Eğer cezaî şart fahiş olmanın ötesine geçer ve borçlu tacirin ekonomik özgürlüğünü ve geleceğini elinden alır ve onu diğer tarafa bağımlı hale getirirse BKm.19-20 (*TBK.m.26-27*), MK.m.23/II bağlamında genel ahlâka aykırılık boyutuna ulaşılır ve kelepçeleme sözleşmeleri meydana gelir<sup>563</sup>.

Netice olarak, cezaî şart sebebiyle kelepçeleme sözleşmelerinin ortaya çıkması, BK.m. BK.m.161/III (*TBK.m.182/III*) ve TTK.m.24 (*Yeni TTK.m.22*)'deki hükümler sebebiyle sadece tacirler bakımından mümkün olup, o da ancak aşırının (fahişin) ötesinde, tacirin ekonomik özgürlüğünün ağır biçimde sınırlanması ve tehlikeye düşürülmesi ve diğer tarafa bağımlı hale gelmesi hallerinde mümkündür<sup>564</sup>. Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, cezaî şartın, borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlaması sebebiyle genel ahlâka aykırı sayılabilmesinin borçlunun kişisel durumuna bağlı olmasıdır<sup>565</sup>. Çünkü tacirin gücüne bağlı olarak onun ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede ihlâl edilip edilmediği ortaya çıkar. Bundan dolayı her somut olayın bireysel özellikleri özenle incelenmelidir.

Birkaç örnek vermek suretiyle bahsi tamamlamak istiyoruz:

Yargıtayın ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanması sebebiyle genel ahlâka aykırılık konusundaki en köklü ve en geniş kararı cezaî şarta ilişkin bir olaya dairdir. Karara konu olan olayda, müteahhit ile işveren Ulus İş Hanı ikmal inşaatı ve meydan mermer kaplama vs. işleri için sözleşme yapmışlar ve işin 31.01.1963 tarihinde geçici kabul ile bitirileceği hususunda anlaşmışlardır. Ancak işin müteahhit tarafından zamanında bitirilmemesi halinde günde 500 TL cezaî şart ödemesi hükmü de konmuştur. Vaad edilen tarihte iş bitirilememiş ve ihtarlar çekilmiştir. Daha sonra 29.03.1963'te taraflar arasında yeniden protokolle işin 20.04.1963 tarihine kadar tamamlanması, aksi takdirde günde 10.000 TL cezaî şart ödeneceği kararlaştırılmıştır. İş ise 25.08.1963 tarihinde ikmal edilmiş ve işveren tarafından cezaî şart olarak 1.280.000 TL tahakkuk ettirilmiştir. Söz konusu olaydaki

<sup>562</sup> Bkz. **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 145; **Kocağa**, s. 261; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 268; **Eren**, s. 1141; **Ekinci**, s. 324.

<sup>563</sup> **Kocağa**, s. 260 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 268; **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 84; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 28; **Ekinci**, s. 324.

<sup>564</sup> Bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 269; **Kocağa**, s. 261-262.

<sup>565</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 270; **Kocağa**, s. 237; **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 149; **Ekinci**, s. 325; **Günay**, s. 193.

işin keşif bedeli ise 654.999 TL'dir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, olayın gelişim sürecini, yani cezaî şartın 500 TL'den 10.000 TL'ye çıkmasını, keşif bedelinin miktarını ve borçlu tacirin ekonomik geleceğinin aşırı ölçüde elinden alındığını dikkate alarak, kabul edilen cezaî şartı genel ahlâka aykırı bulmuştur<sup>566</sup>.

Cezaî şartın genel ahlâka aykırı görüldüğü başka bir Yargıtay kararına konu olan olayda ise, taraflar arasında 15.08.1998 tarihinde müşavirlik sözleşmesi imzalanmıştır. Sözleşmede müşavirlik hizmet ücretinin zamanında ödenmemesi halinde her geçen gün için %10 cezaî şart kararlaştırılmıştır. Yargıtay ise yüksek orandaki temerrüt faizi niteliğindeki cezaî şartın BK.m.19-20'ye aykırı olduğunu belirtmiştir<sup>567</sup>.

Yargıtayın konuyla bağlantılı sayılabilecek enterasan bir başka kararı da vardır. Yüksek Mahkeme, sözkonusu kararda Anayasanın 18. maddesindeki "*Hiç kimse zorla çalıştırılmaz. Angarya yasaktır*" hükmünü esas almıştır. Karara konu olan olayda, inşaatın 30.6.1995 tarihinde bitmemesi halinde 380.000.000 TL'nin (eski TL) iki katı kadar tazminatın iş sahibine ödeneceği kararlaştırılmıştır. Bu ise ifaya eklenen bir cezaî şarttır. Sözleşmeye göre işin bedeli de 380.000.000 TL'dir. Yargıtay, hem işin bedelinin hem de bedel kadar bir cezaî şart daha ödeme yükümlülüğünün altına girilmesinin, etik yönden toplumu rahatsız eden ve angaryayı meşru sayan bir nitelikte olduğuna hükmetmiştir. Yargıtay, sözkonusu sözleşme hükümlerinin yüklenicinin ekonomik yönden mahvına sebep olmasa dahi taşıdığı sakıncalar dolayısıyla yine sözleşmenin genel ahlâka aykırı olduğunu kabul etmiştir<sup>568</sup>.

## II. Kelepçeleme Sözleşmelerinin Görüldüğü Sözleşmeler

Kelepçeleme sözleşmeleri, borçlar hukukundaki hemen hemen her sözleşmede ortaya çıkabilir. Ancak çalışma kapsamında bütün sözleşme tiplerini incelemenin imkânı yoktur. Bu sebeple burada, kelepçeleme sözleşmelerinin daha yoğun biçimde ortaya çıktığı sözleşme tipleri ele alınmıştır.

<sup>566</sup> HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222 (KBİBB.).

<sup>567</sup> 13. HD., T. 17.02.2003, E. 2002/14711, K. 2003/1355 (KBİBB.).

<sup>568</sup> 15. HD., T. 11.05.2000, E. 1999/4655, K. 2000/2324 (KBİBB.).

## A. Kira Sözleşmeleri

Kiraya verenin bir şeyin kullanılmasını veya kullanmayla birlikte ondan yararlanılmasını kiracıya bırakmayı, kiracının da buna karşılık kararlaştırılan kira bedelini ödemeyi üstlenmesi (*TBK.m.299*) olarak tanımlanan adi kira sözleşmeleri ile kiraya verenin, kiracıya, ürün veren bir şeyin veya hakkın kullanılmasını ve ürünlerin devşirilmesini bedel karşılığında bırakmayı üstlenmesi (*TBK.m.357*) olarak tanımlanan ürün (hâsılat) kirası sözleşmelerinde de kelepçeleme sözleşmeleri görülebilmektedir<sup>569</sup>.

Özellikle adi kira ve ürün (hâsılat) kirası sözleşmesindeki hükümler sebebiyle taraflardan birinin ekonomik özgürlüğü sınırlanarak tamamıyla diğer tarafa bağımlı hale gelmesi durumunda kelepçeleme sözleşmeleri oluşur<sup>570</sup>. Çoğu zaman kazanç kaybı ile kira sözleşmesinin şartları arasında bir illiyet bağı vardır. Ancak kelepçeleme sözleşmelerinin kabulü için kiracının sadece kazanç kaybına uğraması yeterli değildir<sup>571</sup>. Burada asıl olan kira sözleşmesi sebebiyle kiracının (veya kiralayanın) ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede kaybedilmiş olması aranmalıdır.

Kira ve ürün (hâsılat) kirası sözleşmelerinde kelepçemeye neden olabilecek hallerden biri sözleşmenin uzun süreli olmasıdır<sup>572</sup>. Yargıtay'ın bir kararında iki adet tarla ile ilgili yapılmış olan kira sözleşmesinin hem 50 ve 100 yıllık uzun süresine hem de edimler arasındaki uygunsuzluğuna vurgu yapılmış ve sözleşmenin, şartları itibariyle kiralayanın ekonomik özgürlüğünü aşırı biçimde sınırladığına ve bu sebeple BKm.19-20,

<sup>569</sup> **Falkner**, s. 22; **Mietrecht/Blank**, § 535 BGB, Nr. 105; **Michalski**, Lutz: Die Sittenwidrigkeit von Miet-/Pachtzinsen für Gewerberäume, ZMR 1996, Heft 1, s. 2, 5; **Usinger**, Wolfgang: Abschied von der Marktmiete? - Wider den Einsatz der EOP-Methode zur Bestimmung des Wertverhältnisses von Leistung und Gegenleistung bei der Pacht von Gaststätten und sonstigen Gewerbemieträumen, NZM 1998, H. 17, s. 646; **Erman/Palm**, § 138, Nr. 128, 139; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 288; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 133; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 158, 337 vd.; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr.218; **Koller, A.**, s. 226; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 392; Ayrıca kira sözleşmelerinde kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması için gerekli kriterler hakkında detaylı bilgi hakkında bkz. **Falkner**, s. 66 vd..

<sup>570</sup> **Falkner**, s. 22; **Michalski**, s. 5; **Usinger**, s. 646; **Erman/Palm**, § 138, Nr. 139; OLG Dresden ZMR 2002, s. 261, 263.

<sup>571</sup> **Mietrecht/Blank**, § 535 BGB, Nr. 105; OLG Dresden ZMR 2002, s. 261, 263.

<sup>572</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 337-338; Sınırı çizilmemiş kira sözleşmelerinin kelepçeleme sözleşmelerine neden olabileceği hakkında bkz. BGE 103 II 176, 186. İsviçre Federal Mahkemesinin bir diğer kararında ise yine ebedi kira sözleşmelerinin geçersiz olduğu ifade edilmiştir. BGE 96 II 129, 131 vd. Bununla birlikte Federal Mahkemeye göre taraflardan herhangi birinin ömrü boyunca geçerli olmak üzere yapılan kira ve ürün kirası sözleşmeleri geçerlidir. Kira için bkz. BGE 56 II 189, 191 vd.; ürün kirası için bkz. BGE 100 II 345, 347. Ayrıca bkz. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 338; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr.218. Benzer bir durum Alman Medenî Kanununda da mevcuttur. 30 yılı aşan kira sözleşmesinin her iki tarafça da her zaman feshedebileceğini düzenleyen § 544'te, kiracı veya kiralayanın ömrü boyunca geçerli olacağı kararlaştırılan sözleşmelerde uzun süre sebebiyle fesih hakkının kullanılmayacağı kabul edilmiştir.

(TBK.m.27)'a göre geçersizliğine hükmedilmiştir<sup>573</sup>. Kanaatimizce, bu kararın en ilginç yönlerinden biri, genelde kelepçeleme sözleşmelerinde karşılaşılan durumun aksine, kiracı değil kiralayan açısından kelepçeleme halinin oluştuğunun kabul edilmesidir. Karardan da anlaşıldığı üzere, sözleşme süresinin uzunluğu tek başına kelepçeleme sözleşmelerinin oluşumuna sebebiyet vermemekte, bunun yanında kira ücretinin de düşük olması bu duruma sebep olabilmektedir.

İsviçre-Türk hukuku bakımından uzun sürenin kelepçeleme sözleşmelerine sebep olabilmesine karşın<sup>574</sup>, Alman hukukunda bu durumun oluşması pek mümkün olmamaktadır. Çünkü BGB § 544'e göre çok uzun süreli bir kira sözleşmesi yapılmış olsa da kira konusu şeyin teslimi üzerinden 30 yıl geçtikten sonra taraflardan her biri sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir<sup>575</sup>. Ancak 30 yıllık bir sürenin altında olmasına rağmen sözleşmenin taşıdığı diğer hükümler yüzünden kelepçeleme sözleşmelerinin meydana gelebileceği kabul

<sup>573</sup> Bahsedilen kararın vekâlet sözleşmesi ile ilgili boyutu da olmakla beraber, kararda vekâlet hükümleri haricinde de kişinin ekonomik özgürlüklerin aşırı derece sınırlandırılmasına sebep olacak hususlar da ayrıntılı biçimde incelenmiştir. Kararda bu durum aynen: "... Öte yandan maddî olguların özelliği de ayrıca BK.'nın 19 ve 20. maddeleri çerçevesinde bir değerlendirme yapılmasını kaçınılmaz kılmaktadır. Gerçekten de; sözleşmedeki kira süreleri 50 ve 100 yıl olarak çok uzun bir zamanla sınırlandırılmıştır. Hatta 1320 doğumlu olan davacının yaşı göz önünde tutulduğunda, zaman sınırlaması kabul edilemeyecek durumdadır. Buna karşın kira paraları ise çok düşük miktarda tespit edilmiş, muayyen bir zaman dilimleri içinde bir artırım bile öngörülmemiştir. Sözleşmenin kurulması anında tarafların edim dengeleri arasında işlem temelini çökmesine neden olacak güçte açık nisbetsizlik görülmektedir. En önemlisi edanın kıymeti; bunun yerine getirilmesi için katlanması gereken giderlere oranla işlemdeki görüşleri dahi böyle bir sözleşme yapılmasını öngörmez. Hal böyle olunca; ekonomik özgürlüğü kabul edilemeyecek derecede, olağanüstü sınırlandıran, dolaylı da olsa kaldıran, kişinin ekonomik yönden mahvına mucip olan bir akdin varlığını kabul kaçınılmaz olmaktadır. Hüsniyet kurallarına göre de, borçlu böyle bir yükümlülük altına sokulamaz. Esasen her borç özgürlüğün az çok sınırlandırılması içerirse de; fakat bu davada olduğu gibi, anormal, fevkalâde önemli konularda bu yön düşünülmemelidir. Davacı kiralayan, tahammül edilemez bir borç altına sokulmuş, alacaklı, davalıların mutlak bir şekilde irade ve egemenliğine tâbi kılınmıştır... Toplanan delil ve belgeler değerlendirildiğinde, kira sözleşmesinin BK.'nın 19 ve 20. maddeleri uyarınca da batıl olduğunun kabulü gerekir ve davacıyı hukuken bağlamaz" şeklinde ifade edilmiştir.13. HD. T. 3.10.1995, E. 1995/6697, K.1995/8386 (KBİBB.).

<sup>574</sup> Bununla birlikte, TBK.m.347 ile konut ve çatılı işyerlerinin kirası süresine ilişkin getirilen hükümden dolayı, konut ve çatılı işyeri kiralarında kelepçeleme sözleşmeleri görülme ihtimali azalmıştır. Söz konusu hükme göre: "(1) Konut ve çatılı işyeri kiralarında kiracı, belirli süreli sözleşmelerin süresinin bitiminden en az onbeş gün önce bildirimde bulunmadıkça, sözleşme aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayılır. Kiraya veren, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez. Ancak, on yıllık uzama süresi sonunda kiraya veren, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir. (2) Belirsiz süreli kira sözleşmelerinde, kiracı her zaman, kiraya veren ise kiranın başlangıcından on yıl geçtikten sonra, genel hükümlere göre fesih bildiriyle sözleşmeyi sona erdirebilirler. (3) Genel hükümlere göre fesih hakkının kullanılabilmesi durumunda, kiraya veren veya kiracı sözleşmeyi sona erdirebilir". Ancak kanun hükmü sadece her yıl uzayan veya belirsiz süreli kira sözleşmelerine ilişkindir. Kira sözleşmesinin yapıldığı esnadaki çok uzun süreli sözleşme ilişkine yönelik bir çözüm bulunmamaktadır. Örneğin, 40 yıllık bir süre için kira sözleşmesi yapıldığında bu hükmün uygulama alanına girmeyecektir. Burada iki çözüm yolu akla gelebilir: Birincisi, yeni getirilen bu hükmün böyle durumlara kıyasen uygulanması, diğeri ise yine kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında çözümlenmesidir.

<sup>575</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 337 vd.; **Falkner**, s. 21-22; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 288; **Bydlinski**, Vertragsbindung, s. 24-25. Avusturya hukukunda da buna karşılık gelen bir hüküm bulunmamaktadır. (Bkz. **Bydlinski**, Vertragsbindung, s. 24-25).

edilmektedir<sup>576</sup>. Örneğin Nürnberg Eyalet Mahkemesi bir kararında 10 yıllık aşkın süre için yapılmış olan bir lokantanın ürün kirası sözleşmesinde kira bedelinin her yıl artışı ile birlikte, yıllık onarım masraflarının 5000 DM'yi geçmesi gibi sebeplerle kiracının ekonomik hareket özgürlüğünün kısıtlandığına hükmetmiştir<sup>577</sup>. Aynı durum Türk-İsviçre hukuku bakımından da geçerlidir. Yani sözleşme süresi çok uzun olmasa bile, sözleşmenin diğer hükümleri ile birlikte kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması mümkündür.

Almanya'da Hamm Eyalet Mahkemesi'nin kararına konu olmuş bir kira sözleşmesinde, kiracı, kiraladığı yerdeki ticaret yapacağı bütün malları belli bir firmadan almayı ve şirket defterlerini de ayda iki defa sözkonusu firmaya ibraz etmeyi taahhüt etmiştir. Daha sonra sözkonusu firma kendisinden belli bir süreden beri mal alınmadığı gerekçesi ile tazminat talebinde bulunmuştur. Mahkeme ise sözleşmedeki bu hükmün kiracıyı ekonomik özgürlüğünden yoksun bıraktığı gerekçesi ile sözleşmenin geçersizliğine hükmetmiş ve tazminat talebini reddetmiştir<sup>578</sup>.

Ürün kirasına konu olan başka bir olayda ise, kiralanan yerin yeniden yapılan tamir ve tadilatı, kira bedelinin %20 oranında yükselmesine sebep olmuş; ancak kiralanan yerin işletme getirisi değişmemiştir. Kiralanan yerin işletme geliri ile kira bedelinin yüksekliği arasındaki ekonomik dengesizliğin ürün kiracısının ekonomik hareket özgürlüğünü ihlâl ettiği ve bundan dolayı genel ahlâka aykırılığın var olduğu kabul edilmiştir<sup>579</sup>.

## B. Kredi (Kredi Açma) Sözleşmeleri

Kredi sözleşmeleri her dönemde uygulamada çok karşılaşılan ve doktrinde yoğun biçimde üzerinde yazılar yazılan bir konu olma özelliğine sahiptir. Özellikle de son dönemlerde tüketici kredileri özel bir önem kazanmıştır. Tüketim çılgınlığının arttığı son dönemde insanlar, ihtiyaç duydukları fakat eldeki mevcut imkânları ile alamadıkları ihtiyaçlarını, banka ve finans kurumlarından kredi kullanmak suretiyle temin etmektedirler. Bu tür krediler, tüketici kredisi olarak adlandırılmaktadır. Bu durumlarda öncelikle özel hüküm olması sebebiyle, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un, uygulanması gerekir.

---

<sup>576</sup> Falkner, s. 22.

<sup>577</sup> OLG Nürnberg, BB 1958, s. 892 (karar için bkz. Falkner s. 22).

<sup>578</sup> OLG Hamm BB 1970, s. 374; Soergel/Hefermehl, § 138, Nr. 133.

<sup>579</sup> BGH WM 1976, 181; Soergel/Hefermehl, § 138, Nr. 133; Mietrecht/Blank, § 535 BGB, Nr. 105.



Burada incelediğimiz kredi türü ise “*genel kredi sözleşmeleri*” olarak bilinen “*kredi açma sözleşmeleri*”dir. Uygulamada buna daha kısa biçimde “*kredi sözleşmesi*” de<sup>580</sup> denilmektedir. Kredi verenin, kredi alana belli şartlarla, belirli kredi limiti çerçevesinde kredi vermeyi taahhüt etmesi, kredi alanın da kredi verene karşı faiz ve komisyonlardan meydana gelen bedeli ödemeyi üstlenmesinin kabul edildiği<sup>581</sup> olan bu sözleşmeler, aynı zamanda taraflar arasında bir çerçeve sözleşme özelliğine sahiptir<sup>582</sup>. Kredi açma sözleşmelerine ilişkin burada söylediğimiz şeyler, bünyesine uygun düştüğü ölçüde tüketici kredileri için de geçerlidir.

Kredi sözleşmelerinin muhtevassından dolayı özellikle kredi kullanan müşteriler mağdur olabilmektedir. Müşterilerin bahsedilen mağduriyetleri muhtelif hukukî müesseseler yoluyla giderilmektedir. Bunların başında genel işlem şartları<sup>583</sup>, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması<sup>584</sup> ve gabin<sup>585</sup> gibi hukukî müesseseler gelmektedir. Ancak bunların yanı sıra çalışma konumuz olan kelepçeleme sözleşmeleri de kredi kullanan müşteriye koruma sağlayabilir<sup>586</sup>. Kredi sözleşmelerinde, müşterinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırılmasına engel olacak özel bir kanunî düzenleme olmaması sebebiyle yine BK.m.19-20, (TBK.m.27), MK.m.23/II’ün uygulanması gerekmektedir<sup>587</sup>. Burada sorunun hep kredi kullanan müşteri açısından ele alınması, kredi sözleşmelerinde sürekli zayıf olan ve mağdur edilen tarafın müşteri olmasındandır.

Kredi sözleşmelerinde kelepçelemeye sebep olabilecek ilk husus, sözleşmelerdeki faiz oranlarıdır. Ancak hemen belirtelim ki, faiz oranının aşırı yüksek olması doktrinde gabin

<sup>580</sup> Biz başlık olarak bu kavramı kullanmayı tercih ediyoruz.

<sup>581</sup> **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 76.

<sup>582</sup> **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 77. Ayrıca bkz. **Ulusoy**, www.turkhukusitesi.com/makale\_650.htm.

<sup>583</sup> Bu konuda detaylı bilgiler için bkz. **Atamer**, s. 1 vd., özellikle banka ve müşteri ilişkileri açısından bkz. s. 258 vd.; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 96 vd., 114; **Sungurbey**, s. 10 vd.; **İnal**, Tamer: Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredi Sözleşmeleri, İstanbul 2002, s. 134 vd.; **Kaplan**, İbrahim: Banka Standart Sözleşmeleri ve Banka Genel İşlem Şartları, BATİDER, C. XVI, Y. 1991, S. 2, s. 48 vd.. Tüketicilerin korunmasına yönelik olarak TKHK’nun 10, 10/A ve 10/B’nin de özel bir yeri vardır. Şimdiye kadar genel işlem şartlarının doğrudan düzenleyen bir hukuk kuralı mevcut değildir. *Ancak Yeni Borçlar Kanunu m. 20-25 arasında genel işlem şartları artık açık biçimde hüküm altına alınmıştır.*

<sup>584</sup> Bu konuda detaylı bilgi için bkz. **Yılmaz**, Süleyman: Dövizli Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılma Sorunu ve Yargıtay’ın Bakışı, AÜHFD, C. 59, S. 1, Y. 2010, s. 131 vd..

<sup>585</sup> **Koziol**, Helmut: Sonderprivatrecht für Konsumentenkredite, Acp 188 (1988), s. 183 vd..

<sup>586</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 29; **Sungurbey**, s. 46 vd.; **Yılmaz**, s. 156; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 114; **Ulusoy**, www.turkhukusitesi.com/makale\_650.htm.; **Kostakoğlu**, Cengiz: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar, 2. Baskı, İstanbul 1996, s. 90-91.

<sup>587</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 29; **Sungurbey**, s. 46 vd.; **Ulusoy**, www.turkhukusitesi.com/makale\_650.htm.; Bazı noktalarda farklı görüşte olmakla beraber bkz. **Kayar**, İsmail: Kredi Sözleşmelerinde Bankaya Tek Yanlı Faiz Artırma Yetkisi Veren Hükümlerin Geçerliliği ve Uygulanması, Naci Kınacıoğlu’na Armağan, GÜHFD, Y. 1997, C. I, S.1, s. 92; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 114. Yazar, ilgili yerde kredi kullananların korunmasına yönelik diğer çarelere de kısa kısa yer vermektedir (s.113-122).

hükümleri çerçevesinde de değerlendirilmektedir<sup>588</sup>. Gerçekten de gabine has özelliklerin somut olayda var olması halinde, soruna gabin çerçevesinde çözüm üretilmesi haklı görülebilir. Ancak gabinin şartlarının oluşmadığı durumlarda kelepçeleme sözleşmelerinin ortaya çıkması da mümkündür<sup>589</sup>.

Faiz konusunda burada, diğer sözleşme tiplerinin aksine, kısa olay özeti şeklinde örnek vermemenin daha sağlıklı olduğunu düşünmekteyiz. Çünkü faiz oranlarının kelepçeleme sözleşmelerine sebep olup olmaması, özellikle o dönemdeki enflasyon ve diğer ekonomik verilerin etkisine göre belirlenmektedir. Bu ise her döneme ve ülkeye göre farklılık arz etmektedir. Özellikle enflasyonun yüksek olduğu bir ortamda faiz oranının da yüksek olması gayet normaldir. Dolayısıyla burada yer vereceğimiz örneklerde, olayın geçtiği dönemlerle ilgili ayrıntılı ekonomik analiz yapma şansımızın olmaması sebebiyle, verilecek örneklerle yanlış yönlendirmede bulunmak istemiyoruz<sup>590</sup>. Burada kelepçeleme sözleşmelerinin ve eğer şartlar oluşmuşsa gabinin genel kriterlerine yollama yapmakla yetinmeyi uygun buluyoruz

Uygulamada bankaların kredi faizi ve temerrüt faizine ilişkin kısımlarını sözleşmede boş bırakması veya onları tek taraflı olarak değiştirme hakkını saklı tutması<sup>591</sup> kredi sözleşmelerinde faizle bağlantılı olarak kelepçeleme sözleşmelerine sebep olabilecek hallerden birisidir<sup>592</sup>. Sözleşme hükümleri bir bütün olarak ele alındığında kredi veren

<sup>588</sup> **Koziol**, s. 193 vd.; Aksi görüş **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 185 vd..

<sup>589</sup> **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 25.

<sup>590</sup> Bununla birlikte bu konuda şu kararlara bakılabilir: BGH NJW 1982, 2433; BGH NJW; BGH WM 1987, 613; BGH NJW 1987, 181; BGH ZIP 1991, 359, 361; BGE 93 II 189, 191; BGE 107 II 218; 3. HD. T. 07.04.2008, K. 2008/5324, E. 2008/5974.

<sup>591</sup> Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerinde genellikle şu şekilde hükümler yer almaktadır: “*Banka müşteriye ihbarda bulunmaksızın işbu sözleşme gereğince açılacak kredi ve hesaplar ile birlikte diğer her türlü kredi ve teminatlara yetkili merciler tarafından tesbit olunan veya sonradan değiştirilecek olan azami hadleri geçmemek kaydı ile bankanın tesbit ettiği ve edeceği döviz türlerine göre de değişen oranlarda faiz, komisyon gider vergisi uygulanacaktır*”. İşte bu hükümlere dayanarak bankalar alınmış olan kredinin faizi istedikleri gibi ayarlayabilmektedir. Yine bankalar fesihle ilgili olarak da şu hükme yer vermektedirler: “*Banka, dilediği anda ... bu sözleşmeye dayanan cari hesapların bir kısmını veya tamamını kesebilir, yahut sözleşmeyi feshedebilir*”. Bankalar bu hükümleri arkasına alarak, ihbarla müşterinin belirlenen faiz oranını kabul etmesini istemekte, aksi halde ana alacağı muaccel kılarak takibe başlayacaklarını bildirmektedirler. Ayrıca müşteriler kredi sözleşmesinin feshedileceği korkusunu da açık biçimde yaşamaktadırlar. Bkz. **Sungurbey**, s. 9; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 30, dn. 63-64. Kelepçeleme sözleşmelerinin oluşup oluşmadığını tesbiti sözleşmenin bir bütün halinde yorumlanmasını da gerekli kılmaktadır. Bundan dolayı bir hüküm tek başına kelepçeleme hali meydana getirmese de sözleşme bir bütün olarak değerlendirildiğinde bu sonuca varılabilir. Ayrıca bkz. **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 114-115.

<sup>592</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 29; **Sungurbey**, s. 9, 46 vd.; **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 114-115; **Ulusoy**, www.turkhukuk sitesi.com/makale\_650.htm; Aksi görüş **Kayar**, s. 89 vd., 95-96. Ancak yazar yine de bir ayırma gitmektedir. Yazara göre, sözleşmelerde bu tür hükümlerin bulunması temel olarak genel ahlâka aykırı değildir. Ancak banka faiz artırımında bulunurken kredi müşterisine tebliğde bulunması gerekir. Eğer banka kredi sözleşmelerinde “ihtara gerek kalmaksızın” değişiklik yapabileceği yönünde hüküm olursa bunlar BK.m.19-20’ye, *TBK.m27*, aykırılık sebebiyle geçersizdir (s.92). Yargıtay’a göre de kredi sözleşmelerinde faiz oranının gösterilmemesi veya bankaya tek taraflı faiz oranlarını artırma yetkisinin verilmesi genel ahlâka aykırı değildir. Ancak daha sonra bu hükümler (ileriye dönük olarak) dürüstlük

kuruluşun belirleyeceği yeni faiz oranını müşterinin kabul etmekten başka çaresi kalmamaktadır. Yine sözleşmenin yapıldığı esnada müşterinin bunları tartışma değiştirme lüksü de bulunmamaktadır<sup>593</sup>.

Yukarıdaki olaylara benzer biçimde özellikle tüketici kredi sözleşmelerine, bir taksitin zamanında ödenmemesi halinde, müteakip tüm taksitlerin kendiliğinden muaccel hale geleceği ve borçlunun icra takibine itiraz etmekten vazgeçtiğine yönelik hükümler de<sup>594</sup> koymaktadırlar. Gerçekten de, böyle bir durumla karşılaşan müşteri varını, yoğunu ortaya koyarak, ekonomik geleceğini risk altına atarak, gerekirse başkalarından (tefecilerden) borç alarak krediyi ödemeye çalışmaktadır<sup>595</sup>.

Doktrinde banka kredi sözleşmeleri için verilmiş bir örneği burada zikrederek bahsi kapatmak gerekir: Söz konusu örneğe göre, bankadan kredi alan otel işletmecisi, otelin tamamını teminat olarak göstermiş, buna ilâveten de işletmesiyle ilgili olan her kararda kredi veren bankanın görüş ve onayının alınması şartını kabul etmiştir. Böylece otel işletmecisinin özel teşebbüsünü serbestçe işletme ve yönetme özgürlüğü önemli ölçüde elinden alınmıştır. Geniş müdahale sebebiyle otel işletmecisi ekonomik faaliyetlerini kontrol etme ve yürütme hakkını neredeyse tamamen kaybetmiş ve oteli kredi veren bankaya devretmiştir. Bu durum ise kelepçeleme sözleşmelerinin oluşması için yeterlidir<sup>596</sup>.

### C. Ödünç Sözleşmeleri

Ödünç verenin, bir miktar para veya misli şeyin mülkiyetini belirli bir süre için ödünç alana geçirmeyi, ödünç alanın da aynı miktar ve nitelikte şeyin iadesini taahhüt etmesi olan ödünç (karz) sözleşmelerinde de<sup>597</sup> kelepçeleme sözleşmelerine rastlanabilir<sup>598</sup>. Ödünç

---

kuralı uyarınca kullanılmalıdır. Bkz. 19. HD. T. 4.2.1997, E. 1996/3416, K. 1997/831, (KBİBB.); 19. HD. T. 26.3. 1996, E. 1996/6, K. 1996/2976, (KBİBB.); 19. HD. T. 25. 11. 1994, E. 1994/6472, K. 1994/11467, (KBİBB.); 19. HD. T. 24.2.1997, E. 1997/ 5454, K.1997/1709, (KBİBB.).Genel kredi sözleşmeleri haricinde tüketici kredileri bakımından TKHK'nun 10, 10/A ve 10/B'nin öncelikle uygulanacağını da belirtmeliyiz.

<sup>593</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 30.

<sup>594</sup> Örneğin şu şekilde kayıtlar yer almaktadır: “Bir aylık taksit zamanında ödenmediği takdirde müteakip taksitlerin kendiliğinden hiçbir ihbar veya ihtara gerek kalmaksızın, muacceliyet kesbedecektir. Kredi borçlusunu, bu hususta yapılacak olan icra takibine itiraz hakkından peşinen feragat eder”.

<sup>595</sup> Bkz. **Yılmaz**, s. 156.

<sup>596</sup> **Ulusoy**, [www.turkhukuk sitesi.com/makale\\_650.htm](http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_650.htm).

<sup>597</sup> Tanım için bkz. **Aral, F.**, Borçlar, s. 301. Söz konusu tanım, BK.m.306'daki tanımla paralellik arz etmektedir. *TBK.m. 386'da aynı tanım “tüketim ödünçü” adı altında korunmuştur. Ancak şimdiye kadar ariyet sözleşmesi olarak ifade edilen müessesese, TBK.m.379-385'de “kullanım ödünçü” şeklinde düzenlenmiştir.*

sözleşmelerinin yukarıdaki kredi sözleşmelerinden ayrılan yönü, kredi sözleşmelerinde, kredi verenin bir kredi kuruluşu (banka) olmasıdır. Yine ödünç sözleşmelerinden farklı olarak kredi sözleşmelerinde kredi kullanan tarafın kredi şartlarını müzakere etme şansının bulunmamasıdır. Bu farklara rağmen, kredi sözleşmeleri ile ödünç sözleşmelerinin birçok açıdan ortak olduğunu da belirtmeliyiz<sup>599</sup>.

Ödünç sözleşmelerindeki kelepçeleme hali daha çok kararlaştırılan faiz hükümleri sebebiyle ortaya çıkmaktadır. Bununla ilgili bir özel hüküm olmaması sebebiyle burada da BK.m.19-20, (TBK.m.27/I), MK.m.23/II uygulanır<sup>600</sup>. Ancak özellikle faiz konusuyla bağlantılı olarak şartların oluşması halinde gabin hükümlerinin (BK.21, TBK.28) devreye girmesi de sözkonusudur<sup>601</sup>.

Daha önce incelenen kredi sözleşmelerinde olduğu gibi burada da faiz konusunda kısa olay özeti şeklinde örnek vermemek isabetli olur kanaatindeyiz. Burada yeteri kadar ekonomik analiz yapılmadan ve ayrıntı verilmeden örnek olarak gösterilecek kararlar, yanılığa yol açabilir<sup>602</sup>. Yine de yakın tarihli olması gerekçesiyle dövizle borç para verilmesinde uygulanan faiz oranının çok yüksek olması sebebiyle, sözleşmedeki bu hükmün genel ahlâka aykırılık teşkil ettiği yönündeki Yargıtayın bir kararını örnek olarak vermek mümkündür. Karara konu olan olayda paylı mülkiyete konu olan bir taşınmaz, paylı maliklerden birinden diğerine temlik edilmiş ve buna bağlı olarak da taraflar arasında 17.12.1997 tarihinde bir satış protokolü düzenlenmiştir. Bu protokole göre taşınmazdaki pay, 30.000 ABD Doları tutarındaki borç para karşılığı temlik edildiği, ileride borç ödendiğinde taşınmazın iade edileceği öngörülmüştür. Ancak protokolde ayrıca 1.500 ABD Doları “fiyat farkı” adı altında faiz kararlaştırılmıştır. Yargıtay, bu faizin yıllık %60 seviyesinde olduğunu, özel ve kamu bankalarındaki yıllık oranın ise %5-6 seviyesinde olduğunu ve bunun da fahiş olduğunu belirterek sözkonusu kararda aynen, “*Kişisel veya ekonomik hürriyeti kabul*

<sup>598</sup> **Mülbert**, Peter O.: Das Darlehen in der höchstrichterlichen Rechtsprechung 1988-1991, Teil 1, JZ 1992, H. 6, s. 292; **Aral, F.**, Borçlar, s. 304; **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 185 vd..

<sup>599</sup> Bu konudaki ayrıntılar için bkz. **Akyol**, Banka Sözleşmeleri, s. 91 vd..

<sup>600</sup> **Mülbert**, s. 292; **Aral, F.**, Borçlar, s. 304. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 185 vd. Yazarın konuyu sadece MK.m23/II (ZGB. Art. 27/II) açısından ele aldığını belirtmekte fayda vardır. Doktrinde sorunun gabin (BK.21, TBK.28) hükümleri çerçevesinde çözümleneceğini ifade edilmektedir. Bkz. **Honsell**, Heinrich: Die Abwicklung sittenwidriger Darlehensverträge in rechtsvergleichender Sicht, Festschrift zum 60. Geburtstag von Hans Giger, Bern 1989, s. 287 vd..

<sup>601</sup> Gerçekten sözleşme yapılış koşulları dikkate alındığında, ödünç alanın zorda olması veya tecrübesiz olmasından dolayı edimler arasında ciddi olarak bir dengesizlik oluşmuşsa sorunun gabin hükümleri ile de çözümlenebileceği bizce de makûldür. Konuyu daha çok gabin yönünde ele alan bir inceleme için bkz. **Honsell**, Darlehensvertäge, s. 287 vd.. Ayrıca bkz. **Koziol**, s. 187 vd.; **Aral, F.**, Borçlar, s. 304; **Mülbert**, s. 291.

<sup>602</sup> Bununla birlikte bu konuda şu kararlara bakılabilir: BGH NJW 1982, 2433; BGH NJW; BGH WM 1987, 613; BGH NJW 1987, 181; BGH ZIP 1991, 359, 361; BGE 93 II 189, 191; BGE 107 II 218; 3. HD. T. 07.04.2008, K. 2008/5324, E. 2008/5974. Ayrıca farklı ülkelerdeki faiz uygulamaları ve buna bağlı değerlendirmeler için **Honsell**, Darlehensvertäge, s. 288 vd..

*edilemez derecede ya da olağanüstü bir biçimde sınırlayan sözleşmeler ahlâk ve adaba aykırı düşer. Sözleşmeye bağlanan sınırlamalar, borçlunun kişilik veya bekası için zorunlu olan koşulları olağanüstü şekilde tehlikeye düşürmemeli, onun için katlanılamaz ve çökertici bir düzeye gelmemelidir. Yoksa kişi ekonomik özgürlüğünü yitirir ve alacaklının mutlak iradesine tabi duruma gelir. ...değinilen ilke ve olgular bir bütünlük içinde değerlendirildiğinde, sözleşmeye fiyat farkı nam altında konulan edimin geçerli olamayacağı ve butlan kapsamına gireceği açıktır”* demek suretiyle hükmün genel ahlâka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>603</sup>.

Kredi sözleşmelerinde olduğu gibi burada da eğer şartlar oluşmuşsa gabinin oluşabileceğini belirterek, gabinin genel kriterlerine yollama yapmayı uygun görüyoruz.

Ödünç sözleşmelerinde kelepçelemeye sebep olacak durum sadece faiz konusu ile sınırlı değildir. Sözleşmenin bir bütün olarak değerlendirilmesi neticesinde de kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkabilir. Doktrinde İngiliz Mahkemesi kararı olarak aktarılmış bir olayı bu bağlamda örnek olarak zikredebiliriz. Bahsedilen olaya göre, bir kişinin borç para aldığı tefeci ile yaptığı sözleşmede, belirli bir müddet koymadan elde edeceği bütün ücretini tefeciye vereceği ve onun izni olmadan işini değiştiremeyeceği hususundaki taahhüdü genel ahlâka aykırıdır<sup>604</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesinin kararına konu olan olayda ise, bir fırıncı, değirmenciden faizli ve rehinle teminat altına alınmış olarak 10 yıllık süre için 5000 Frank ödünç almıştır. Ödünç sözleşmesine bağlı olarak yapılan taahhütnameyle fırıncı, ihtiyacı olan bütün unu 10 yıl boyunca değirmenciden alacağını, bunun ise yıllık miktarının en az 1200 kental<sup>605</sup> olacağını, alınan un bu miktara ulaşmazsa eksik her kental için ve yine başkasından alınan her kental için de 1 Frank ceza ödeyeceğini kabul etmiştir. Değirmenci de diğer değirmencilerle aynı kalitede un vermeyi taahhüt etmiştir. Fırıncı almış olduğu borcu 2 yıl içinde değirmenciye ödemiş ve sözleşmedeki diğer taahhütlerin ekonomik özgürlüğünü elinden aldığı gerekçesiyle mahkemeye başvurmuştur. Mahkeme ekonomik özgürlüğün belli ölçüde sınırlandığını belirtmekle birlikte, ödünç için öngörülen süre ile yükümlülük altına girilen sürenin eş değer olması ve yine fırıncının borcunu 2 yıl gibi bir zaman içinde ödemiş

<sup>603</sup> 1. HD. T. 6.3.2002, E. 2001/10578, K. 2002/2892 (KBİBB.). Sözkonusu karar oy çokluğuyla alınmış olup, karşı oy yazısı da bulunmaktadır.

<sup>604</sup> Örnek için bkz. **Sirmen**, s. 448-449. Yazar, örneği şahsiyet haklarına aykırılık sebebiyle hukuka aykırılık içinde değerlendirmiştir. Ancak bize göre olay genel ahlâka aykırıdır. Ekonomik özgürlüğün aşırı derecede sınırlandırılmasının özel bir hukuk kuralı bulunmadığı müddetçe genel ahlâka aykırılık içinde değerlendirileceği yönündeki görüşümüz için bkz. § 7, II.

<sup>605</sup> 1 kental 100 kg'dır.

olmasının da onun ekonomik özgürlüğünün tehlike altında olmadığını gerekçe göstermek suretiyle haklı olarak fırıncının yükümlülüğünü genel ahlâka aykırı bulmamıştır<sup>606</sup>.

#### D. Kefalet Sözleşmeleri

Kefilin, asıl borçlunun alacaklısına karşı, asıl borcun ifasından sorumlu olmayı taahhüt etmesi olan kefalet sözleşmesinde de<sup>607</sup> kelepçeleme sözleşmeleri sonucunu doğuracak haller bulunabilmektedir<sup>608</sup>. Kefalet sözleşmelerinde konuya has özel düzenleme olmadığı için genel hükümler BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*), MK.m.23/II burada da devreye girer<sup>609</sup>.

Kefalet sözleşmelerinde kelepçeleme teşkil edebilecek en belirgin husus, kefalet sözleşmesinde taahhüt edilen miktarın yüksekliğidir<sup>610</sup>. Gerçekten kefilin hayatı boyunca çalışsa kefil olunan miktarı ödeyemeyecek olması veya ekonomik özgürlüğünün aşırı derece sınırlanacak kadar yükümlülük altına girmesi genel ahlâka aykırıdır<sup>611</sup>.

Kefalet miktarının yüksekliği ve kefil olanın iradesini özgürce belirleyememesi bağlamında Alman hukukunda önemli bir süreç yaşanmıştır. Alman hukukunda Alman Federal Mahkemesi, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 19 Ekim 1993 tarihli bir kararına kadar, genelde gelirden ve malvarlığından yoksun aile fertlerinin, yani eş ve reşit çocukların bankadan kredi alan koca veya ebeveynler için kefil olmalarını tamamen geçerli saymaktaydı<sup>612</sup>. Ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesi bahsedilen kararında, Alman

<sup>606</sup> BGE 51 II, 162 vd..

<sup>607</sup> Tanım için bkz. **Aral, F.**, Borçlar, s. 421. Borçlar Kanunu m. 483'teki tanım haklı olarak çok eleştirilmekteydi. *Yeni Borçlar Kanununda ilgili hüküm düzenlenirken bu eleştiriler dikkate alınmış ve kefalet sözleşmesi "kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşme" olarak tanımlanmıştır (TBK.m.581)*. Ayrıca tanım ve eleştiriler için bkz. **Özen**, Burak: Kefalet Sözleşmesi, İstanbul 2008, s. 45 vd..

<sup>608</sup> **Köhler**, s. 186; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 228; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 256-257 ve dn. 750; **Atamer**, s. 155, dn. 69; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 138; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 42-43; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; **Yavuz**, s. 411 vd.. Yazar her ne kadar kefalet hukuku adli eserinde kelepçeleme sözleşmeleri başlığı açmışsa da, bölümün içinde kefaletle ilgili herhangi bir değerlendirmede bulunmamıştır.

<sup>609</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 256-257; **Atamer**, s. 155, dn. 69; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 228; **Akipek/Akıntürk**, s. 399. Alman hukukunda da aynı durum geçerlidir. Bkz. **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 42-43; **Köhler**, s. 186.

<sup>610</sup> **Köhler**, s. 186; **Atamer**, s. 155, dn. 69; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 257.

<sup>611</sup> **Atamer**, s. 155, dn. 69; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 257.

<sup>612</sup> BGHZ 106, 269; BGHZ 107, 92; BGH WM 1991, 1154 = NJW 1991, 2015; BGH WM 1992, 93; BGH WM 1989, 595; BGH WM 1990, 59; NJW 1989, 1605 = JZ 1989, 503 = ZIP 1989, 629. Bu kararlarla birlikte, Yüksek Mahkemenin farklı dairesince özel koşulların varlığı halinde genel ahlâka aykırılığın oluşacağı yönünde de kararlar verilmiştir. Bkz. BGH NJW 1993, 322; BGH NJW 1991, 923. Bu son kararda, gelirden ve malvarlığından yoksun evli kadının kocasının bankadan aldığı 65.000 Alman Markı tutarındaki işletme kredisi için birlikte kredi üstlenmesini, kadının genel ahlâka aykırı aşırı yükümlülük altına girmesi olarak değerlendirmiştir. İşte Yüksek Mahkemenin verdiği bu kararlarla içtihat farklılığı oluşmuştur. Yüksek mahkemenin reddettiği davalardan birisinde yükümlülük altına giren şahıs Alman

Anayasa'sının 2. maddesi bağlamında irade özgürlüğüne, BGB § 138'deki genel ahlâka aykırılığa ve BGB § 242'deki dürüstlük kuralına vurgu yaparak, aile bireylerinin kefalet sözleşmesi yaparken aile ilişkilerinden dolayı özgür iradelerini yeterince şekillendiremeyeceği ve kişinin ömrü boyunca çalışsa bile kefil olunan miktarı ödeyemeyeceği hususlarından dolayı bu tür kefil olmayı geçersiz saymıştır<sup>613</sup>. Sonraki dönemlerde de Alman Federal Yüksek Mahkemesi bahsedilen kararlara uygun yönde içtihat geliştirmiştir<sup>614</sup>.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin bahsedilen şekilde karar vermesine sebep olan somut olay ise kısaca şöyleydi: 21 yaşında meslekî eğitim ve geliri olmayan -ancak o sırada 1150 DM ücretle balık fabrikasında çalışan- bir genç kız, emlak komisyonculuğu ile uğraşan babasının banka kredi limiti için yan edimler dâhil müteselsil kefil olarak 100.000 DM'lik bir kefalet sözleşmesini 29.11.1982 tarihinde imzalamıştır. Kız, bu kefaletle, doğmuş ve ileride doğacak olan bütün alacaklara kefil olmuş ve ayrıca, asıl borca ilişkin zamanaşımı def'i ile iptal edilebilirlik ve takas konusundaki savunmalardan da vazgeçmiştir. Kızın babası 1984 yılında emlakçılık işini bırakmış ve denizcilik işi ile uğraşmaya başlamıştır. Aynı banka, babanın 1,3 Milyon DM'lik bir gemi satın almasını da finanse etmiştir. Ancak banka, baba ile arasındaki faizleri ile birlikte 2,4 Milyon DM'ye ulaşan açık hesap ilişkisini feshetmiştir. Bu arada banka, kıza da kefil olduğu miktarı ödemesi için talepte bulunmuştur. Kız, sözkonusu

---

Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Bunun üzerine Mahkeme yeni bir durum yaratan kararını vermiştir. Sürece ve kararlara ilişkin toplu bilgi için bkz. **Honsell**, Mithaftung, s. 818.

<sup>613</sup> BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36-39 = ZIP 1993, s. 1775-1781. Konuya ilişkin bilgi ve değerlendirmeler için bkz. **Kocaman**, Arif B.: Gelirden ve Malvarlığından Yoksun Aile Fertlerinin, Kredi Alan Eş veya Ebeveyn Lehine Akdettikleri Kefalet Sözleşmelerinin Ahlâka Aykırılığı Sorunu -Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 19.10.1993 Tarihli Kararı Çerçevesinde Bir İnceleme-, Ali Bozer'e Armağan, Ankara 1993, s. 371 vd.; **Honsell**, Heinrich: Die Mithaftung mittelloser Angehöriger, JuS 1993, H. 10, s. 817; **Aynı Yazar**: Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, H. 9, s. 565 vd.; **Horn**, Norbert: Übermäßige Bürgschaften mittelloser Bürgen: wirksam, unwirksam oder mit eingeschränktem Umfang?, WM 1997, H. 22, s. 1081 vd.; **Emmerich**, Volker: Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger, Jus 2000, H. 5, s. 494 vd.; **Schapp**, Jan: Die Konkretisierung von Generalklauseln durch den Zivilrichter am Beispiel der Sittenwidrigkeit von Bürgschaften naher Angehöriger, Festschrift für Alfred Söllner, München 2000, 973 vd.; **Wagner**, Stephan: Die Sittenwidrigkeit von Angehörigenbürgschaften nach Einführung der Restschuldbefreiung und Kodifizierung der c.i.c., NJW 2005, H. 41, s. 2956 vd.; **Schnabl**, Daniel: Kehrtwende der Rechtsprechung zu sittenwidrigen Bürgschaftsverträgen?, WM 2006, H. 15, s. 706 vd.; Ayrıca kararın Türkçe tercümesi için bkz. **Atamer**, Yeşim: Geliri ve Malvarlığı Olmayan Aile Bireylerinin Kefaleti-Sözleşme İçeriğinin Denetlenmesi, İHFM, Y. 1997, C. LV, S. 3, s. 419 vd.. Yukarıdaki makalelerin yazılma tarihleri de dikkate alındığında konunun doktrindeki tartışmalarının halen devam ettiği gerçeği ortaya çıkmaktadır. Kararda, miktar yüksekliği ve iradenin özgürce belirlenememesi hususlarına vurgu yapılmıştır. Kelepçeleme sözleşmelerini kişinin ekonomik özgürlüklerinin aşırı derece sınırlanması olarak kabul etmemizden dolayı, karardaki iradenin özgürce belirlenememesi, kelepçeleme sözleşmelerinin değil, kişinin şahsî özgürlüklerinin kısıtlanması ile ilgili olduğunu düşünmekteyiz. Dolayısıyla kararda kelepçeleme sözleşmeleri açısından önemli olan husus kefil olunan miktarın yüksekliğidir. Türk doktrinde Özen tarafından, Almanyadaki bu durum işlem temelinin çökmesi olarak ele alınıp değerlendirilmiştir. **Özen**, s. 211-212.

<sup>614</sup> BGH NJW 1994, 1278; BGH NJW 1994, 1341; BGH NJW 1997, 3372; BGH NJW 2002, 2229; BGH NJW 2002, 2634; BGH ZIP 2003, 796; BGH ZIP 2003, 2194; BGH NJW 2005, 972.

kefalet sözleşmesinin geçersizliği ile ilgili dava açmış ve banka da karşı dava açmıştır. Mahalli mahkeme ise karşı davayı kabul etmiştir. Ancak ilgili Eyalet Mahkemesi mahalli mahkemenin kararını bozmuş ve karşı davayı reddetmiştir. Eyalet Mahkemesi özellikle dosyadaki bazı bilgilerden yola çıkarak<sup>615</sup> kefilin, alacaklının davranışları sebebiyle hataya düşürüldüğünü gerekçe göstermiştir. Federal Yüksek Mahkeme ise, eyalet mahkemesinin kararını bozmuş ve mahalli mahkemenin kararını onaylamıştır<sup>616</sup>.

Bahsedilen kararın verildiği dosyada başka bir şikayet konusu daha vardı ki, Alman Federal Anayasa Mahkemesi bu olayda genel ahlâka aykırı bir yön bulmamıştır. Bahsedilen ikinci olay ise şöyle cereyan etmiştir: Kadın, bankanın kocasına sigorta sözleşmesi yapması için verdiği 30.000 DM tutarındaki krediye kefil olmuştur. Kadının o tarihte bir geliri ve malvarlığı yoktur. Ev kadını olarak iki çocuğuna bakmaktadır. Kredi borçlusu koca kredi ödemelerinde temerrüde düşünce banka kredi sözleşmesini feshetmiştir. Bakiye borç miktarı o tarihte toplam 32.140, 31 DM'dir. Hayat sigortasının geri alım bedelinin düşürülmesi ile oluşan yeni meblağ ise 16.274, 02 DM'dir. Bu meblağ üzerinden banka kefil olan kadına dava açmış ve mahalli mahkeme de davayı kabul etmiştir. Eyalet Mahkemesi de kararı onaylamıştır. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ise, kefil olunurken taahhüt edilenin yüksek meblağlı ve ölçülmesi güçlük çıkaracak bir işletme rizikosunun olmadığını, bir tüketici kredisi için kefil olunduğunu, kredi alınmasından kadının da doğrudan menfaatinin olduğunu ve kadının gerek karar verme özgürlüğünün kısıtlanmasına sebep olacak bir durumun olmadığını gerekçe göstererek olayda genel ahlâka aykırı bir yön bulunmadığına karar vermiştir<sup>617</sup>.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda anılan kararını, gabin konusuna yaklaşarak verdiğini söylemek de herhalde yanlış olmaz. Çünkü kararın verilmesine sebep olan olayda, genç kızın hataya düşürüldüğü ve akılcı bir değerlendirme ile kefaleti üstlenmeye hazır olabileceğinin düşünülmemeyeceğini de açıkça ifade edilmiştir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi aile bireylerinin kefaletine benzer biçimde, işçiler yönünden de yeni sayılabilecek bir karar (2003 yılı) vermiştir. Bu olayda, inşaat işi ile uğraşan bir limited şirket ekonomik sıkıntı içine düşüyor ve bankadan 200.000 DM kredi alıyor. İşçilerden üç kişi (bunlardan biri davacı oluyor) kredi için müteselsil kefil oluyor. Daha sonra işveren şirket iflas ediyor ve banka alacağın bir kısmı olan 70.000 DM için kefil

---

<sup>615</sup> Mahkemenin esas aldığı dosyadaki bilgi, banka görevlisi tarafından kıza söylenen "Lütfen imzalayınız, bununla büyük bir yükümlülük üstlenmiyorsunuz, bu sadece bizim dosyamızda bulunması gereken bir belgedir" şeklindeki ifadedir. Bkz. BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36-39 = ZIP 1993, s. 1775-1781.

<sup>616</sup> Karar için bkz. NJW 1989, 1605 = JZ 1989, 503 = ZIP 1989, 629.

<sup>617</sup> BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36, 39 = ZIP 1993, s. 1775, 1781.



olan işçiye (olayda davacı) başvuruyor. İşçi kefil olduğu esnada firmada yönetici sıfatıyla çalışmakta ve 2.222 DM almaktadır. Mahkeme, faizleri de dikkate alarak, bunun işçinin ekonomik olarak gücünü aşan bir kefalet sözleşmesi olduğu ve her ne kadar diğer kararlarda olduğu gibi aile bağları ilişkisi olmasa da<sup>618</sup>, işçinin işini kaybetme korkusu altında kefil olduğu düşüncesiyle, kefalet sözleşmesini genel ahlâka aykırı bulmuştur<sup>619</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi de bir kararında benzer biçimde kefilin, asıl borçlunun alacaklıya karşı hukukî sebebi ne olursa olsun gelecekteki bütün borçları için kefil olmasını MK.m.23/II bağlamında genel ahlâka aykırı bulmuştur<sup>620</sup>.

Burada değerlendirilmesi gereken bir diğer husus ise, kefalet sözleşmelerinde kefilin, borç kime devredilirse devredilsin, kefaletin devam edeceği yönündeki genel ahlâka aykırı taahhütlerdir<sup>621</sup>. Doktrinde bu durum ekonomik özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanması kapsamında değerlendirildiği gibi<sup>622</sup>, herhangi bir özel bir durum belirtmeksizin daha geniş biçimde kişinin şahsî ve ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması bağlamında da değerlendirilmiştir<sup>623</sup>.

Kanaatimizce, sözkonusu durumu kişinin ekonomik özgürlüklerinin aşırı derecede sınırlanması bağlamında ele almak isabetli olmaz. Çünkü kişi kefil olduğunda, zaten bu borcu ödemeyi ekonomik olarak üstlenmiştir. Elbetteki kefil olunduğu esnada asıl borçlunun kim olduğu, ödeme gücü önemlidir ve asıl borçluya rücu edilirken de asıl borçlunun da ekonomik durumu önemlidir. Ancak kişi kefil olurken, asıl borç ödenmediğinde kefil olunan rakamı ödemeyi ve asıl borçluya rücu ettiğinde de ödediği parayı tahsil edememeyi göze almaktadır. Yani burada esas olan, ödenmesi göze alınan rakamın kendisi olup, o rakam ödendiğinde, kefilin ekonomik durumunun ne hale geleceğidir. Yoksa bu paranın kim için ödendiği kişiyi ekonomik olarak aşırı derecede zor duruma sokup, onun geleceğini risk altına sokmaz<sup>624</sup>. Biz kelepçeleme sözleşmelerini, kişinin sadece ekonomik özgürlüklerinin aşırı derecede

<sup>618</sup> Hatta burada kefil olanın da lehine bir durum belirtilmiştir. Çünkü işverenin durumunu iyileştirme halinde bundan işçi de istifade edecektir. Dolayısıyla iki taraflı bir menfaat vardır. Bkz BGHZ, 156, 302.

<sup>619</sup> Bkz BGHZ, 156, 302. Konuya ilişkin değerlendirmeler için bkz. **Seifert**, Achim: Zur Zulässigkeit von Arbeitnehmerbürgschaften, NJW 2004, H. 24, s. 1707 vd.; **Pfab**, Alexander: Die Sittenwidrigkeit von Arbeitnehmerbürgschaften, Jura 2005, H. 11, s. 737 vd..

<sup>620</sup> BGE 120 II, 35 vd..

<sup>621</sup> Bu konuda İsviçre Federal Mahkemesinin birkaç tane kararı bulunmaktadır. Bkz. BGE 63 II 409 vd.; BGE 67 II 128, 131; BGE 95 II 55, 57.

<sup>622</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 257, dn. 750. Yazar bu örneği verirken her ne kadar net biçimde kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede kısıtlandığından dolayı genel ahlâka aykırılık oluştuğunu ifade etmesi de, konuyu ele aldığı başlık “aşırı ekonomik taahhütler”dir.

<sup>623</sup> **Akipek/Akıntürk**, s. 399; **von Tuhr/Peter**, s. 260; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 228.

<sup>624</sup> Ayrıca kefil olunan miktar çok düşükse yine kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede kısıtlandığını söyleyebilecek miyiz? Eğer savunduğumuz görüş kabul edilirse, miktarın düşük olup olmamasının hiçbir önemi olmaksızın, kişinin gelecekteki karar verme özgürlüğünden vazgeçmesi tek başına genel ahlâka aykırılık için yeterli olur.

sınırlanmasını ilgilendiren hususlara hasrettiğimizi ettiğimizi yukarıda ifade etmiştik<sup>625</sup>. Dolayısıyla kefilin bahsedilen taahhüdünü, kelepçeleme sözleşmeleri kapsamında değerlendirmek mümkün değildir. Ancak şüphesiz bu durumda, kişinin şahsî özgürlüğü sınırlanmaktadır. Çünkü onun, geleceğe ilişkin karar verme özgürlüğünden bu şekilde peşinen vazgeçmesi kabul edilemez.

## E. Temlik (Vaadi) Sözleşmeleri

Her ne kadar çalışmada başlık olarak temlik (vaadi) sözleşmeleri kullanılmış olsa da, kelepçeleme sözleşmeleri asıl olarak topyekün temlikte (mevcut ve gelecekteki alacakların toptan temlikinde) ortaya çıkar<sup>626</sup>. Bununla birlikte, nadir de olsa bir veya birden fazla alacağın temlikinde de kelepçeleme sözleşmelerinin görülmesi mümkündür<sup>627</sup>. Ayrıca başlıkta parantez içinde “vaadi” kavramına da yer vermiş bulunmaktayız. Bunun sebebi ise, alacağın temlikinde iki ayrı durumun sözkonusu olabilmesidir. Bunlardan biri borçlandırıcı işlem olan temlik vaadi, diğeri tasarruf işlemi olan temlikin kendisidir. Her iki durumun gerçekleşmesi, şekil vb. konular bakımından farklı hükümlere tabidir. Temlik konusundaki sebebe bağlılık tartışmalarına girmeksizin, kelepçeleme sözleşmelerinin oluşup oluşmadığını tespit açısından borçlandırıcı işlem aşamasının da dikkate alınabileceğini düşünmekteyiz. Yani doğrudan bir tasarruf işlemi olan alacağın temliki varsa, tasarruf aşaması, henüz sadece alacağın temliki vaadi varsa, borçlandırıcı işlem aşaması dikkate alınmalıdır<sup>628</sup>.

Topyekün temlikin temelini de, BK.m.162 (*TBK.m.183*) ve devamında düzenlenen ve alacaklının bir borç ilişkisinden doğan alacağını borçlunun iznine gerek olmaksızın sözleşmeyle üçüncü kişiye devretmesi olan alacağın temliki<sup>629</sup> teşkil eder.

Topyekün temlik, teminat amacına hizmet etmektedir. Bu ise genel banka kredileri ve factoring gibi sözleşmelerde sıkça karşımıza çıkar<sup>630</sup>. Türk ve İsviçre Hukukunda mevcut ve gelecekteki bütün<sup>631</sup> alacakların temlikini yasaklayan bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak

<sup>625</sup> Bkz. § 7, I, E.

<sup>626</sup> **Aral**, Fahrettin: Topyekün Temlik, AÜHFD, Y. 1991-1992, C. 42, S. 1-4, s. 123 vd., özellikle s. 124; **Dayınlarlı**, Kemal: Borçlar Kanununa Göre Alacağın Temliki, Ankara 1993, s. 114 vd.; **Atamer**, s. 151; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 263; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 33.

<sup>627</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 262.

<sup>628</sup> Bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 264.

<sup>629</sup> Tanım ve açıklamalar için bkz. **Aral, F.**, Temlik, s. 93; **Dayınlarlı**, s. 42 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 919 vd.; **Eren**, s. 1176 vd..

<sup>630</sup> Bkz. **Aral, F.**, Temlik, s. 125; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 138; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 263, dn. 776.

<sup>631</sup> Doktrinde Ateş, haklı olarak, “bütün” olarak ifade edilen bu kavramı, “alacakların büyük bir kısmı” olarak anlaşılması gerektiğini belirtmektedir. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 263.

bunun da sınırı BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) veya MK.m.23/II'dir<sup>632</sup>. Gerçekten de, bir kişinin ileride doğacak alacak haklarının bütünü (büyük bir kısmını) başkasına temlik etmesi, onun ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması, her türlü kazanç imkânlarından mahrum kalması ve diğer tarafa bağımlı hale gelmesi sonucunu doğurur ki, bu da kelepçeleme sözleşmelerine sebep olur<sup>633</sup>.

Topyekün temlikin kelepçeleme sözleşmelerine sebep olmaması için genellikle kabul edildiği üzere zaman ve konu yönünden sınırlamalar içermesi gerekir. Ancak o takdirde topyekün temlik kabul edilebilir ve makûl hale gelir<sup>634</sup>. Bununla birlikte, bu kriter de kimi zaman yeterli olmayabilir. Böyle durumlarda sözleşme taraflarının özel durumları da dikkate alınmalıdır<sup>635</sup>. Örneğin bir işçinin alacaklarını temlik etmesi ile tacirin alacaklarını temlik etmesi aynı şartlarda değerlendirilmemelidir. Dolayısıyla her somut olayın kendine has özellikleri sonucu belirleyici niteliktedir. Örneğin temlik edenin, belirli bir ticari işletmesinden veya hizmet ediminden doğan mevcut ve gelecekteki alacağını temlikte, belirli bir sınırlama olduğu için genel ahlâka aykırılık oluşmaz<sup>636</sup>. Aynı şekilde belirli bir krediyi teminat altına almak amacıyla yapılan temlikler de kredi sözleşmesinin süresi ile sınırlı tutulursa genel ahlâka aykırılık ortaya çıkmaz<sup>637</sup>.

İsviçre Federal Mahkemesi'nin kararına konu olmuş bir olayda, kelepçeleme sözleşmelerinin oluştuğuna hükmedilmiştir. Dava konusu olayda taraflardan A, diğer taraf şirket B'den alacaktır. Taraflar A'nın alacağını teminat altına almak amacıyla, şirketin ileride üçüncü kişilere karşı elde edeceği bütün alacak haklarının A'ya rehin edilmesini kararlaştırmışlardır. Federal Mahkeme böyle bir anlaşmayı ZGB Art. 27/II, (MK.m.23/II)'ye aykırı saymıştır. Mahkemeye göre, gelecekteki bütün alacaklarını rehin olarak gösteren şirket, mevcut parasını bitirince, ticari faaliyetlerden elde edeceği gelire işletmesini devam ettirmek imkânından mahrum kalacaktır. Böyle bir sonuç ise, kişinin sahip olduğu ekonomik özgürlüğünün genel ahlâka aykırı olarak aşırı biçimde sınırlanması anlamına gelir<sup>638</sup>.

<sup>632</sup> **Aral, F.**, Temlik, s. 123; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 264; **Dayınlırlı**, s. 114 vd.; **Eren**, s. 1187; **Atamer**, s. 151; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 138; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 228. Genel ahlâka aykırılık durum Alman hukuku içinde geçerlidir. Bkz. **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 263; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 33; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 125; ayrıntılı bilgi için bkz. **Schlosser**, s. 20 vd.; **Westerwelle**, s. 52 vd.; **Barkhausen**, s. 1412 vd.; BGHZ 19 12, 18.

<sup>633</sup> **Aral, F.**, Temlik, s. 123; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 264; **Atamer**, s. 151; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 138; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 33; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 228; BGE 84 II 355, 367; BGE 106 II 369, 377; BGE 112 II 241, 243, BGE 112 II 433, 436; BGE 120 II 135; BGHZ 19 12, 18.

<sup>634</sup> **Aral, F.**, Temlik, s. 124; **Dayınlırlı**, s. 115; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 264-265; **Atamer**, s. 151; BGE 112 II 433, 436.

<sup>635</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 265; **Aral, F.**, Temlik, s. 123; BGE 112 II 433, 436

<sup>636</sup> **Aral, F.**, Temlik, s. 124.

<sup>637</sup> **Aral, F.**, Temlik, s. 126.

<sup>638</sup> jdT 1961 I 341. (Karar için bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 392).

## F. Hizmet Sözleşmeleri

Hizmet sözleşmelerinde kelepçeleme hali daha çok rekabet yasağı bağlamında ortaya çıkmakla beraber, sözleşmenin diğer hükümlerinden de böyle bir durumun doğması mümkündür.

Hizmet sözleşmelerinde kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derece sınırlayan duruma ilişkin özel hükümlerin bulunmaması sebebiyle BK.m.19-20 (*TBK.m.27/I*) ve MK.m.23/II'in uygulanması sözkonusudur<sup>639</sup>. Ancak hemen belirtelim ki, hizmet sözleşmelerinde kelepçeleme sözleşmelerinin süre bakımından oluşması pek mümkün değildir. Çünkü BK.m.343 (*TBK.m.429/II*)'te hizmet sözleşmesi on seneden fazla bir süre için yapılmış olsa bile, işçinin, on sene geçtikten sonra her zaman kanunî süreye uymak kaydıyla sözleşmeyi feshedebileceği hükmü bulunmaktadır. Bununla birlikte, on seneden daha kısa bile olsa, hizmet sözleşmesinin bütün hükümleri göz önüne alındığında kelepçeleme sözleşmelerine sebep olacak bir durum ortaya çıkabilir. Bu takdirde işçiyi işverene ekonomik olarak bağımlı kılan ve ekonomik geleceğini aşırı ölçüde sınırlayan nitelikteki sözleşmelerin butlanı gerekir. Aksi takdirde zaten işverene karşı zayıf olan işçi, adeta işverenin oyuncağı haline gelir.

Hizmet sözleşmelerinde kelepçelemeyi akla getirebilecek diğer konu ise boykottur. Örneğin bir işçi sendikaları federasyonunun bir kimsenin işyerinden alışveriş etmeme kararı veya bir şirketi boykot etme kararı alması halinde boykota maruz kalan kişinin ekonomik olarak çökertilmesi sözkonusudur<sup>640</sup>.

Kanaatimizce, yukarıda anılan karar ve anlaşma genel ahlâka aykırı olmakla beraber, teknik anlamda kelepçeleme sözleşmeleri bünyesinde yer almaz. Çünkü biz kelepçeleme sözleşmelerini taraflar arasında yapılan sözleşme sebebiyle, birinin diğer tarafa ekonomik olarak aşırı bağımlı hale gelmesi ve ekonomik geleceğini kaybetmesiyle sınırlı tutmaktayız. Boykotu, sadece kelepçeleme sözleşmeleri değil, MK.m.23 kapsamında da görmek doğru değildir. Çünkü boykot kişinin rızasına dayalı olarak yapılan bir müdahale değil, onun rızası dışında üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilen bir eylemdir. Bu sebeple boykot ve benzeri

<sup>639</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 21, dn. 21; Hizmet sözleşmeleri bağlamındaki genel ahlâka aykırılık konusunda detaylı çalışma için bkz. **Sunder-Plassmann**, s. 1 vd.

<sup>640</sup> **Schweingruber**, s. 43 vd.; **Künzler**, s. 136 vd.; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 424; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 31; Şüphesiz boykot konusu serbest rekabet ortamını ortadan kaldırıyorsa, RKHK.m.4/d'nin kapsamına da girer. Ayrıca bu vb. konular "üçüncü kişinin haklarının ihlali" başlığı altında da ele alınmaktadır. Bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 271. Aynı şekilde alacaklıları zarara sokmak amaçlı temlik sözleşmeleri de genel ahlâka aykırılık taşıyabilir, ama kelepçeleme sözleşmelerinin kapsamında değildir. Bu konu ayrıca muvazaa çerçevesinde de ele alınabilir. Bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 272.

biçimdeki müdahaleler MK.m.24 kapsamında ele alınmalıdır ve kişilik hakkına saldırılan kimse bu hüküm çerçevesinde hâkimden korunma taleb etmelidir<sup>641</sup>.

Hizmet sözleşmeleri konusundaki kelepçeleme sözleşmelerini doktrinde verilmiş bir örnekle tamamlayalım: Geçimini emeğiyle sağlayan bir kişinin hiç ücret almaksızın süresiz olarak birinin yanında çalışacağını kabul etmesi, onun açısından ekonomik (aynı zamanda şahsî) olarak aşırı nitelikli bir sınırlama olur, bu ise genel ahlâka aykırı olup geçersizdir<sup>642</sup>.

## G. Ortaklık Sözleşmeleri

Ortaklık sözleşmelerinde de kelepçeleme hali daha çok rekabet yasağı bağlamında ortaya çıkmakla beraber, ortaklık sözleşmelerindeki diğer hükümlerden de kelepçeleme sözleşmeleri meydana gelebilir. Diğer birçok sözleşmede olduğu gibi burada BK.m.19-20 (*TBK.m.27/I*) ve MK.m.23/II genel hükümler olarak ortaklardan birinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede kısıtlanması halinde devreye girer<sup>643</sup>.

Ortaklık sözleşmelerinde kelepçeleme sözleşmeleri ortaklığa uzun süre bağlılıkta ortaya çıkabilir<sup>644</sup>. Bununla birlikte, BK.m.536/I (*TBK.m.640/I*)'deki ortaklık belirsiz süre için veya ortaklardan birinin ömrü boyunca sürmek üzere kurulmuş olsa dahi, ortaklardan her birinin, altı ay önceden fesih bildiriminde bulunabileceği hükmü sebebiyle süreye bağlı olarak kelepçeleme sözleşmeleri oldukça az görülür. Örneğin kişinin on yıl süreyle ortaklık sözleşmesini bozmayacağına ilişkin taahhüdü geçerli kabul edilebilir<sup>645</sup>. Ama 20 yılı geçen bir taahhüdün ise genel ahlâka aykırılık oluşturması mümkündür<sup>646</sup>. Mutlaka süre tek başına bir kelepçeleme sebep olmasa bile, ortaklık sözleşmesindeki diğer hükümler sebebiyle genel ahlâka aykırılık oluşabilir. Örneğin ortaklardan birinin önemli sebeplere rağmen ortaklığı feshedemeyeceğine ilişkin ortaklık hükümleri de genel ahlaka aykırılık teşkil eder<sup>647</sup>.

Diğer bütün sözleşmelerde olduğu gibi, ortaklık sözleşmelerinde de kelepçeleme halinin olup olmadığı ortaklık sözleşmesinin bütünü göz önüne alınarak incelenmelidir. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesinin örnek bir kararı mevcuttur. Ortaklık sözleşmelerinde

<sup>641</sup> Aynı yönde bkz. **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 230; **Akipek/Akıntürk**, s. 413; BGE 75 II 305, 315; BGE 76 II 281, BGE 86 II 365, 371 vd.. Aksi yönde, **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 31; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 424.

<sup>642</sup> **Künzler**, s. 128; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 458.

<sup>643</sup> **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 139 vd..

<sup>644</sup> **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 19, dn. 14, s. 24, dn. 36.

<sup>645</sup> **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 458.

<sup>646</sup> Örneğin fesih imkanı olmayan 50 yıllık bir süre için bağlılık genel ahlâka aykırı bulunmuştur. Bkz. **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 85; BGH DB 1982 846.

<sup>647</sup> **Künzler**, s. 130 vd; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 83; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 380.

rekabet yasağı konusunda kısaca ele aldığımız bu karar burada tekrar ayrıntılı olarak incelenmiştir. Söz konusu olayda iş acenteliği yapan biri ile kaldırım ustası Zürih'te döşeme işleri yapmak üzere bir kollektif şirket kurmuşlardır. Şirket sözleşmesinde kaldırım ustası aleyhine birçok hüküm bulunmaktaydı. Şirketin sözleşmesinde, iş acenteliği yapan kişi bildirimde bulunmaksızın sözleşmeyi feshetme hakkına sahipti. Bu durumda kaldırım ustası sadece ücretini ve mevcut net kârın da yarısını alabilecekti. Kaldırım ustası ise 2 yıl boyunca sözleşme ile bağlı olup bu sürenin sonunda da ancak 6 ay önceden haber vermek kaydıyla sözleşmeyi feshedebilirdi. Kaldırım ustasının herhangi bir sebeble ortaklıktan çıkma/çıkarılması durumunda, 5 yıl süre ile Zürih kantonunda kaldırım döşeme işleri yapan bir şirkette çalışması veya bu çeşit bir ticaretle ilgilenmesi yasaktı. Böyle bir işle uğraşması durumunda 3000 İsviçre Frankı cezaî şart ödemekle yükümlüydü. Ayrıca kaldırım ustası bütün zamanını ve faaliyetini ortaklık işlerine ayırmak zorunda iken, iş acenteliği yapan eskiden olduğu gibi kendi bürosunda meşgul olma hakkına sahipti ve büronun kirasının yarısını da şirket ödüyordu. Kaldırım ustası hapis cezası aldı ve şirket işine son verdi. Daha sonra her iki ortak anlaşarak ticaret sicilinden kayıtlarını sildirdiler. Kaldırım ustası hapisten çıktıktan sonra eşinin Zürih'te kurduğu bir şirkette çalışmaya başladı. Bunun üzerine rekabet yasağının ihlâl edildiği gerekçesiyle dava açılmıştır. Yüksek Mahkeme, kaldırım ustasının işten ayrılması halinde uzun bir süre Zürih kantonunda çalışamayacağını, iş acenteliği yapan kişinin ise Zürih kantonunda tanınmış ve sürekli iş yapan birisi olarak şirketten ayrılmasının ona zarar vermeyeceğini tespit etmiştir. Mahkeme yaptığı tespitle birlikte mevcut hükümlerin kaldırım ustası açısından aşırı bir eşitsizlik olduğunu ve onun ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandığını belirterek ortaklık sözleşmesinin kendisinin genel ahlâka aykırı olduğuna karar vermiştir<sup>648</sup>.

## H. Bayiilik Sözleşmeleri

Kelepçeleme sözleşmelerinin görülebileceği alanlardan biri de bayiilik sözleşmeleridir. Bayiilik sözleşmelerinde kelepçelemeye sebep olacak en yaygın konulardan biri, bayiilik sözleşmelerindeki cezaî şart, diğeri ise bayiiye yüklenen rekabet yasağıdır. Bu sebeple rekabet yasağı ve cezaî şart konusunda verdiğimiz bilgiler, bünyesine uygun düştüğü ölçüde, bayiilik sözleşmelerinde de geçerlidir.

---

<sup>648</sup> BGE 39 II 541 vd..

Bayiilik sözleşmelerinde yer alan cezaî şartlar genellikle bayiinin bir yılda satmayı taahhüt ettiği miktarla ilgili olmaktadır. Yani taahhüt edilen miktar kadar satış yapılmadığında kararlaştırılan cezaî şartın (satış miktarı ile satışı vaad edilen miktar arası kadar bir bedel) ödenmesi gerekmektedir. Bunun dışında, bayiilik sözleşmesinin feshedilmesi durumlarında cezaî şart adı altında bir takım yükümlülükler getirilmektedir.

Bayiilik sözleşmelerinin birer tip sözleşme olarak yapılması sebebiyle, genel işlem şartlarının da uygulama alanı bulacağı kanaatindeyiz. Böylece kelepçeleme sözleşmelerinin uygulama alanı da daralır.

Diğer sözleşmelerde olduğu üzere, bayiilik sözleşmelerinde de bir hüküm tek başına kelepçeleme niteliği taşımasa da, sözleşme bir bütün olarak ele alındığında kelepçeleme sözleşmelerinin ortaya çıkması mümkündür. Daha önce zikrettiğimiz bir olayı bayiilik sözleşmeleri bağlamında burada tekrar vermek istiyoruz. Basel İstinaf Mahkemesinin kararına konu olan bir olayda<sup>649</sup>, bir petrol şirketi ile akaryakıt istasyon bayii arasında yapılan sözleşmede bütün hükümlerin birlikte değerlendirilmesi sonucu kelepçeleme sözleşmeleri oluşmuştur. Taraflar arasındaki sözleşmede istasyon sahibine getirilen yükümlülüklerin bazıları şöyledir: 1) Sözleşmenin tek taraflı olarak petrol şirketi tarafından tayin edilmesi ve süresinin on yıl devam etmesi, 2) İstasyonda petrol şirketinin rekabet halinde olduğu diğer petrol şirketlerinin ürünlerinin satışının yasak olması, 3) İstasyonda satılan şeylerin fiyatlarını belirleme yetkisinin petrol şirketine ait olması, 4) İstasyondaki reklam yeri ve vitrinlerinin kullanma yetkisinin petrol şirketinde olması, 5) İstasyon sahibinin, petrol şirketinden önceden belirlenen miktarda madeni yağ satın alması, 6) Akaryakıt istasyonunun hergün yaz aylarında 17, kış aylarında 15 saat açık bulundurulması, 7) İstasyonda çalışacakları belirleme yetkisinin petrol şirketine ait olması, 8) İstasyonda tamir ve bakım yasağı, 9) Taraflar arasında işletme ve mali sorumluluk sigortası için petrol şirketinin kayıtlarının esas alınmasıdır. Görüldüğü üzere sözleşme hükümlerinin hiçbiri tek başına kelepçeleme sözleşmeleri sonucunu doğuracak nitelikte değilken, hükümler bir bütün halinde değerlendirildiğinde, akarkayıt istasyon bayiinin, petrol şirketine ekonomik olarak bağımlı hale geldiği görülmektedir<sup>650</sup>.

<sup>649</sup> OGer Basel-Land BJM 1973, 95 vd. Kararın tahlili için bkz. **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 227; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 29.

<sup>650</sup> Benzer bir olay Alman İmparatorluk Mahkemesinin bir kararına konu olmuştur (RGZ 82, 308). Bu olayda da Alman-Amerikan ortaklığı petrol şirketi ile Alman petrol şirketi arasında 6,5 yıllığına (1 Temmuz 1907'den 1915'in sonuna kadar) yapılan anlaşmadaki hükümler bir bütün olarak değerlendirildiğinde Alman petrol şirketinin diğer tarafa ekonomik olarak bağımlı hale geldiği kabul edilmiştir. Bölge eyalet mahkemesi taraflar arasındaki sadece iki hükmün genel ahlâka aykırı olduğuna hükmetmiş, ancak İmparatorluk mahkemesi bireysel maddelerin hiçbirinin emredici hükümleri ihlâl edecek boyutta olmadığını da belirtmekle birlikte sözleşmenin bir bütün olarak genel ahlâka aykırılık teşkil ettiğine karar vermiştir. Taraflar arasındaki sözleşme ile Alman petrol şirketi, diğer tarafın iradesiz bir aleti haline gelerek ekonomik bağımlı duruma düşmüştür. Karar ayrıntıları ve kararın tahlili için bkz. **Scheuing**, s. 13 vd.;

## İ. Tek Satıcılık Sözleşmeleri

Tek satıcılık sözleşmesi, yapımcının (imalatçının), ürünlerinin tamamını veya bir kısmını belirli bir coğrafi bölgede inhisarî olarak satmak üzere sadece tek satıcıya göndermeyi yüklenmesi, buna karşılık tek satıcının ise sözleşme konusu malları kendi adına ve hesabına satarak bu malların sürümünü arttırmak için faaliyette bulunmayı üstlenmesidir<sup>651</sup>. Tek satıcılık sözleşmelerinde nadir de olsa<sup>652</sup> kelepçeleme sözleşmelerinin görülmesi mümkündür<sup>653</sup>. İsimli sözleşme olduğu için tek satıcılık sözleşmeleri hakkında özel kanunî düzenleme de bulunmamaktadır. Bundan dolayı burada da kelepçeleme sözleşmelerini tespitite uygulanacak hükümler BK.m.19-20 (TBK.m.27), MK.m.23/II'dir<sup>654</sup>.

Tek satıcılık sözleşmelerinin de rekabet yasağı sözleşmelerinde olduğu gibi zaman, yer ve konu bakımından sınırlamalar içermesi gerekmektedir<sup>655</sup>. Bunlardan herhangi birisiyle kişinin ekonomik özgürlüğü aşırı derecede kısıtlanır ve onun ekonomik geleceği elinden alınır, kelepçeleme sözleşmeleri meydana gelir.

Daha önce rekabet yasağındaki zaman, yer ve konu (miktar) konusunun tek satıcılıktan farklı olduğunu ifade etmiştik. Özellikle zaman konusunda rekabet yasağı sözleşmelerinde sözleşme tiplerine bağlı olarak genelde 2-5 yıllık bir zaman dilimi makûl görülürken, tek

---

**Böhme**, s. 14; **Frowein**, s. 2 vd.; **Bauer-Mengelberg**, s. 42. Alman hukukunda akaryakıt bayilik sözleşmeleri ile ilgili mahkeme kararları ve kısa değerlendirme için bkz. **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 85; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 135; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 283 vd.; **Kötz**, s. 214.

<sup>651</sup> Tanım için bkz. **İşgüzar**, s. 14; **Ulmer**, Peter: Der Vertragshändler, München 1969, s. 350 vd.; **Arslan**, Aziz Serkan: Tek Satıcılık Sözleşmelerinin Rekabet Kanunu Çerçevesinde Değerlendirilmesi ve Muafiyete Aykırı Tek Satıcılık Sözleşmelerine Uygulanacak Usul Hükümleri, GÜHFD, C. XII, Y. 2008, S. 1-2, s. 5-6; **Sungurbey/Kaneti**: s. 189.

<sup>652</sup> Nadir görülebildiği halde burada konuyu ele almamızın sebebi, İşgüzar'ın, tek satıcılık sözleşmeleri ile ilgili monografik çalışmasında bu konuya geniş yer ayırması (s.101-120) ve olumsuz sayılabilecek sonuca varmış olmasına karşılık bizim farklı düşündüğümüzü ifade etmektir.

<sup>653</sup> **Arslan**, s. 6-7; **Yavuz/Acar/Özen**, s. 129-130; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 134, 138; **Hürlimann**, s. 39; Ancak kısmen farklı görüşte olan İşgüzar, tek satıcılıkla ilgili monografik çalışmasında kelepçeleme sözleşmeleri konusunu geniş biçimde ele aldıktan sonra, tek satıcılık sözleşmelerinde kelepçeleme sözleşmelerine hemen hemen hiç rastlanamayacağı kanaatine ulaşmış ve somut olayda yine de bu durumun sıkı biçimde incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Bkz. **İşgüzar**, s. 119-120. Yazar ayrıca, tek satıcılık sözleşmelerinde taraflar arasındaki güven ilişkisi ve menfaatlerin korunması yükümlülüğünün bir gereği olarak, yapımcıların kendilerine bağlı tek satıcılara karşı genel ahlâka aykırı sayılabilecek önlem almalarının olanaksızlığından da bahsetmiştir (s. 120). Bu fikre katılmanın imkânı yoktur. Her sözleşmede az veya çok güven ilişkisi zaten vardır. Ama her zaman sözleşme tarafları, kendilerini koruma, konumlarını sağlama alma ve sözleşmenin diğer tarafından daha fazla istifade etme eğilimindedirler. Dolayısıyla tek satıcılık sözleşmelerindeki güven ilişkisi ileri sürülen bu fikri haklı kılmaz. Ayrıca sözkonusu yerde hemen tek satıcılık sözleşmelerindeki genel işlem şartlarından bahsedilmiş ve haksız şartlara karşı BK.m.19-20, MK.m.2 ve 23-24 ile koruma sağlanabileceği ifade edilmiştir. Eğer bahsedilen güven ilişkisinin varlığı taraflar arasındaki olumsuzluğu bertaraf ediyorsa, ayrıca burada da tek satıcının haksız şarta maruz kalamayacağını savunmak gerekirdi.

<sup>654</sup> Konunun detaylı incelemesi için bkz. **İşgüzar**, s. 101 vd..

<sup>655</sup> **İşgüzar**, s. 109; **Arslan**, s. 6.



satıcılık sözleşmelerinde 10 ve 15 yıllık zaman dilimleri kabul edilebilir niteliktedir<sup>656</sup>. İsviçre Federal Mahkemesi bir kararında 15 yılın geçerli olduğunu, fakat bu süreyi çok aşan bir borç ilişkisinin geçerli sayılmayacağını belirtmiştir<sup>657</sup>. Bunların haricinde, kelepçeleme sözleşmelerinin kriterleri arasındaki süre konusunda söylenen şeyler genel olarak, tek satıcılık sözleşmeleri için de geçerlidir<sup>658</sup>. Ancak tek satıcılık sözleşmelerinde süre konusunda doktrinde haklı bir görüş ileri sürülmüştür. Buna göre, tek satıcılık sözleşmelerinde sözleşmenin süresinin çok kısa olması da kelepçeleme sözleşmelerine sebep olabilir. Çünkü satımdaki sürümle kazanç elde edecek olan tek satıcı ciddi yatırımlar yapmakta ve bu yatırımlar için uzun sayılabilecek bir zamana ihtiyaç duymaktadır<sup>659</sup>. Bununla birlikte kanaatimizce, uzun sürenin, yukarıda belirttiğimiz çerçevede makûl sayılabilecek boyutta olması gerekir. Bu sebeple, tek satıcının menfaatlerinin korunabilmesi için diğer sözleşmelere nazaran daha uzun bir sürenin varlığı gereklidir. Netice olarak, tek satıcılık sözleşmesinin çok kısa veya çok uzun süreli olması kelepçeleme sözleşmeleri sonucunu doğurabilir.

Tek satıcılık sözleşmelerinde zaman konusu ile bağlantılı olarak kelepçeleme sözleşmelerinin oluşmasına sebep olan en önemli hususlardan birisi de, sözleşmenin sadece yapımcı (imalatçı) tarafından feshedileceği şeklindeki bir sözleşme hükmünün bulunmasıdır. İsviçre Federal Mahkemesi kararına konu olan bir olayda, ağaç malzeme işletmeciliği yapan yapımcı, Avrupanın bazı ülkelerinde tek satıcı olarak, bir işletme ile yaptığı anlaşmada, tek satıcılık sözleşmesinin sadece yapımcı tarafından feshedilebileceğine ilişkin hükmünü mahkeme genel ahlâka aykırı bulmuştur<sup>660</sup>.

Tek satıcının sözleşme hükümleri gereğince, yapımcının ürettiği birçok malı satma taahhüdü kelepçeleme sözleşmelerine sebep olmasa da<sup>661</sup>, asgarî bir oranda satmak zorunda olduğu ve satamazsa cezaî şart ödeyeceğine yönelik hükümler kelepçeleme sözleşmeleri

<sup>656</sup> Yargıtay 10 yıl süreli bir tek satıcılık sözleşmesinin kelepçeleme sözleşmeleri olduğu iddiasını kabul etmemiş ve davayı reddetmiştir. Bkz. 11. HD. T. 9.1.1976, E, 1975/4099, K. 1976/47. İsviçre Federal Mahkemesi 15 yılı genel ahlâka aykırı saymamıştır. Bkz. BGE 42 II 233. Ayrıca Mahkeme başka kararında bir fırıncının belirli bir değirmene 10 yıl süreyle inhisarî un alımı borcu altına girmiş olmasını da genel ahlâka aykırı saymamıştır. Bkz. BGE 51 II 162, 167-169. Yine 10 yılı geçerli bulan diğer bir karar için bkz. BGE 32 II 51, 54.

<sup>657</sup> BGE 93 II 290, 300.

<sup>658</sup> Süre konusundaki ayrıntılar için bkz. § 7, III, B, 2.

<sup>659</sup> **İşgüzar**, s. 104, 107-108; **Kocayusufpaşaoğlu**, 21. 10. 1974 tarihli mütalâa, s.17. (İşgüzar s. 108'den naklen); **Ulmer**, s. 479-480.

<sup>660</sup> BGE 107 II 216, 218. Ayrıca bkz. **Hürlimann**, s. 39. Ancak doktrinde sürekli borç ilişkisi doğuran diğer sözleşmeler gibi, tek satıcılık sözleşmesinin de haklı sebeple feshedilebileceği için sözleşmenin çok uzun süreli olmasının genel ahlâka aykırılık oluşturmayacağı görüşü bulunmaktadır. Bkz. **İşgüzar**, s. 108, **Sungurbey/Kaneti**, s. 194. Ayrıca Sungurbey tarafından, fesih hakkının oratadan kaldırılmayacağı da belirtilmiştir (s.195). Yazar, bu görüşü hizmet sözleşmelerindeki hükümlerden hareketle söylemektedir. Bize göre sözleşmelerin mahiyetlerinin ve her iki sözleşmedeki taraf dengelerinin çok farklı olmasından dolayı bu görüş tutarlı değildir.

<sup>661</sup> **İşgüzar**, s. 111.

sonucunu doğurabilir. Her ne kadar tek satıcılık sözleşmeleri bir çerçeve sözleşmesi olup, genelde asgarî alım miktarlarının tespiti sonraya bırakılmış olsa da<sup>662</sup>, bunun aksi de mümkündür. Yani çerçeve sözleşmenin kurulduğu anda da çok yüksek miktardaki asgari alım yükümlülüğü ve özellikle buna bağlı olarak yüksek cezaî şartın kararlaştırılmış olmasının kelepçeleme sözleşmelerine sebep olabileceği kanaatindeyiz<sup>663</sup>.

Tek satıcılık sözleşmelerinde, geniş bir bölgede tek satıcılık hakkının verilmiş olmasının kelepçeleme sözleşmelerine sebep olmayacağı görüşüne katılmaktayız<sup>664</sup>. Gerçekten de, yer konusunun geniş tespit edilmesi çoğu zaman tek satıcının da lehinedir. Asıl bölgenin çok dar tutulması onun ekonomik geleceğini tehlikeye atabilir.

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, diğer bütün sözleşmelerde de olduğu gibi, tek satıcılık sözleşmelerinde de kelepçeleme sözleşmelerinin oluşup oluşmadığı sözleşmenin bir bütün olarak ele alınıp değerlendirilmesiyle belirlenmelidir<sup>665</sup>.

## J. Diğer Alanlar

Kelepçeleme sözleşmelerinin birçok sözleşme türünde ortaya çıkabileceği daha önce de ifade edilmişti. Ancak yukarıda bunlardan en yaygın olanlarına yer verilmiştir. Bu başlık altında ise doktrinde kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında kısmen açıklanan veya adı zikredilen sözleşme tiplerini zikretmek gerekir.

Alman, İsviçre ve Avusturya hukukları bakımından önemli bir yer tutan bira teslim sözleşmeleri (Bierlieferungsverträge) bunların başında gelir. Bu sözleşme tipinde kelepçelemeye sebep olan en temel husus sözleşme süresinin uzunluğudur<sup>666</sup>. Türk hukukunda ise bu sözleşme, teslim veya temin sözleşmeleri bağlamında ele alınabilir.

Kelepçeleme sözleşmelerinin görüldüğü sözleşme tiplerinden biri de yönetici (Management) sözleşmeleridir<sup>667</sup>. Yine bu sözleşmelerin biri türü olarak sporcu yönetici

---

<sup>662</sup> Böyle durumlarda yapımcının tek taraflı olarak miktar tespiti yapması dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil edebilir. Bkz. **İşgüzar**, s. 116; **Sungurbey/Kaneti**, s. 196.

<sup>663</sup> Miktar konusunda da kelepçeleme sözleşmelerinin oluşmayacağı kanaati için bkz. **İşgüzar**, s. 112 vd.. Alman hukukunda da iki yönde görüşler bulunmaktadır. Ayrıntılar için bkz. **Ulmer**, s. 354.

<sup>664</sup> **İşgüzar**, s. 110-111.

<sup>665</sup> Benzer yönde **Ulmer**, s. 351, 352.

<sup>666</sup> Bu sözleşme ve kelepçeleme hakkında detaylı bilgi için bkz. **Streit**, s. 1 vd.; **Götz**, s. 1217 vd.; **Hiddemann**, s. 942 vd.; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 126 vd.; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 273 vd..

<sup>667</sup> **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 227; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 287; **Öz**, s. 16, dn. 39, s. 129, dn. 337, s. 130.

(Management) sözleşmelerinde de kelepçeleme sözleşmeleri görülebilir<sup>668</sup>. Sporcunun bağlamında zikredilebilecek bir diğer sözleşme ise sporcunun transfer sözleşmeleridir<sup>669</sup>.

Son dönemde uygulaması yaygın bir şekilde artan franchising sözleşmelerinde de kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkabilir<sup>670</sup>.

Son olarak, yazarlar, sinema ve tiyatro sanatçıları ile yapılan sözleşmeler de gerek sözleşmenin muhtevası ve gerekse rekabet yasağı bağlamında kelepçeleme sözleşmelerinin görülebileceğini belirtmekte yarar vardır<sup>671</sup>.

---

<sup>668</sup> **Karakaya**, İlkin / **Buch**, Steffen: Sittenwidrigkeit von Sportmanagementverträgen- Exklusivverträge und die Vermarktung der Persönlichkeitsrechte, ZRP 2002, H. 5, s. 193 vd..

<sup>669</sup> **Giger**, Rechtsfolgen, s. 73 ve dn. 231; **Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 457; **Riemer**, s. 140; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 138; **Rummel Komm/Krejci**, § 879, Nr. 86z; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 227; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 98.

<sup>670</sup> **Martinek**, Franchising, s. 301 vd.

<sup>671</sup> Bu konuda kısa bilgi için bkz. **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 36; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 71; **Großfeld/Gersch**, s. 939.

## ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

### KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN HÜKÜM VE SONUÇLARI

#### § 9. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN HUKUKÎ SONUCU

##### I. Butlanın İleri Sürülmesi veya Butlanın Dikkate Alınması

Bir sözleşmenin, kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelenmesinin hukukî dayanağının genel ahlâka aykırılık olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Ancak, kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî dayanağını açıklarken kısaca bahsettiğimiz üzere, Alman ve Avusturya hukukundan farklı olarak İsviçre ve Türk hukukunda kelepçeleme sözleşmelerine kaynaklık eden düzenlemeler Borçlar Kanunu (BK.m.19-20, *TBK.m.27*, OR Art.19-20), ile Medenî Kanun (MK.m.23/II, ZGB Art. 27/II) olmak üzere iki ayrı yerde bulunmaktadır. Bundan dolayı kelepçeleme sözleşmeleri dâhil diğer kişi özgürlüklerine kısıtlama getiren sözleşmelerin hangi hüküm çerçevesinde değerlendirileceği ve buna bağlı olarak hangi yaptırımın uygulanacağı hususunda temel olarak iki görüş ortaya çıkmıştır.

Bir görüşe göre, her iki kanundaki genel ahlâka aykırılık ile korunmak istenen menfaatler farklıdır ve bu sebeple kişiliği aşırı derecede sınırlayan sözleşmeler MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II) çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu sözleşmelere uygulanacak yaptırım ise iptal edilebilirliktir<sup>672</sup>. Bizim de katıldığımız hâkim görüşe göre ise, gerek BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*), (OR Art.19-20) gerek MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II)'de vurgulanan genel ahlâka aykırılık aynı muhtevaya sahip olup yaptırım konusunda herhangi bir farklılık yoktur ve bu durumlara uygulanacak yaptırım butlandır<sup>673</sup>.

Konu aşağıda bu iki görüş çerçevesinde ele alınmış, önce katıldığımız butlan görüşü ortaya konmuş, sonra da katılmadığımız iptal edilebilirlik görüşü hakkında gerekli ayrıntılara girilmiştir.

<sup>672</sup> Bu görüşün ayrıntıları için bkz aşağıda § 9, I, B.

<sup>673</sup> Bu görüşün ayrıntıları için bkz aşağıda § 9, I, A.

## A. Butlan Görüşü

Keleşçeleme sözleşmeleri dâhil, kişi özgürlüğünü genel ahlâka aykırı olarak aşırı derecede sınırlayan tüm hukukî işlemlere uygulanacak olan yaptırım, doktrinde hâkim olan ve bizim de katıldığımız görüşe göre BK.m.20 (*TBK.m.26-27*) gereğince butlandır (kesin hükümsüzlüktür)<sup>674</sup>. Butlan yaptırımının özelliğı gereğı, sözleşmenin geçersiz olduğı her zaman ilgililer tarafından her zaman ileri sürülebilir. Hâkim de önüne gelen olayda bu durumu re'sen dikkate alır<sup>675</sup>. Bununla birlikte butlanın türü somut olayın özelliklerine bağılı olarak değışebilmektedir. Aşağıdaki bölümde de bu konu ayrıntıları ile açıklanmıştır.

Doktrinde, BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) ile MK.m.23/II arasında bir fark olmadığı ve yaptırımın aynı olduğı görüşü kabul edilmekle birlikte, her somut olayda sözkonusu hükümlerin amaçlarından hareket edilmesi gerektiğini ileri süren bir görüş daha vardır. Bu görüşe göre, somut olayda özgürlüğü kısıtlanan kimse istemedikçe, karşı taraf sözleşmenin genel ahlâka aykırılık sebebiyle butlanını ileri sürememelidir<sup>676</sup>. Bu görüş bu haliyle aşağıda incelediğimiz iptal edilebilirlik görüşüne oldukça yaklaşmaktadır<sup>677</sup>. Bahsedilen görüş sahipleri kişi özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandırıldığı halleri hâkimin re'sen dikkate alıp alamayacağı konusunda ise herhangi bir görüş belirtmemektedir.

Biz bahsedilen durumun ancak şekil eksikliği sebebiyle butlanı ileri sürmenin hakkın kötüye kullanılması sayılması<sup>678</sup> örneğinde olduğı gibi çözüme kavuşturulabileceğini düşünuyoruz. Gerçekten de gerek İsviçre Federal Mahkemesinin, gerek Yargıtay'ın şekil konusundaki kararlarında hâkimin, hükümsüzlüğü re'sen nazara aldığı hallerde, bunun

<sup>674</sup> **Hürlimann**, s. 40; **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 299 vd.; **Başpınar**, *Butlan*, s. 141-142; **Hâtemî**, s. 217; **Künzler**, s. 57; **Oğuzman/Öz**, s. 74, 76; **Eren**, s. 292; 302; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 390-391, 393; **Akipek/Akıntürk**, s. 374, 395; **von Tuhr/Peter**, s. 258; **Dural/Öğüz**, s. 139; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 151; **Gauch/Schluép/Schmid**, s. 129, 139; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 178, 209, 370; **Özsunay**, s. 152; **Schweingruber**, s. 129 vd.; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 142; **Atamer**, s. 149; **Koller, A.**, s. 234; HGK. 11.2.1976, E. 1974/4-1088, K. 1976/209, (YKD. C. 2, S. 9, Y. 1976, s. 1269); BGE 45 II 270, 273; BGE 97 II 169, 355, 178; BGE 69 II 286; BGE 84 II 366; BGE 88 II 73, 74; BGE 112 II 433, 436; BGE 50 II 481, 485; BGE 106 II 208; Keza aynı sonuç Alman hukukunda da geçerlidir. Bkz. **Bauer-Mengelberg**, s. 95; **Scheuing**, s. 61; **Flume**, *Rechtsgeschäft*, s. 389; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 66; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 19; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 155; **Köhler**, s. 188.

<sup>675</sup> **Hâtemî**, s. 150; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 178, **Eren**, s. 292; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 142; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 155; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 375-376; **Başpınar**, *Butlan*, s. 141.

<sup>676</sup> **Eren**, s. 302-303; **Başpınar**, *Butlan*, s. 141-142.

<sup>677</sup> İleri sürülen bu görüş ile iptal edilebilirlik görüşünün birbirine çok yaklaşmasından olacak ki, doktrinde Atamer tarafından Başpınar'ın açık olmamakla birlikte iptal edilebilirlik görüşünde olduğı ifade edilmiştir. **Atamer**, s. 150, dn. 35.

<sup>678</sup> Bu konunun ayrıntıları için bkz. **Altaş**, *Şekle Aykırılık*, s. 111 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 128 vd.; **Eren**, s. 261 vd..

dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını da re'sen incelemesi gerektiği belirtilmektedir<sup>679</sup>. Şekle aykırılığı ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edilince, bundan dolayı sözleşme geçersiz sayılmaz ve sanki geçerliymiş gibi kabul edilir<sup>680</sup>.

Şekil eksikliği sebebiyle butlanı ileri sürme hakkının kötüye kullanılmasının kelepçeleme sözleşmelerine de uygulanabileceğini düşündüğümüz hal ise, şekil eksikliğine butlanı ileri süren tarafın kasden sebep olmasıdır<sup>681</sup>. Yani, kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanmasına kasden (ki genelde böyle olmaktadır) sebep olan tarafın butlanı ileri sürmesi halinde, bunun hakkın kötüye kullanılması olup olmadığını hâkimin re'sen incelemesi gerektiği kanaatindeyiz. Ancak burada, ekonomik özgürlüğü aşırı derecede sınırlanan kişi butlanı ileri sürmedikçe hâkim re'sen nazara alamaz düşüncesinde olmadığımızı da açıkça ifade etmeliyiz<sup>682</sup>. Kabul ettiğimiz sonuç, özellikle butlanının meydana gelmesine sebep olan tarafın, butlanı ileri sürdüğü veya hâkimin butlanı re'sen nazara aldığı hallerde, bunun dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığını da incelenmesi gerektiğidir.

Yukarıda vardığımız sonuç doğrultusunda hâkim, kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında önüne gelen olayı butlan yaptırımı çerçevesinde ele almalı ve durumun özelliklerine bağlı olarak ekonomik özgürlüğü aşırı derecede sınırlayan hükümleri makûl seviyeye çekmeli veya o hükmü geçersiz saymalı ya da sözleşmenin tamamının geçersizliğine karar vermelidir<sup>683</sup>. Aşağıda kelepçeleme sözleşmelerine uygulanacak yaptırım konusu ele alınırken bu hususun ayrıntılarına yer verilmiştir.

---

<sup>679</sup> BGE 112 II 107, 111; BGE 104 II 99; BGE 90 II 154; 13 HD., T. 02.12.1991, E., 1991/7217, K. 1991/10901.

<sup>680</sup> **Oğuzman/Öz**, s. 128; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 104-105.

<sup>681</sup> Bu hal hakkında bilgi için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 129; **Altas**, Şekle Aykırılık, s. 111, 118. Yazar bahsedilen görüş yerine “*kendine özgü geçersizlik*” yaptırımının tercih edilmesini savunmaktadır (s. 118, 134 vd.).

<sup>682</sup> Hâtemî'nin aynı sonuca çıkan bir görüşü savunduğunu söyleyebiliriz. Yazara göre hâkim, konuya ilişkin değerlendirmesinde, zarar gören taraf ileri sürmedikçe MK.m.23/II'ye aykırılığı nazara almayıp, hareketsiz kalacak değildir. Görevinden ötürü harekete geçecek ve durumun özelliklerine göre ya sözleşmeyi tümü ile geçersiz sayacak veya kanuna uygun kayıtlar içinde geçerli olduğunu tespit edecek ya da bu şekilde geçerli olacağını sağlayacaktır. **Hâtemî**, s. 218.

<sup>683</sup> Aynı yönde **Hâtemî**, s. 219 vd..

## B. İptal Edilebilirlik Görüşü

İptal edilebilirlik görüşü<sup>684</sup> olarak adlandırılan bu görüşe göre, MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II) hükmü ile BK.m.20/I (OR Art. 20/I), *TBK.m.27/I*'de yer alan genel ahlâka aykırılık aynı anlamda kullanılmamıştır. BK.m.20/I (*TBK.m.27/I*), (OR Art. 20/I)'de objektif manada genel menfaatler ve kamu yararı gözetilmişken, MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II)'de ise subjektif olarak kişi özgürlükleri güvence altına alınmış ve özgürlüklerin aşırı derecede sınırlanmasının önüne geçilmek istenmiştir<sup>685</sup>. Bundan dolayı da kişi özgürlüğü aşırı derecede genel ahlâka aykırı olarak ihlâl edildiğinde BK.m.20/I (OR Art. 20/I), *TBK.m.27/I* çerçevesinde yaptırım, butlan olarak değerlendirilemez. Eğer bu hükümlere göre sözleşmeye butlan yaptırımı uygulanacak olursa, bundan sözleşmenin diğer tarafı da faydalanır. Hâlbuki MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II) sadece özgürlüğü aşırı derecede sınırlanan kişiyi korumaktadır. Bazen özgürlüğü aşırı derece sınırlanan taraf her şeye rağmen sözleşmenin devam etmesini arzu edebilir. İşte bu gibi durumlarda BK.m.20/I (*TBK.m.27/I*) (OR Art. 20/I)'e göre butlanı ileri sürme hakkı sözleşmenin diğer tarafına da tanınırsa, bu MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II)'nin korumak istediği amaca ters düşer<sup>686</sup>. Netice olarak bu görüşe göre MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II) kapsamına giren aşırı özgürlük sınırlamalarını hâkim de res'en nazara alamaz, ancak özgürlüğü sınırlanan kişi sözleşmenin iptalini isteyebilir (nisbî butlan) ve bunun kullanım süresini de hâkim belirlemelidir<sup>687</sup>.

*“Kişinin kendisi korunma talebinde bulunmuyorsa hukuk düzeni niçin onu korusun?”* mantığından hareket eden bu görüşün yetersiz kaldığını düşünmekteyiz. Her şeyden önce bu görüşün dayanağı olan MK.m.23/II (ZGB Art. 27/II) hükmü ile BK.m.20/I (OR Art. 20/I),

<sup>684</sup> Bu görüşün Eugen Bucher tarafından ileri sürüldüğü belirtilmekle birlikte Engel tarafından daha önce bu görüşün ortaya atıldığını söylememiz yanlış olmaz. Çünkü Hâtemî'nin Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları adlı kitabında da Engel'e atfen bu görüşe yer verilmiştir. Kitabın yayımlandığı tarih ise 1976'dır. Bucher tarafından bu görüşün ortaya konduğu ilk eser ise Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht kitabının birinci baskısı olan 1979'dur (Bu kitabın ikinci baskısı ise 1988'dir). Yazar daha sonra bu görüşünü AcP 1986'da yayınlanan “Für mehr Aktionen” adlı makalesinde geliştirmiştir (s. 24 vd.). Makalenin tamamı için bkz. [http://www.eugenbucher.ch/pdf\\_files/39.pdf](http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/39.pdf). Ayrıca daha sonra 1993 tarihli Berner Kommentar adlı eser de bu konuya geniş yer vermiştir. Bkz. **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 523 vd.. Görüşün ilk olarak Engel tarafından ileri sürüldüğünü söylesek de görüş her yönüyle Bucher tarafından geliştirilmiştir.

<sup>685</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 162 vd., 545 vd.; **Aynı Yazar**, OR AT, s. 265 vd; **Aynı Yazar**, Aktionen, s. 24 vd.; özellikle uzun süreli sözleşmeler bakımından değerlendirme ve ayın sonuç için bkz. **Oktay**, Uzun Süreli, s. 224 vd., 227. Ayrıca konunun değerlendirilmesi açısından bkz. **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 370 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 296 vd; **Başpınar**, Butlan, s. 141; **Eren**, s. 302; **Gauch/Schluemp/Schmid**, s. 139.

<sup>686</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 526; **Aynı Yazar**, OR AT, s. 267.

<sup>687</sup> **Berner Komm/Bucher**, ZGB Art. 27, Nr. 554 ; **Aynı Yazar**, OR AT, s. 269; **Oktay**, Uzun Süreli, s. 227; kısmı farklılıklar olmak kaydıyla **Koller, A.**, s. 234. İsviçre Federal Mahkemesinin de, her ne kadar yeterince gerekçe göstermese de bu görüş doğrultusunda yeni kararı vardır. Bkz. BGE 129 III 209, 213 vd..

(*TBK.m.27/I*)'nin amaçlarının farklı olmadığına, ayrı hükümler olmasının tamamıyla tarihî bir gelişmenin eseri olduğuna inanıyoruz<sup>688</sup>. Daha önce de kısaca değindiğimiz üzere, bu hükümler birbirlerini tamamlamakta, hatta MK.m.23/II (*ZGB Art. 27/II*) hükmü, BK.m.19-20, (*TBK.m.27*)'nin özel bir uygulamasından ibaret bulunmaktadır<sup>689</sup>. Konunun hiç bu yönü ile tartışılmadığı Alman hukukunda, kişi özgürlükleri §§138-139 BGB ile güvenceye kavuşturulmuştur. Ayrıca Alman hukukunda mevcut düzenlemenin yetersiz olduğu yönünde ciddi bir itiraz ve görüş de bulunmamaktadır. Bu da göstermektedir ki, İsviçre hukukunda ortaya atılan bu görüş gerçekte olmayan veya olmaması gereken sözde sorunu çözmeye yöneliktir.

Ayrıca MK.m.23/II (*ZGB Art. 27/II*) hükmünün amacı sadece kişi özgürlüklerini korumaktan ibaret değildir. Gerçekten de, bireysel özgürlükler sadece kişilere ait gibi görünseler de, aslında toplum düzeninin işleyebilmesi ve korunabilmesi için gerekli olan değerlerdir. Bundan dolayı bu hükümle sadece bireysel özgürlükler değil, toplum düzenine ait menfaatler de korunmaktadır. Bu ise doğrudan genel ahlâk kurallarının koruma alanını girer. Hal böyle olunca da iki hüküm arasında farklılık yaratmak aslında geniş anlamda güdülen amaçla örtüşmez<sup>690</sup>. Diğer yandan kişinin özgürlüklerinin aşırı derece sınırlandırıldığı ve diğer tarafın oyuncağı haline geldiği kelepçeleme sözleşmelerinde hâkimin bunu fark ettiği halde dikkate alamaması ve müdahale edememesi, MK.m.23/II (*ZGB Art. 27/II*) amacıyla da örtüşmez. Bu kadar korunmaya muhtaç olan kişinin, korunmasını kendi iradesine bırakmak, sözkonusu hükümlerin ulvî amacıyla da bağdaşmaz.

Netice olarak, iptal görüşü yerine aşağıda yaptırım konusunda benimsediğimiz uygulamalar yoluyla bireysel veya toplumsal menfaatlerin yeteri kadar korunabileceğini düşünmekteyiz.

---

<sup>688</sup> Konunun bu yöndeki ayrıntıları için bkz. **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 299 vd.; **Aynı Yazar**, *Karar Özgürlüğü*, s. 139 vd..

<sup>689</sup> **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 166, 299; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 393; **Ayan/Ayan**, s. 55; **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 152; **Tunçomağ**, *Borçlar*, s. 174; **Erman**, s. 612; **Akipek/Akıntürk**, s. 374-378.

<sup>690</sup> **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 301.



## II. Kelepçeleme Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukî Yaptırım

### A. Genel Olarak

Kelepçeleme sözleşmelerinin genel ahlâka aykırı olduğu ve bu sebeple de bunun yaptırımının butlan (*Yeni Borçlar Kanunu tabiriyle kesin hükümsüzlük*) olduğu, genellikle kabul edilen bir görüştür. (BK.m20, *TBK.m.27*, OR. Art. 20, BGB § 138, ABGB § 879)<sup>691</sup>. Butlan ise genel olarak, bir hukukî işlemin, hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını taşımaması sebebiyle başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasıdır<sup>692</sup>. Ancak biz, kelepçeleme sözleşmelerinin çok geniş biçimde sözleşme tiplerinin birçoğunda farklı boyutlarıyla ortaya çıkmasından dolayı, yaptırım türünün butlanın çerçevesinde sözleşme tiplerine veya birbirine benzeyen kelepçeleme hallerine bağlı olarak değişebileceğini düşünmekteyiz. Zaten yukarıda kelepçeleme sözleşmesinin görüldüğü haller kısmında, yaptırım türlerine paralellik arzedecek tarzda bir tasnif benimsemiş bulunmaktayız. Netice olarak, kelepçeleme haline bağlı olarak butlan türlerinden tam butlan veya basit kısmî butlan ya da değiştirilmiş kısmî butlan yaptırımlarından birisinin uygulanması gerekir. Adalet duygusu, hakkaniyet ve sözleşme tarafları arasında korunması gereken denge ile menfaatler bunu haklı kılmaktadır. Zaten kanun koyucunun BK.m.20/II (*TBK.m.27/II*)’deki kısmî butlan imkânını getiren düzenlemesi de bu düşünceleri desteklemektedir. Aynı şekilde kanun koyucunun, genel ahlâka aykırı olan bazı hukuki işlemleri BK.m.21 (*TBK.m.28*)’de olduğu gibi doğrudan butlan müeyyidesine bağlamaması sözleşmeleri ayakta tutmayı hedeflediğinin bir göstergesidir<sup>693</sup>.

<sup>691</sup> **Bauer-Mengelberg**, s. 95 vd.; **Scheuing**, s. 61 vd.; **Başpınar**, Kelepçeleme, s. 32-33; **Aynı Yazar**, Butlan, s. 101 bağlamında 141; **Hürlimann**, s. 39 bağlamında 46; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 238 bağlamında 272; **İnan**, s. 141 bağlamında 143; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 225 bağlamında Nr. 308 vd.; **Aynı Yazar**, Obligationenrecht, s. 99; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 71 bağlamında Nr. 159; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 259 bağlamında Nr. 89; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 116 bağlamında Nr. 46 vd.; **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 130 bağlamında 138; **Hausheer/Aebi-Müller**, s. 136 bağlamında 142; **Jauernig/Jauernig**, § 138, Nr. 12 bağlamında Nr. 25; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39 bağlamında Nr. 19; **Sungurbey/Kaneti**, s. 178-179 vd.; **Böhme**, s. 47; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 32; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 390-391; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 99-100; **Koller, A.**, s. 234-235; **Schwenzer**, s. 240 bağlamında 243; **Riemer**, s. 141; Köhler, s. 186 bağlamında 188; **Flume**, Rechtsgeschäft, s. 371; **von Tuhr/Peter**, s. 259-260; **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 45 bağlamında 52; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 72; **Rummel Komm/Krejci**, § 879, Nr. 86 bağlamında Nr. 247 vd..

<sup>692</sup> **Başpınar**, Butlan, 23; **Eren**, s. 300-301; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 277-278; **Oğuzman/Öz**, s. 137.

<sup>693</sup> Özellikle de TBK.m.28’deki “...zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir” hükmü bu gerçeği daha iyi ortaya koymaktadır. Çünkü kanun koyucu sözkonusu hükümle gabin halinde sözleşmenin makûl şartlarla devam ettirilebilmesini de kanun hükmü haline getirmiştir.

Çalışmamızda kelepçeleme sözleşmelerine uygulanacak yaptırım türlerini, alışlagelmişin aksine, en ağır yaptırım türünden başlayarak en hafife doğru değil, en hafiften en ağıra doğru giden bir sistemle anlatmayı tercih ediyoruz. Böyle bir tercihte bulunmamızın sebebi, sözleşmenin ayakta tutulması ilkesinin bir doğal sonucu olarak hâkimin, kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında önüne gelen olayda öncelikle en hafif yaptırım türü olan değiştirilmiş kısmî butlanın, o yoksa bir üst ağırlıkta olan kısmî butlanın o da yoksa tam butlanın uygulanıp uygulanamayacağını araştırma yükümlülüğü altında bulunmasındandır<sup>694</sup>. Bundan dolayı da benimsediğimiz anlatım sistemi kelepçeleme sözleşmelerinin pratik hayattaki uygulamasını daha anlaşılır hale getirecektir. Aşağıda konu bahsedilen çerçevede önce değiştirilmiş kısmî butlan, sonra kısmî butlan, daha sonra da tam butlan sıralamasına göre ele alınmış ve her ilgili bölümde de görüşümüz ortaya konmuştur. Zaten bu çalışmanın amacı da yaptırım türlerini açıklamak ve bu konuda yeni fikirler ortaya koymak değil, doktrinde kabul görmüş butlan türlerinin kelepçeleme sözleşmelerine nasıl uygulanacağı hususuna açıklık getirmektir. Bununla birlikte, benimsediğimiz bu sistemin mahzurunun gidermek için, bu başlık altında alışlagelmiş sisteme uygun biçimde birer paragraf olarak tam butlan, kısmî butlan ve değiştirilmiş kısmî butlan kavramları açıklanmıştır<sup>695</sup>. Ayrıca her biri için açılan başlıkta ise gerekli görüldüğü ölçüde yaptırım türünün ayrıntısına girilmiştir.

Butlanın tanımı ile aynı muhtevaya sahip olan tam butlan, bir hukukî işlemin, hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlilik şartlarını taşımaması sebebiyle, sözleşmenin tamamının başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmamasıdır<sup>696</sup>. Tam butlanın sadece sözleşmenin bir kısmında görülmesi ise basit kısmî butlan olarak adlandırılmaktadır. Buna göre basit kısmî butlan, sözleşmenin muhtevasının bir kısmının emredici hükümlere, kamu düzenine, kişilik haklarına ve genel ahlâka aykırılık veya imkânsızlık sebebiyle sakat olması halinde, yalnız bu kısmın geçersiz olup, tarafların sözleşmenin ayakta tutulması yönündeki farazî iradelerinin de dikkate alınması suretiyle sakat olmayan diğer kısımlarının

<sup>694</sup> Aynı sayılabilecek yönde bkz. **Hâtemî**, s. 219. Benzer şekilde Ateş’de mümkün olduğu kadar tarafları sözleşme kurmaya iten menfaatlere saygı gösterilmesi, onların iradelerinin ayakta tutulabilmesi ve bu yönde en az zarar veren yaptırım türünün uygulanması gerektiğini aktarmaktadır. Bkz. **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 286, dn. 853, ayrıca s. 293.

<sup>695</sup> Benimsediğimiz bu üçlü tasnif için bkz. **Koller, A.**, s. 216; **Kramer**, Obligationenrecht, s. 103; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 43. Bu üçlü tasnife doktrinde “genişletilmiş kısmî butlan” da eklenmektedir. Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 172; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 294; **Hürlimann**, s. 74 **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 145. Biz özellikle kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında genişletilmiş kısmî butlan türüne ihtiyaç olmadığını ve genişletilmiş kısmî butlan ile çözüme kavuşturulmak istenen hususların değiştirilmiş kısmî butlan ile de sağlanabileceğini düşünmekteyiz.

<sup>696</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 23, 25; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 278; **Eren**, s. 300-301; **Oğuzman/Öz**, s. 137.

geçerliliğinin korunmasıdır<sup>697</sup>. Basit kısmî butlan aslında literatürde kullanılan kısmî butlan kavramını ifade etmektedir. Kısmî butlan, türlerine ayrılarak incelendiğinde kısmî butlanın yalın hali, basit kısmî butlan olarak adlandırılmaktadır<sup>698</sup>. Buna karşılık değiştirilmiş kısmî butlan ise, kamu yararı ve tarafların farazî iradeleri düşüncesiyle sözleşmenin sakat olan kısmının yerine ikame bir kuralın geçirilmesi suretiyle, sözleşme ilişkisinin devam ettirilmesidir<sup>699</sup>.

## **B. Amaca Uygun Çözüm Yolu: Değiştirilmiş Kısmî Butlan (modifizierte Teilnichtigkeit)**

Amaca uygun çözüm yolu olarak nitelendirdiğimiz değiştirilmiş kısmî butlan, gerçekten kamu yararı, sözleşme ekonomisi, tarafların varsayılan iradeleri, kanunun emredici hükümlerinin varlığı sebebiyle ortaya çıkmış bir butlan türüdür. Sözleşme ilişkilerinin her geçen gün çetrefilleştiği günümüzde, bu tür hukukî ilişkilere uygulanacak olan butlan yaptırımını sadece tam ve kısmî butlan olarak tasnif etmek ve çözüme ulaşmak adalet ve hakkaniyete uygun değildir. Zaten kanun koyucu da BK.m.20, (TBK.m.27)'de butlan türlerine ilişkin bir tanım yapmış da değildir. Kanun koyucunun böyle bir yol izlemesindeki temel amaç, çerçeve hüküme bağlı olarak, tanım ve muhtevanın doktrin tarafından doldurulmasıdır.

Değiştirilmiş kısmî butlanda, genel olarak kabul edildiği üzere, ikame hükmün iki kaynağı bulunmaktadır. Bunlardan biri kanun hükümleri, diğeri ise tarafların farazî iradeleridir. Söz konusu iki kaynağa göre de uygulaması olan üç ihtimal ortaya çıkmaktadır. Bunlar ise; sözleşmenin sakat kısmının yerine emredici veya tamamlayıcı bir hüküm geçmesi, sakat kısmın yerine hâkim tarafından tarafların farazî iradelerine uygun bir hükmün belirlenmesi, diğeri de en yüksek kanunî haddi aşan sözleşme hükümlerinin, kanunî hadde indirilmesidir<sup>700</sup>.

Kelepçeleme sözleşmeleri bakımından değiştirilmiş kısmî butlandaki sözkonusu üç ihtimalin hepsinin uygulama alanı bulması bize göre mümkün değildir. Aşağıda bunun gerekçelerine yer verilmiştir.

<sup>697</sup> Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 29, 149; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 280-281; **Hürlimann**, s. 4-5, 74; **Berner Komm/Kramer**, OR Art. 19-20, Nr. 353; **Oğuzman/Öz**, s. 141-142; **Eren**, s. 294; **İnan**, s. 144; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 379-380; **Koller, A.**, s. 216.

<sup>698</sup> Başpınar'ın ilgili yerdeki açıklamalarının da bu görüşümüzü doğrular nitelikte olduğunu düşünmekteyiz. Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 149 vd..

<sup>699</sup> Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 152 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 288; **Gauch/Schluemp/Schmid**, s. 144; **Hürlimann**, s. 74; **Koller, A.**, s. 216-217; Hatemi, bu butlanı “*düşey doğrultuda kısmî butlan*” olarak adlandırmaktadır. Bkz. **Hâtemî**, s. 220, dn. 112.

<sup>700</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 154; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 288-289; **Hürlimann**, s. 74; **Schwenzer**, s. 245.

Sözleşmenin sakat kısmının yerine emredici veya tamamlayıcı bir hüküm geçmesi ihtimali bakımından, kanunun emredici hükümlerinin kelepçeleme sözleşmelerinde uygulama alanı bulması bize göre mümkün değildir. Kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî dayanağını açıklarken ortaya koyduğumuz üzere, kelepçeleme sözleşmelerinin hukukî dayanağı genel ahlâka aykırılıktır. Eğer kanun koyucu, ekonomik özgürlüklerin kısıtlanmasını engellemek amacıyla bir kanun hükmü ortaya koymuşsa, artık o konuda hukuka aykırılık devreye girer ve temelini genel ahlâka aykırılıktan alan kelepçeleme sözleşmeleri açısından uygulama alanı kalmaz. Örneğin BK.m.161/III (*TBK.m.182/III*)’teki fahiş cezaî şartın indirilmesi hususu kelepçeleme sözleşmelerinin dışında kalır. Çünkü izlenecek yol açık bir kanunî hüküm ile ortaya konmuştur. Aynı durum, BK.m.343 (*TBK.m.429/II*)’deki hizmet sözleşmesinin on seneden fazla bir süre için yapılmış olması hali için de geçerlidir. Burada da kanun koyucunun açık biçimde on seneyi geçen bir hizmet sözleşmesinin on sene geçtikten sonra her zaman kanunî süreye uymak kaydıyla feshedebileceğini öngörmesinden dolayı süre bakımından kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkmaz.

Sözleşmenin sakat kısmının tamamlayıcı bir hüküm ile doldurulması emredici kanun hükümleriyle doldurulmasından oldukça farklıdır. Çünkü birinde aksi kararlaştırılmayan bir emredici kanun hükmü, diğesinde ise tamamlayıcı özelliği olan ve aksi kararlaştırılabilen bir kanun hükmü vardır. Tamamlayıcı hükmün aksinin kararlaştırılabilmesi sebebiyle, buradaki tamamlayıcı hükmün kaynağı kanun olabileceği gibi taraflar da olabilir<sup>701</sup>. Fesih hükümlerinin sakat olduğu bir sözleşmede, kanunda bulunan ve sözleşmeye uygulanabilir nitelikteki fesih hükümlerinin ikame edilmesi tamamlayıcı kanun hükmüne örnektir<sup>702</sup>. Ancak kanunda yer alan tamamlayıcı hükümlerin sözleşmenin sakat olan kısımlarının yerini alabilmesi için sözleşmenin muhtevası ve diğerk hükümleri ile uyum içinde olması gerekir<sup>703</sup>. Tarafların daha sözleşme yapıldığı esnada, sakat kısımların yerine geçmek üzere belirledikleri tamamlayıcı hükümler BK.m.19-20 (*TBK.m.26-27*) sınırları içinde olduğu müddetçe sorun olmaksızın sözleşmeye ikame edilebilirler.

Kanaatimizce, tamamlayıcı hükmün devreye girmesi hususu ile sözleşmenin sakat kısmının hâkim tarafından tarafların farazî iradelerine uygun bir hükümle belirlenmesi hususu arasında yakın bir bağ vardır. Çünkü kanundaki tamamlayıcı hüküm sözleşmenin muhtevası

<sup>701</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 159; **Hürlimann**, s. 83-84; **Gauch/Schlupe/Schmid**, s. 142.

<sup>702</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 159; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 289; **Hürlimann**, s. 83; BGE 93 II 290, 300.

<sup>703</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 159; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 290.

ve diğerk hükümleri ile uyum içinde olmadığında, devreye hâkimin girmesi ve tarafların farazi iradelerini esas alarak olayı çözmesi gerekmektedir<sup>704</sup>.

Değıştirilmiş kısmî butlan bünyesinde kelepçeleme sözleşmelerine yaptırım olarak en fazla uyan durum ise sözleşmenin sakat kısmının hâkim tarafından tarafların farazî iradelerine uygun bir ikame hükümlle doldurulmasıdır. Söz konusu bu yaptırımın en temel amacı sözleşmeyi mümkün olduğunca ayakta tutabilmektir. Bu ise favor negotii ve onun bir alt türü olan favor contractus ilkesine de uygundur. Hâkim bunu yaparken, taraflar sözleşmenin ilgili hükümlerinin sakat olacağını bilselerdi, nasıl bir hükümlle sözleşmeyi kurmak isterlerdi araştırmasını yapmaktadır. Ancak bu her zaman yeterli olmayıp ayrıca taraf menfaatlerini dikkate alan, adalet ve hakkaniyet içeren bir tespit de bulunmalıdır. Yani sadece ekonomik özgürlüğü aşırı derece ihlâl edilen kişiyi koruyan bir ikame hüküm olmamalıdır. Objektif olarak makûl ve tatmin edici nitelikte çözüm üretmelidir<sup>705</sup>.

Sakat kısmın tarafların farazî iradelerine göre tamamlanması yaptırımının kelepçeleme sözleşmelerindeki en yaygın örneğı rekabet yasağı şartıdır. Hizmet, işletme devir, ortaklık, kira ve benzeri sözleşmelerde ortaya çıkan rekabet yasağı hükümlerinde, taraflardan biri için zaman, konu ve yer konularında sınırlamalar getirilmektedir. Elbetteki rekabet yasağının geçerli olabilmesi için bahsedilen konularda sınırlama ihtiva etmesi gerekir<sup>706</sup>. Ancak uygulamada bazen zaman, konu ve yer konusunda sınırın geniş çizilmesi sebebiyle kelepçeleme sözleşmeleri ortaya çıkmaktadır. İşte hâkim önüne gelen bir olayda zaman, konu ve yer konularında aşırı olan kısmı, makûl bir düzeye indirmeli ve daraltmalıdır<sup>707</sup>. Kanaatimizce de, aşırı olan bir hükmün tümünden geçersiz sayılarak, sözleşmenin geri kalan kısmının bütün olarak geçerli bırakılması veya sakat kısımlar sebebiyle sözleşmenin tamamen

<sup>704</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 160.

<sup>705</sup> Bu konudaki değerlendirme ve bu ihtimalin genel olarak uygulanabilme koşulları için bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 161 vd..

<sup>706</sup> Ayrıntılar için bkz. § 8, I, A.

<sup>707</sup> Özellikle hizmet sözleşmeleri açısından bkz. **Soyer**, s. 71 vd.; **Uşan** s. 248 vd.; **Ayiter**, s. 471; **Eren**, s. 293-294; **von Tuhr/Peter**, s. 259; **Schweingruber**, s. 220; 9. HD. T. 29.05.1997, E. 1997/6252, K. 1997/10506 (KBİBB.). Ayrıca bkz. § 8, I, A, 1. Ancak burada Soyer'in butlan yerine tek taraflı bağlamazlık görüşüne (s. 71) katılmadığımızı belirtmek istiyoruz. Soyer, bu görüşünü her ne kadar BK.m.349'a dayandırıyor olsa da, sözkonusu hükümlde geçerlilik şartları düzenlenmekte olup bunun haricinde başka bir yaptırım türünün varlığını kabul etmeyi gerektirecek bir durum yoktur. Kaldiki değıştirilmiş kısmî butlan görüşü buna ihtiyaç da bırakmamaktadır. Bütün alanlarda ortaya çıkan rekabet yasağında sakat kısmın hâkim tarafından uygun ölçüye indirilmesi gerektiğı yönündeki görüşleri için bkz. **Giger**, Rechtsfolgen, s. 74; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 138, 312; **Scheuing**, s. 52; **Römermann**, s. 1490; BGE 107 II 216; LG Hannover, BB 1998, s. 1501; Aksi yönde görüşleri için bkz. s. **Köhler**, s. 188; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 166; BGH NJW 2005 3061, 3062. Alman hukukundaki görüşler genel olarak bu yöndedir. Özellikle yer ve konu bakımından sınırlamaların makûl seviyeye çekilmesi değil, tamamının geçersiz olması yönündedir. Aynı şekilde İngiliz Yüksek Mahkemesi de işçiyeye getirilmiş yer konusundaki sınırlamayı, mahalli mahkemenin daraltmasını reddederek, hâkimin bunu yapamayacağını belirtmiştir. Karar için bkz. **Uşan**, s. 248, dn. 195.

geçersiz kılınması sözleşme ekonomisi, taraf menfaatleri vs. bakımından sakıncalıdır<sup>708</sup>. Böyle bir sonuç favor negotii ve favor contractus ilkelerin de aykırı olur.

Yukarıda belirtilen durumun tacirlerin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan cezaî şart hükümleri için de geçerli olduğunu düşünmekteyiz. Burada şu hususa açıklık getirilmesi gerekmektedir. Acaba BK.m.161/III, (TBK.m.182/III)'teki cezaî şartın indirilmesine yönelik hüküm tacirlerin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlandığı hallerde de kıyas yolu ile uygulanmalı mıdır? Yoksa TTK.m.24, (Yeni TTK.m.22)'deki hükümler katı yorumlanmalı ve aşırılık sebebiyle genel ahlâka aykırılık boyutunda olan cezaî şartın tamamı geçersiz mi olmalıdır?

Kanaatimizce, gerek BK.m.161/III, TBK.m.182/III, gerek BK.m.19-20 uygulansın aynı sonuç ortaya çıkmaktadır. Her şeyden önce değiştirilmiş kısmî butlan hükmünün rekabet yasağında uygulanabilirliğini kabul ederken, genel ahlâka aykırı cezaî şart konusunda bu görüşten ayrılmayı haklı kılacak bir gerekçe mevcut değildir. Ayrıca cezaî şartın tamamının geçersiz olduğu görüşü kabul edilecek olursa, kanun koyucunun tacir olmayanlar için öngördüğü BK.m. BK.m.161/III, TBK.m.182/III'deki korumadan daha fazlasını tacirler için tanımış olur ki, bu da kanun koyucunun amacını aşan bir yaklaşımdır. Yani tacir olmayanlar için sözleşmenin cezaî şart hükmü hiçbir zaman tamamen geçersizlik boyutuna ulaşmaz ve yükümlülük altına girilen cezaî şart belli ölçüde de olsa ödenmek zorunda kalınır. Ama tacirler bakımından genel ahlâka aykırılık sebebiyle cezaî şartın tamamı geçersiz olur ve tacir sözleşmenin diğer tarafına karşı çok daha avantajlı bir konuma gelir. Kaldı ki BK.m.161/III, TBK.m.182/III hükmü de genel ahlâk anlayışından hareketle getirilmiştir. Aynı müessese içinde birbinden farklı sonuçlar yaratan görüş ve uygulama hukuka olan güveni de zeder<sup>709</sup>.

<sup>708</sup> Aynı yönde **Soyer**, s. 73; **Uşan**, s. 251, 253; **Ayiter**, s. 473. Rekabet yasağı bağlamında değil ama daha geniş manada Hâtemi de aynı görüşü savunmaktadır. Yazar, üst sınırın kanun tarafından belirlenmediği hallerde dahi hâkimin dürüstlük kuralı ve taraf iradeleri varsayımından hareket ederek gerekli indirimi yapması gerektiğini belirtmektedir. Bkz. **Hâtemî**, s. 229 vd.

<sup>709</sup> Değişik gerekçelerle aynı sonuç için bkz. **Eren**, s. 294, 1141; **Ekinci**, s. 321. Yargıtay'ın da aynı yönde içtihatları vardır: HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222; 15 HD., T. 24.6.1992, E. 1992/5216, K. 1992/3281; 19. HD. 18.05.2005, E. 2004/9148, K. 2005/5709; 15. HD., 23.03.2101, E. 2009/1814, K. 2010/1643 (KBİBB.). Bu konudaki geniş tartışmalar ve net olmayan sonuç için bkz. **Kocaağa**, s. 264. Yazarın Oğuzman/Öz'e dayandırdığı görüşüne göre BK.m.20/II cezaî şart miktarının indirilmesine değil, ya tüm cezaî şartın veya cezaî şartla birlikte asıl borç ilişkisinin geçersiz sayılmasına yol açar. Bununla birlikte hâkim tarafından cezaî şartın indirimi TTK.1466'nın kıyas yoluyla uygulanması veya dürüstlük kuralına dayanılması halinde tasvip edilebilir (s. 264); **Oğuzman/Öz**, s. 913; aynı yönde **Ateş** Ahlâka Aykırılık, s. 271, 292, dn. 879. Bize göre yazarların vardığı sonuç yeteri kadar açık değildir. Ayrıca Kocaağa'nın görüşünü temellendirmek üzere İsviçre doktrinine yaptığı atıfları da bizim hukukumuz açısından doğrudan kabul edilebilir değildir. Çünkü İsviçre hukukunda bizim TTK.m.24, TTK.m.22'ye karşılık gelen bir hüküm yoktur. Bu sebeple yazarın atıf yaptığı İsviçre doktrinindeki kısmî butlanla ilgili genel değerlendirmelerin ancak ve ancak kıyas yolu ile kabul edilebilirliği mümkündür. Fakat yukarıda tacirler için BK.m.161/III, TBK.m.182/III'nin kıyas yoluyla uygulanmasını değil, BK.m.19-20 çerçevesinde çözüm üretilmesi görüşünü benimsediğimizden Oğuzman/Öz ve Kocaağa'nın bu yaklaşımını reddetmekteyiz.

Burada başka bir noktaya daha temas edilmesi gerekmektedir. Doktrinde BK.m.161/III, *TBK.m.182/III* bağlamında cezaî şartın indirilebilmesi için cezaî şartın ifa edilmemiş olması gerektiği hâkim görüş olarak kabul edilmektedir<sup>710</sup>. Ancak aynı durumun tacirin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayan durum içinde geçerli olup olmadığına yönelik pek bir değerlendirme yapılmamaktadır.

Kanaatimizce, burada ifanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin bir önemi yoktur. İfanın gerçekleştirilmiş olması tacirin ödeyebileceğine elbette bir karine oluşturur, ama sırf cezaî şartın ödenmiş olmasından hareketle bu sonuca varmak doğru değildir. Belki de tacir ticarî itibarını kaybetme veya iflâs korkusu ile birçok riski üstlenerek borç bulmuş ve cezaî şartı ödemiş olabilir. Bundan dolayı hâkim, önüne gelen somut olayın bütün ayrıntılarını dikkate almalı ve cezaî şartın objektif olarak tacirin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayıp sınırlamadığını incelemelidir<sup>711</sup>. Ayrıca tacirler için genel ahlâka aykırı boyuta ulaşmış bir cezaî şarta uygulanacak müeyyide değiştirilmiş kısmî butlan ise, ifanın gerçekleşmesi ile geçersiz olan bir sözleşme nasıl geçerli hale gelecektir?<sup>712</sup> Bütün bu gerekçelerle, cezaî şart ifa edilmiş olsa dahi kelepçeleme sözleşmeleri boyutuna ulaşmış cezaî şartın geçersizliğinin ileri sürülebileceğine inanmaktayız.

Sözleşmedeki sakat kısmın tarafların farazî iradelerine göre tamamlanması yaptırımının kelepçeleme sözleşmelerindeki en önemli uygulama alanlarından biri de süredir<sup>713</sup>. Gerçekten de, sürekli borç ilişkisi doğuran pek çok sözleşmede uzun süreyi ihtiva eden ve bu süre içinde sözleşmeyi feshedebilme imkânını ortadan kaldıran hükümlere rastlamak mümkündür. Elbetteki her uzun süre içeren sözleşme kelepçeleme sözleşmelerinin ortaya çıkmasına sebep olmaz. Ama uzun süre çok önemli de bir etkidir. Süre konusu bazen o kadar uzun olur ki tek başına bile borçlunun ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlar ve onu diğer tarafa bağımlı hale getirir. Bazen de sözleşmenin diğer hükümleri ile birlikte değerlendirildiğinde böyle bir sonuç ortaya çıkabilir. İşte sözleşmenin bir bütün halinde geçersizliğinin gerekmediği yerlerde, sözleşmedeki süreye ilişkin hükmün tümünden geçersiz

<sup>710</sup> **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 154 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 912; **Eren**, s. 1140; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 267, dn. 790; **Günay**, s. 181.

<sup>711</sup> Aynı yönde **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 356. Yazarlar da ifadan sonra indirim yapılacaksa, borçlunun ekonomik durumunun daha sıkı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedirler.

<sup>712</sup> Cezaî şartın tacir olmayanlar için aşırı (fahiş) olması haline ilişkin bu tartışmalar yapılmıştır (Bkz. **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 155). Ancak biz iki durumun hukukî dayanaklarının farklı olmasından dolayı, tacirlere ilişkin cezaî şart konusunda tereddütsüz bu görüşe üstünlük tanınmalı diye düşünmekteyiz. Kaldığı **Tunçomağ** da tartışmaları ortaya koyduğu yerde aynen şu ifadelerle yer vermiştir: “...aşırı cezaî şartla borçlunun iktisadî hürriyetinin ahlâka aykırı bir suretle sınırlandığı her zaman söylenemez. Fakat istisnaen aşırılık bu dereceye varmışsa, cezaî şart zaten batıl sayılır; yalnız bu halde butlanın sebebi, BK.m.161/III değil de, BK.m.20'dir” (s. 155).

<sup>713</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz. § 7, III, B, 2.

sayılması yerine makûl bir seviyeye çekilmesi doktrin ve içtihatlarda genellikle kabul edilmektedir<sup>714</sup>. Örneğin İsviçre Federal Mahkemesi, bir anonim şirketin bira ve maden suyunu bir şirketten almayı süresiz olarak taahhüt etmesini genel ahlâka aykırı bulmuş ve tarafların varsayılan iradelerinden hareket ederek sözleşmenin 20 yıl süreyle bağlayıcı olacağına karar vermiştir<sup>715</sup>. Ancak hâkim sürenin uygun bir seviyeye getirilmesine karar verirken, tarafların sözleşme ile elde ettikleri her türlü menfaatleri dikkate almalıdır. Yani uzun süreye karşılık uygun bir edim alınmışsa sürenin kısaltılmasında daha dikkatli davranmalıdır<sup>716</sup>. Aynı durum diğer değiştirilmiş kısmî butlan halleri için de geçerlidir.

Sözleşmedeki sakat kısmın tarafların farazî iradelerine göre tamamlanması yaptırımının kelepçeleme sözleşmelerinde uygulanabileceği hallerden birinin de, sözleşmelerde kararlaştırılan faiz oranları olduğunu düşünmekteyiz. Ancak kanunî düzenlemelerle bazı alanlara ilişkin sınırlamaların getirildiği durumlarda taraf iradelerine göre değiştirilmiş kısmî butlan uygulaması mümkün değildir. Örneğin TKHK.m. 6A'da "*faizin hesaplandığı yıllık oran ve sözleşmede belirlenen faiz oranının yüzde otuz fazlasını geçmemek üzere gecikme faizi oranı*"nın kararlaştırılabileceği hükme bağlanmıştır. Artık bu ve benzeri durumlarda kelepçeleme sözleşmeleri meydana gelmez ve kanunî hadde indirim adı verilen yaptırım ortaya çıkar.

Değiştirilmiş kısmî butlanda en yüksek kanunî haddi aşan sözleşme hükümlerinin, kanunî hadde indirilmesi ihtimali ise, aynı sakat kısmın yerine emredici hükümlerin geçmesinde olduğu gibi, kelepçeleme sözleşmelerinde uygulama alanı bulmaz. Burada da kanunun açık hükmü sebebiyle bize göre genel ahlâka aykırılık değil, kanuna aykırılık vardır. Hal böyle olunca da kelepçeleme sözleşmelerinin uygulanmasına yer kalmaz. Her ne kadar doktrinde genel ahlâka aykırı cezaî şart hükümlerinin ve sözleşmelerdeki uzun süre hükümlerinin kanunî hadde indirimi mümkün olduğu belirtilmişse de<sup>717</sup> biz bu genellemeye katılmıyoruz. Çünkü bize göre kanunî hadde indirilme, ancak kanunda açık hüküm veya

<sup>714</sup> **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 110, 279; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 129; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 75; **Giger**, Rechtsfolgen, s. 74; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 81; **Jauernig/Jauernig**, § 139, Nr. 11; **Tuor/Schnyder/Schmid/Rumo-Jungo**, s. 100; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s. 393; **Hâtemî**, s. 228; **Guhl/Koller/Schnyder/Druey**, s. 45; **Başpınar**, Butlan, s. 160-161; **İşgüzar**, s. 120; BGH NJW 1972, 1459; BGH WM 1973, 357, 358; NJW 1985 2693, 2695; BGHZ 68, 1, 5; BGE II 120 35, 40; BGE 114 II 159, 163; BGE 93 II 290; BGE 89 II 503. Aksi fikir için bkz. **Zimmermann**, Reinhard: Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit?, Berlin 1979, s. 44 vd..

<sup>715</sup> BGE 114 II 159. Federal Mahkeme, ebedi süreli bağlılığa götüren bir sözleşme ilişkisinde yine taraf iradeleri varsayımıyla sözleşmeye müdahale etmiştir. Mahkeme, somut olayda tek satıcının işlerini düzeltbilmesi ve piyasada tanınabilmesi için 3 yıla, hazırlık ve yatırım masraflarını amorti edebilmesi için 5 yıla, toplamda ise 8 yıla ihtiyaç duyacağını belirterek, sözleşmeyi bu süre ile sınırlandırmıştır. BGE 107 II 216, 218. Ayrıca bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 160; **Ateş** Ahlâka Aykırılık, s. 290, dn. 871.

<sup>716</sup> **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 75; **Jauernig/Jauernig**, § 139, Nr. 11; NJW 1985 2693, 2695; BGH DB 1976, 573; BGH WM 1975, 850, 851.

<sup>717</sup> **Ateş** Ahlâka Aykırılık, s. 292.



yetkili makam tarafından tesbit edilmiş bir had bulunması hallerine ilişkindir<sup>718</sup>. TKHK.m. 6A'daki hüküm buna örnektir.

Burada kanunî hadde indirimle bağlantılı Türk Borçlar Kanundaki bir düzenlemeye işaret etmek gerekir. Mevcut Borçlar Kanununda hizmet sözleşmelerindeki rekabet yasağı konusunda süre bakımından herhangi bir emredici hüküm bulunmaktadır. Buna karşılık Türk Borçlar Kanunu m. 444'te “*özel durumlar ve koşullar dışında iki yılı aşamaz*” şeklinde süre getirilmiştir. Dolayısıyla burada 2 yılı aşan hallerde artık kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında genel ahlâka aykırılık değil, kanun hükümlerine aykırılık sözkonusudur. Bu sebeple, daha uzun süre için yapılmış rekabet yasağı da ancak 2 yıl için geçerli sayılır. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere “*özel durumlar ve koşulların*” ne olduğunu hâkim hakkaniyete ve genel ahlâk anlayışına göre değerlendirir. İşte buna bağlı olarak kelepçeleme sözleşmeleri meydana gelebilir ve yaptırım uygulanması gerekebilir. Kanaatimizce buradaki yaptırım ise hâkimin tarafların farazî iradelerini dikkate alarak ikame hüküm belirlemesi biçiminde gerçekleşmelidir.

### C. Basit Kısmî Butlan (schlichte Teilnichtigkeit)

Değiştirilmiş kısmî butlanın yoğun olarak uygulandığı yerde basit kısmî butlana çok ihtiyaç kalmaz. Ancak değiştirilmiş kısmî butlanın uygulanabilmesi için sakatlığa sebep olan hükmün bölünebilir bir edim olması gerekir<sup>719</sup>. Örneğin bir miktar para, belli bir süre, rekabet yasağındaki gibi belli bir bölge bu kapsamda düşünülebilir<sup>720</sup>. Hâkimin bölünemeyen bir edim yerine başka bir edimi devreye sokması kanaatimizce mümkün olmamalıdır. Örneğin hakim, cezaî şart olarak öngörülen hizmet edimini değiştirilmiş kısmî butlan yoluyla uygun bir seviyeye çekememelidir<sup>721</sup>. Sözleşmeye böyle bir müdahale edimin türünü değiştirmek olur ki, tarafların varsayılan iradeleri fazlasıyla aşar. Böyle bir durumda artık hâkim, değiştirilmiş

<sup>718</sup> En yüksek kanunî hadde indiriminin hangi hallere ilişkin olduğu hakkında geniş bilgi için bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 163 vd.. Ayrıca TTK.m.1466, *Yeni TTK.m.1530/I* hükmü de ticarî hükümlere ilişkin olarak bu uygulamanın kanunî dayanağıdır. *Yeni TTK.m.1530/I hükmü aynen şöyledir: “Aksine bir hüküm bulunmadığı takdirde, ticari hükümlerle yasaklanmış işlemler ve şartlar batıldır. Ancak, sözleşme uyarınca yerine getirilmesi gereken edimler için kanunun veya yetkili makamların koymuş olduğu en yüksek sınırı aşan sözleşmeler en yüksek sınır üzerinden yapılmış sayılır; sınırı aşan edimler hata ile yerine getirilmiş olmasa bile, geri alınır. Bu sınırlarda, Türk Borçlar Kanununun 27 nci maddesinin ikinci fıkrasının ikinci cümlesi uygulanmaz”*.

<sup>719</sup> **Eren**, s. 304.

<sup>720</sup> **Günay**, s. 208; Aynı sonuca gelmek üzere bkz. **Hâtemî**, s. 228.

<sup>721</sup> **Günay**, s. 208; Aksi fikir **Oğuzman/Öz**, s. 912; **Kocaağa**, s. 248-249. Ancak yazar, genel ahlaka aykırı boyutta olan cezaî şartlar bakımından bizim savunduğumuz görüşe yaklaşmaktadır. Bkz s. 249, dn. 177.

kısmî butlan yerine, basit kısmî butlanı tercih etmelidir<sup>722</sup>. Böylece yalnız bir kısmı sakat olan sözleşmenin, sakat olan kısmının butlanına karar verilir ve sakat olmayan kısım ve kısımlar da sözleşmenin yapıldığı sıradaki gibi geçerliliğini korumaya devam eder. Ancak bu, tarafların sözleşmeyi sakat kısımlar olmadan da devam ettirmeyi kabul etmeleri varsayımına bağlıdır<sup>723</sup>. Diğer taraftan basit kısmî butlanın uygulama alanı zaten azdır. Çünkü taraflar genel olarak sözleşmenin kalan kısımları ile sözleşmeyi devam ettirmek istemezler. Bu durumda BK.m.20/II, TBK.m.27/II, gereğince sözleşmeye tam butlan hükümleri uygulanır<sup>724</sup>.

Doktrinde kısmî butlan türü olarak bir de genişletilmiş kısmî butlan ele alınıp incelenmektedir. Bu ise sözleşmenin sakat kısmı ile birlikte geçerli bazı kısımların da batıl sayılmasını kabul eden bir yaklaşımdır<sup>725</sup>. Basit kısmî butlanın dahi kelepçeleme sözleşmeleri bakımından pek uygulama alanı bulamadığı bir durumda, genişletilmiş kısmî butlan çözümüne ihtiyaç duyulmayacağı kanaatindeyiz. Ancak somut olay bunu haklı gösterirse bu yolun da kapalı olmadığını belirtmeliyiz. Hâkim en ağır yaptırım olan tam butlana karar vermeden önce bu yolun mümkün olup olmadığını da araştırmalıdır.

#### **D. Tam Butlan (Totalnichtigkeit)**

Kelepçeleme sözleşmelerine uygulanacak en ağır yaptırım tam butlandır. Bu bölümün en başında da belirttiğimiz üzere, hâkim, en hafifinden ağır olanına doğru yaptırımların uygulanabilirliğini araştırmalıdır. Sözleşmeyi en az zararla ayakta tutmayı denemelidir. Değiştirilmiş kısmî butlan, basit kısmî butlan veya genişletilmiş kısmî butlan türlerinden herhangi birinin uygulanma şansının olmadığı yerde, artık tam butlanın uygulanması kaçınılmaz olur. Bununla birlikte kelepçeleme sözleşmelerinin kendine has yapısından dolayı tam butlanın ortaya çıkması basit kısmî butlana nazaran daha çok mümkün olabilir. Kelepçeleme sözleşmelerinin kriterlerini açıklarken, kişinin ekonomik özgürlüğünün elinden alınıp alınmadığını tespitinde sözleşmenin bir bütün olarak göz değerlendirilmesi gerektiğini birçok defa vurgulanmıştı. Gerçekten de çok zaman sözleşme hükümlerinin her biri tek başına kişinin ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlamazken, sözleşmenin birçok hükmü veya

<sup>722</sup> Basit kısmî butlan konusundaki ayrıntılar için bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 149 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 286 vd..

<sup>723</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 149; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 286.

<sup>724</sup> **Başpınar**, Butlan, s. 152; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 287. Ayrıca Ateş, yazar Zufferey-Werro'nun bir ifadesi olarak, İsviçre Federal Mahkemesinin basit kısmî butlanı açıkça uyguladığı genel ahlâka aykırı bir durumun bulunmadığını aktarmaktadır (bkz. s. 287, dn. 861).

<sup>725</sup> Ayrıntılar için bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 172 vd.; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 294 vd..

tamamı bir arada değerlendirildiğinde bu sonuç ortaya çıkabilmektedir. İşte böyle bir olayla karşılaştığında hâkim, artık sözleşmenin tamamının geçersiz olduğuna hükmetmelidir.

Daha önce iki farklı yerde de ayrıntılarıyla aktarılan birkaç kararı, burada tekrar hatırlamak konunun anlaşılabilmesi için yeterli olur kanaatindeyiz. Kararlardan birinde petrol şirketi ile akaryakıt istasyonu arasındaki sözleşmenin bütün hükümleri birlikte değerlendirilmiş ve akaryakıt istasyon işleticisinin petrol şirketine bağımlı olduğuna karar verilmiştir<sup>726</sup>. Bir diğer kararda Alman-Amerikan ortaklığı petrol şirketi ile Alman petrol şirketi arasında yapılan anlaşmadaki hükümler bir bütün olarak değerlendirilmiş ve Alman petrol şirketinin diğer tarafa ekonomik olarak bağımlı hale geldiği kabul edilmiştir<sup>727</sup>. Başka bir kararda da, iş acentalığı yapan biri ile kaldırım ustası arasındaki sözleşme bir bütün olarak değerlendirilmiş ve kaldırım ustasının ekonomik özgürlüğünün aşırı derece sınırlandırıldığı kabul edilmiştir<sup>728</sup>. İşte bu ve benzeri durumlarda hâkim sözleşmenin bir bütün halinde geçersiz olduğuna karar vermelidir. Eğer kelepçeleme sözleşmelerine sebep olan birçok hükmün kısmî butlanına karar verilecek olursa, sözleşmedeki denge ve taraf menfaatleri bu defa diğer taraf aleyhine aşırı bozulabilir.

### **III. Kelepçeleme Sözleşmelerine Uygulanacak Hukukî Yaptırım İçin Esas Alınacak An**

Hâkimin kelepçeleme sözleşmelerinin oluşup oluşmadığını tespit ederken hangi anı esas alacağı önemli bir sorundur. Kelepçeleme sözleşmeleri genel ahlâka aykırılık içinde yer alan birçok konudan biridir. Bu sebeple biz bütün genel ahlâka aykırılık durumunun tesbiti için esas alınacak anın, kelepçeleme sözleşmelerinin tespitinde de esas alınabileceğini düşünüyoruz. Kanaatimizce, bu noktada daha farklı bir yaklaşımı haklı kılacak özel bir sebep de bulunmamaktadır.

Bir sözleşmenin veya sözleşme hükümlerinden bazılarının genel ahlâka aykırı olup olmadığının tespitinde esas alınması gereken an konusu doktrinde tartışmalıdır. Sözkonusu tartışmalar, sözleşmenin yapıldığı, sözleşmeyle ilgili davanın açıldığı, (aynı anlama gelmek üzere ifanın talep edildiği) ve açılan davada karar anı üzerinden yürümektedir. Bu konuda klâsik teori olarak da adlandırılan birinci görüşe göre hâkim, önündeki somut olayın genel ahlâka aykırı olup olmadığını değerlendirirken, somut olayla ilgili sözleşmenin kurulduğu

<sup>726</sup> OGer Basel-Land BJM 1973, 95. Kararın ayrıntıları için bkz. § 7, III, B, 1, b.

<sup>727</sup> RGZ 82, 308. Kararın ayrıntıları için bkz. § 7, III, B, 1, b.

<sup>728</sup> BGE 39 II 541.

andaki genel ahlâk kurallarını esas almalıdır<sup>729</sup>. Yani sözleşmenin kurulduğu andaki genel ahlâka aykırılık, sözleşmenin akıbetini belirlemektedir. Genel ahlâka aykırı olan bu sözleşme tam veya kısmî butlan ya da türleri yaptırımına tabi olur.

İkinci görüşe göre, genel ahlâka aykırılığın tesbitinde esas alınması gereken an, sözleşmedeki ifanın talep edildiği veya ifa dava yolu ile talep edilmişse davanın açıldığı andır<sup>730</sup>.

Üçüncü bir görüşe göre ise, genel ahlâka aykırılığın tesbitinde esas alınması gereken an, hâkimin karar verdiği andır<sup>731</sup>.

Gerek ifanın talep edildiği gerek karar anını esas alan görüşlerin genel yaklaşımı, sözleşmenin yapıldığı zamanki genel ahlâk kuralları ile bağlı kalmanın doğru olmadığı yönündedir. Bu görüş sahiplerine göre, sözleşme yapıldığı an değil, daha sonraki bir an esas alındığında, bu süre içinde genel ahlâk anlayışında ve özellikle tarafların ekonomik durumlarındaki önemli değişmelerin dikkate alınması mümkün olur. Çünkü yapıldığı sırada genel ahlâka aykırı olmayan bir sözleşme, zamanın geçmesi ve şartların değişmesi sebebiyle genel ahlâka aykırı hale gelmiş olabileceği gibi, bunun aksi de mümkündür. Bu durumda sözleşmenin yapıldığı zamanki esaslara bağlı kalınması, değişen genel ahlâk kurallarına direnç gösterilmesi ve toplum tarafından benimsenen yeni anlayışı görmezden gelinmesi

---

<sup>729</sup> Hürlimann, s. 65, 75; Münchener/Armbrüster, § 138, Nr. 133; Veelken, s. 46, 52; Başpınar, Butlan, 101, 137; Eren, s. 291; Sungurbey/Kaneti, s. 198-199; Atamer, s. 156; Berner Komm/Kramer, OR Art. 19-20, Nr. 182; Gauch/Schluep/Schmid, s. 131; Köhler, s. 184; Palandt/Heinrichs, § 138, Nr. 9; Larenz/Wolf, § 41, Nr. 28; Bamberger/Roth/Wendtland, § 138, Nr. 26; Flume, Rechtsgeschäft, s. 377-378; Soergel/Hefermehl, § 138, Nr. 40 vd.; Staudinger/Sack, § 138, Nr. 79; Künzler, s. 41; Ateş, Ahlâka Aykırılık, s. 202. Yazar, klasik teori olarak adlandırdığı bu görüşü açıklamış, kanaatini açık biçimde ortaya koymamış olmamakla beraber, eserinde mutlak ve nisbî butlana ilişkin yaptığı açıklamalar (s. 299 vd.) bu görüşte olduğunu desteklemektedir. Mahkeme içtihatları da genel ahlâka aykırılığı tespitinde sözleşmenin yapıldığı anın esas alınması yönündedir. HGK., T.20.3.1974, E. 1970/T-1053, K.1974/222; 13 HD., T. 15.02.2001, E. 2001/742, K. 2001/1516; BGH NJW 1996, 1274, 1276; BGHZ 100, 359; BGHZ 107, 96; BGE 84 II 628; BGE 84 II 13, 27; Ancak İsviçre Federal mahkemesinin kişilik haklarına ilişkin aksi yönde kararları da vardır. BGE 117 II 273, 275 vd.; BGE 104 II 108 vd.; BGE 80 II 327, 335; BGE 40 II 232.

Daha sonra ortaya çıkan edimler arasındaki bozulmalarda genel ahlâka aykırılığa sebep olmaz. Ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde uyarılma talep edilebilir. Bkz. Palandt/Heinrichs, § 138, Nr. 9; Larenz/Wolf, § 41, Nr. 28; BGHZ 123, 281; BGHZ 126, 226, 239; BGH NJW 2003, 283. Taraflarının farazi iradeleri araştırılırken de sözleşmenin yapıldığı anın dikkate alınacağı hususu için bkz. Berner Komm/Kramer, OR Art. 19-20, Nr. 363, 367; Hürlimann, s. 65, Başpınar, Butlan, s. 101; BGE 107 II 216, 219.

<sup>730</sup> Özellikle kişilik haklarına aykırılık içeren sözleşmeler bakımından bkz. Hausheer/Aebi-Müller, s. 137; BSK OR I/Huguenin, Art.19-20, Nr. 57. BGE 117 II 273, 275 vd.; BGE 104 II 108 vd.; BGE 80 II 327, 335, BGE 40 II 232.

<sup>731</sup> Hâtemî, s. 115 ve dn. 42. Bununla birlikte yazar sözleşmenin kurulduğu esnada genel ahlâka aykırı olan bir sözleşmenin tekrar geçmişe etkili olarak sıhhat kazanamayacağını da belirtmektedir. Dokrinde Bucher, özellikle kişilik haklarına aykırı sözleşmeler bakımından taraflar arasındaki sorunun yaşandığı anı başlangıç olarak göstermekle birlikte asıl olarak karar anı baz almaktadır. Bkz. Berner Komm/Bucher, ZGB Art. 27, Nr. 295 vd. ile 528. Özellikle cezaî şart bakımından bkz. Tunçomağ, Cezaî Şart, s. 151; Kocaağa, s. 238.

anlamına gelir. Yani neticede sözleşmenin yapıldığı andaki duruma bağlanıp kalmak yerine, daha sonraki bir anın esas alınması taraf menfaatleri bakımından daha uygundur<sup>732</sup>.

Kanaatimizce doktrinde ileri sürülen bu görüşlerden, sözleşmenin yapıldığı anı esas alana üstünlük tanınmalıdır. Çünkü bu görüş, hukukî ilişkilerin meydana geldiği zamanki esaslara göre değerlendirilmesi ilkesine uygundur<sup>733</sup>. Sözleşme yapılmasından sonra meydana gelen değişmeler sebebiyle baştan itibaren geçersiz olan bir sözleşmeyi geçerli saymak hukuk güvenliğiyle bağdaşmaz ve bunu butlan yaptırımında da izah etmek de mümkün değildir. Ancak ifanın talep edildiği veya mahkemenin karar verdiği anda sözleşme yapıldığı zamana göre, özellikle ekonomik şartlarda aşırı derecede değişme yaşanmışsa geçersizliğin ileri sürülmesi şekle aykırılıkta olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması teşkil edebilir<sup>734</sup>.

Kelepçeleme sözleşmelerinin birçok haline uygulanacak yaptırım olarak benimsediğimiz değiştirilmiş kısmî butlan ise, diğer görüş sahiplerince ileri sürülen birçok olumsuzluğu bertaraf etmeye de uygundur. Gerçekten de tarafların geçmişteki farazi iradeleri araştırılırken hâkimin geniş değerlendirmede bulunması gerekmektedir. İşte bu değerlendirme yapılırken, sözleşmenin yapıldığı an ile karar anı arasında geçen zaman ve bu zaman içinde gerçekleşen olgu ve olaylar, hâkimin genel ahlâka aykırılığın boyutunu anlamasına (ölçmesine) yardımcı olur<sup>735</sup>.

## § 10. KELEPÇELEME SÖZLEŞMELERİNİN ORTADAN KALKMASINDAN DOĞAN TALEPLER

Kelepçeleme sözleşmelerinin bir ihlâl hali olması sebebiyle onun sona ermesinden doğan talepler, satım, kira, eser sözleşmeleri tiplerinde olduğu gibi sonuçlar doğurmaz. Yani kelepçeleme sözleşmeleri genel ahlâka aykırılık teşkil eden hallerden biri olarak, genel ahlâka aykırılığın yaptırımını olan butlanın sonuçlarını doğurur. Gerçekten de, kelepçeleme sözleşmelerine bağlı taleplerin butlan yaptırımına bağlı taleplerden ayrılan veya özellik arzeden pek bir yönü de bulunmamaktadır. Hatta ondan daha dar bir çerçeveye sahiptir. Bundan dolayı aşağıda kelepçeleme sözleşmelerinin sona ermesinden doğan talepler, butlan

<sup>732</sup> Bkz. **Tunçomağ**, Cezaî Şart, s. 150 vd.; **Kocağa**, s. 237 vd..

<sup>733</sup> **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 133.

<sup>734</sup> Daha sonra ortaya çıkan edimler arasındaki bozulmalar ise genel ahlâka aykırılığa sebep olmaz. Ayrıca dürüstlük kuralı çerçevesinde çözüm üretilebileceği yönünde bkz. **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 9-10; **Bamberger/Roth/Wendtland**, § 138, Nr. 26; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 28; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 138; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 79, 83; **Soergel/Hefermehl**, § 138, Nr. 43; BGHZ 123, 281; BGHZ 126, 226, 239; BGH NJW 2003, 283; BGH NJW 1983, 2692; BGH NJW 1996, 990.

<sup>735</sup> Bkz. **Başpınar**, Butlan, s. 102.

yaptırım sonuçlarına paralel biçimde ele alınmıştır. Ancak unutulmamalı ki, kelepçeleme sözleşmelerinin çok farklı sözleşme tiplerinde ortaya çıkması sebebiyle, kelepçeleme sözleşmelerine bağlı taleplerin mahiyeti her somut olay ve sözleşmede farklı bir görünüm arzedebilir. Bundan dolayı aşağıda yapılan tasnifin genel bir ayırım olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

## I. Edimlerin İfasının Talep Edilememesi

Kelepçeleme sözleşmelerine uygulanacak hukukî yaptırımın değiştirilmiş kısmî butlan, basit kısmî butlan (aynı zamanda genişletilmiş kısmî butlan) veya tam butlan olabileceği yukarıda açıklanmıştı. İşte kelepçeleme sözleşmelerine uygulanan bu yaptırımın türüne bağlı olarak edimlerin ifasının talep edilmesi farklı şekilde sonuçlar doğurabilir..

Her şeyden önce, kelepçeleme niteliği yüzünden bir sözleşme tamamen geçersiz olursa, taraflardan hiçbiri kararlaştırılmış olan edimlerin yerine getirilmesini talep edemez<sup>736</sup>. Yargıtay'ın geçersiz olan bir sözleşmeyi ifadan kaçınmanın genel ahlâka aykırılık oluşturmayacağı yönündeki görüşü de bunu desteklemektedir<sup>737</sup>. Dolayısıyla sözleşmenin geçersiz olması durumunda tarafların ifayı yerine getirmekten kaçınmalarının toplum ve hukuk düzenini rahatsız eden bir yönü de olmaz. Ancak kelepçeleme sebebiyle sözleşme değiştirilmiş kısmî butlan veya basit kısmî butlana tabi olursa, geçersiz olan kısımlar bakımından edim yükümlülüğü kalkar. Buna karşılık aynı sözleşmede ama geçerli kalan kısımlar için devam eder<sup>738</sup>. Örneğin bir sözleşmede rekabet yasağı kapsamında konmuş aşırı geniş “coğrafi alan”, mahkeme tarafından daraltılırsa, rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunan tarafın daraltmış alanda rekabet etmeme yükümlülüğü devam eder.

Kelepçeleme sözleşmelerinin cezaî şart ve faiz gibi fer'i haklar bakımından ortaya çıkması halinde genellikle aslî sözleşme geçerli kalmaya devam eder ve cezaî şartın veya faizin indirimi sözkonusu olur. Böyle durumlarda da sözleşmenin kalan kısımları açısından ifa yükümlülüğü devam eder. Ancak aslî sözleşmenin kendisi kelepçeleme niteliği sebebiyle geçersiz olursa, buna bağlı olarak cezaî şart ve faiz gibi fer'i haklar da geçersiz olur ve onların

<sup>736</sup> **Kötz**, s. 224; **Köhler**, s. 188; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 303, özellikle kelepçeleme sözleşmeleri açısından s. 304. Ateş'in haklı olarak belirttiği üzere, tam butlan durumunda taraflar arasında geçerli bir borç ilişkisi olmayacağından edimlerin ifa edilmemesi de doğal olarak borca aykırılık oluşturmaz. Aynı şekilde yapma veya yapmama edimleri bakımından da diğer tarafa (alacaklıya), borçlu yerine ifada bulunma yetkisinin tanınması da mümkün değildir (s. 303).

<sup>737</sup> 15. HD., 15.11.2001, E. 2001/3091, K. 2001/5233 (KBİBB.).

<sup>738</sup> **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 303.

ifası talep edilemez. Buna karşılık, sadece fer'i hakkın geçersiz olması, aslî sözleşmenin geçersizliğine yol açmadığı takdirde, asli sözleşmeye bağlı diğer ifa yükümlülükleri devam eder<sup>739</sup>.

## II. İfa Edilmiş Edimlerin İadesi Talebi

Keleşleme sözleşmeleri sebebiyle bir sözleşmenin tamamen geçersiz olması durumunda, taraflar yerine getirilmiş edimlerin iadesini de isteyebilir<sup>740</sup>. Böyle bir durum, genellikle tarafların edimlerini tamamen veya kısmen yerine getirdikten sonra butlan ileri sürmeleri ve mahkemenin butlana karar vermesi halinde görülür. Elbette butlan yaptırımı için mahkemenin kararına gerek yoktur, ama uygulamada taraflardan birinin ileri sürdüğü butlanı diğer tarafın kabul ettiği hemen hemen hiç görülmez. Bir tarafın ileri sürdüğü butlanı diğer taraf kabul etmezse, tabî olarak butlanı ileri süren taraf mahkemeye başvurur. Mahkemenin vereceği butlan kararı ise, inşâî değil, tespit kararıdır<sup>741</sup>.

Geçersizlik sözleşmenin bir kısmına ilişkin ise, ifa edilmemiş edimlerin istenemeyeceği hususunda olduğu gibi, ifa edilmiş edimlerin iadesi de o kısım sınırlı kalır. Yani geçerli kalan kısımlar gereğince daha önce ifa edilmiş edimlerin iadesi istenemez. Örneğin tacir genel ahlâka aykırı boyuttaki cezaî şartı bir şekilde ödemiş, ama daha sonra mahkeme cezaî şartın indirimine karar vermişse, iade talebi indirim oranı ile sınırlı kalır.

İfa edilen edimlerin iadesinin istenebilmesindeki temel gerekçe, geçersiz olan bir sözleşmenin kişilerin malvarlığında herhangi bir sonuç yaratmaması gerektiğidir. Bunun için de yapılması gereken; geçersiz sözleşmenin kurulduğu an, tarafların malvarlığındaki durum ne idiye ona geri dönülmesidir<sup>742</sup>. İfa edilen edimlerin iadesi ise, istihkak ve sebepsiz zenginleşme davaları yoluyla sağlanır. İfa edilen edim, kural olarak diğer tarafın malvarlığında aynen mevcutsa aynî hakka dayalı istihkak davası, değilse sebepsiz zenginleşme davası açılır<sup>743</sup>. Gerçekten de, Türk hukukunda genel olarak benimsenmiş olan sebebe bağlılık (illîlik) ilkesinden dolayı, teslim edilen şeyin mülkiyeti üçüncü şahıslar

<sup>739</sup> Bkz. **Hâtemî**, s. 176; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 304.

<sup>740</sup> **Schwenzer**, s. 247; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 309; **Kötz**, s. 226; **Scheuing**, s. 80.

<sup>741</sup> **Esener**, s. 214.

<sup>742</sup> **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 58; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 309.

<sup>743</sup> **Esener**, s. 214; **Reisoğlu**, s. 140; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 376; **Schwenzer**, s. 247; **BSK OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 58; **Scheuing**, s. 80. Yargıtay'ın bir kararında açıkça belirtildiği üzere taraflar birbirlerine vermiş oldukları şeyleri, karşılıklı olarak ve aynı anda iade etmelidirler. Kendi aldığı iade etmeyen veya iadeyi teklif etmeyen, diğerine vermiş olduğunun iadesini isteyemez. Bkz. 4. HD., T. 5.04.1978, E. 1978/3249, K. 1978/4496 (KBİBB.).

tarafından kazanılmadıkça, alacaklı (ifada bulunan malik) tarafından diğer tarafa karşı her zaman MK.m.683/II'ye dayalı istihkak davası veya mülkiyeti devredilen şey taşınmaz ise MK.m.1025 gereğince tapu sicilininin düzeltilmesi davası açılabilir<sup>744</sup>. Ancak ifa edilen edim, tüketilmiş, yok edilmiş, işlenmiş, bir mal ile karışmış veya bir para ise artık BK.m.61 vd. (*TBK.m.77 vd.*) hükümlerine göre sebepsiz zenginleşme davası açılır<sup>745</sup>.

Sebepsiz zenginleşme konusunda özel bir yeri olan, genel ahlâka aykırı bir amacı elde etmek için verilen şeylerin iadesinin istenemeyeceği hakkındaki BK.m.65 (*TBK.m.81*)'in<sup>746</sup> kelepçeleme sözleşmelerine bağlı geçersizlik hallerinde uygulama alanının pek olmadığı kanaatindeyiz<sup>747</sup>. Çünkü bahsedilen maddenin kapsamına genel olarak para ve menfaat karşılığında suç işlemeye, kendisiyle metres hayatı yaşamaya ve benzerlerine yönelik yapılan sözleşmeler girer<sup>748</sup>. Böyle bir amacı elde etmek için sağlanan menfaatler de sözleşme geçersiz olsa da, edimin iadesi istenemez. Kelepçeleme sözleşmelerinin genel ahlâka aykırılık oluşturmasındaki temel sebep ise tarafların taşıdıkları amaç değil, sözleşmenin ihtiva ettiği hükümler sebebiyle taraflardan birinin aşırı derece ekonomik özgürlüğünün sınırlanmasıdır. Bu sonucun gerçekleşmesi, ekonomik özgürlüğün aşırı derecede ihlâl edilmesine sebep olan tarafın böyle bir amaç gütmemesinden değil, kendisini daha fazla koruma güdüsüyle hareket etmesinden kaynaklanır. Böyle bir davranış ise, dolaylı olarak bile olsa, genel ahlâka aykırı bir amacı elde etmek şeklinde yorumlanamaz. Ayrıca geçersiz sözleşmeye dayanarak da olsa karşı tarafa verilen edim, onun tarafın ekonomik özgürlüğüne olumlu katkı yapar. Diğer taraftan birçok kelepçeleme hali için benimsediğimiz değiştirilmiş kısmî butlan ve basit kısmî butlan uygulamaları da tabîi olarak BK.m.65 (*TBK.m.81*)'in uygulamasına imkân bırakmaz<sup>749</sup>. Bütün bunlara rağmen, somut olayda kelepçeleme sözleşmeleri bakımından genel ahlâka aykırı bir amacın varlığından söz edilebiliyor ve BK.m.65 (*TBK.m.81*)'in şartları tamam olduğunda, artık ilgili hükümlerin uygulanması da mümkün olmalıdır.

<sup>744</sup> **Ayan**, s. 90, 264; **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 310, dn. 931. Bununla birlikte Eren, zilyetliğin rıza dışı elden çıkıp çıkmadığı hususunda bir ayırım yapmaksızın, taşınırlar bakımından menkul davasının (MK.m.989 vd.) açılabilirliğini belirtmektedir. Bkz. **Eren**, s. 808. Ancak taşınırlar bakımından soyutluk prensibi kabul edilirse artık burada istihkak davası değil, BK.m.61 vd. göre sebepsiz zenginleşme davası açılır. Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 749-750. Alman hukukunda ise tasarruf işlemleri bakımından soyutluk prensibi kabul edildiği için iade talebinin kaynağı sebepsiz zenginleşmedir (§ 812 BGB vd.). Bkz. **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 22; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 166; **Köhler**, s. 189; **Larenz/Wolf**, § 41, Nr. 74.

<sup>745</sup> **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 310; **Eren**, s. 808-809; **Ayan**, s. 265.

<sup>746</sup> Söz konusu maddenin hukukî ilişkilerde uygulanabilmesinin şartları hakkındaki ayrıntılar için bkz. **Hâtemî**, s. 417 vd.; **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 312 vd..

<sup>747</sup> Aynı yönde **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 332.

<sup>748</sup> Bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 766; **Ayan**, s. 266; **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 330-332.

<sup>749</sup> **Ateş**, *Ahlâka Aykırılık*, s. 333-334. Yazar haklı olarak, kimî butlan yaptırımının uygulandığı bir mesele de BK.m.65 (*TBK.m.81*)'in uygulama alanı bulamayacağını belirtmektedir. Buna gerekçe olarak; kısmî butlan yaptırımının, amacın genel ahlâka aykırı olduğu sözleşmelerde değil, edimlerin veya özgürlüklerin konu olduğu taahhütlerin genel ahlâka aykırı olduğu sözleşmelerde uygulanabilmesini göstermektedir. Zira amacın genel ahlâka aykırı olduğu sözleşmelere zaten tam butlan yaptırımı uygulanır (s. 333).



### III. Tazminat Talepleri

Genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçeriz olan bir sözleşmeden dolayı zarara uğrayan tarafın tazminat talebinde bulunması da mümkündür<sup>750</sup> ve bu zararın kapsamı doktrinde de kabul edildiği üzere menfi zarar ve ziyandır<sup>751</sup>. Söz konusu tazminat talebinin hukukî mahiyeti ise haksız fiil sorumluluğu (BK.m.41/II, *TBK.m.49/II*) veya sözleşme görüşmelerinden doğan sorumluluk (culpa in contrahendo) olarak görülmektedir<sup>752</sup>.

Öncelikle kelepçeleme sözleşmelerinde BK.m.41/II, (*TBK.m.49/II*) bağlamında genel ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar verme halinin pek gerçekleşmeyeceğini düşünmekteyiz<sup>753</sup>. Çünkü kelepçeleme sözleşmelerinde diğer tarafın ekonomik özgürlüklerini aşırı derece ihlâl eden kişinin, diğer tarafı zarara uğratma kasından ziyade, kendisini koruma ve daha güçlü kılmaya yönelik olarak sözleşme hükümlerinin kendi lehine olmasını sağlama çabası vardır. Buna bağlı olarak sözleşmeye konan hükümler de diğer tarafın ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede sınırlayabilmektedir. Ortaya çıkan söz konusu sınırlama ise BK.m.41/II, (*TBK.m.49/II*)'in uygulanabilmesi için tek başına yeterli değildir.

Kanaatimizce, kelepçeleme sözleşmelerinde, diğer genel ahlâka aykırı sözleşmelerde olduğu gibi, sözleşmenin ifa edilememesi dolayısı ile değil, “*aslî edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi*” dolayısıyla tazminat istenmesi mümkündür<sup>754</sup>. Temelini dürüstlük kuralından alan edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi, niteliği itibariyle sözleşmeye dayalı borç ilişkisi olmayıp, kanunî borç ilişkisidir<sup>755</sup>. Gerçekten de, sözleşme görüşmelerine veya sosyal temasa geçen kişiler, birbirlerine karşı özen ve saygı göstermek, gerekli bilgiyi vermek,

<sup>750</sup> Bkz. **Yalman**, Süleyman: Türk-İsviçre Hukukunda Sözleşme Görüşmelerinden Doğan Sorumluluk, Ankara 2006, s. 69 vd.; **İnan**, s. 145; **Eren**, s. 309; **Reisoğlu**, s. 140-141; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 308; **Kötz**, s. 224; **Scheuing**, s. 81; **OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 59; **Schwenzer**, s. 246; **Köhler**, s. 189.

<sup>751</sup> **İnan**, s. 145; **Eren**, s. 309; **Reisoğlu**, s. 140-141; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 308.

<sup>752</sup> Bkz. **İnan**, s. 145; **Palandt/Heinrichs**, § 138, Nr. 39; **Köhler**, s. 189. Tazminat talebinin kaynağının culpa in contrahendo olduğu görüşü için bkz. **OR I/Huguenin**, Art.19-20, Nr. 59; **Schwenzer**, s. 246; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 305 vd.; **Münchener/Armbrüster**, § 138, Nr. 167; **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 160.

<sup>753</sup> Alman hukuku açısından Scheuing ise, kelepçeleme sözleşmelerinde haksız fiil hükümleri (§ 823/I BGB) çerçevesinde tazminat istenebileceğini savunmaktadır. **Scheuing**, s. 81. Ancak hemen belirtelimki BGB § 823/I’te açık biçimde, kasden ve ihmal suretiyle özgürlüklerin haksız (hukuka aykırı) olarak zarar görmesi halinde zarar gören tarafından tazminat talep edilebileceği de hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla Alman hukuku açısından bu görüşün savunulması gayet normaldir. Yazar ayrıca, genel ahlâka aykırı olarak birinin kasden diğerine zarar vermesi halinde, zarara uğrayanın tazminat talep edebileceği (BGB § 826) hükmünün de uygulanmasının mümkün olduğunu, ama şimdiye kadar (eserin yayım tarihi 1930) bu yönde bir içtihat bulunmadığını belirtmiştir (s. 81). Yine BGB § 826’nın uygulanabileceği yönünde bkz. **Staudinger/Sack**, § 138, Nr. 160.

<sup>754</sup> **Hâtemî**, s. 241; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 305. Edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi hakkında bilgi için bkz. **Eren**, s. 41 vd.; **Oğuzman/Öz**, s. 36-37; **Serozan**, Rona: Edim Yükümünden Bağımsız Borç İlişkisi, MHAD, Y. 1978, S.2., s. 5 vd.. Biz edim yükümünden bağımsız borç ilişkisi sebebiyle ortaya çıkan sorumluluğun kapsamını, culpa in contrahendo’yu da içine alan biçimde geniş yorumluyoruz.

<sup>755</sup> **Eren**, s. 43; **Ateş**, Ahlâka Aykırılık, s. 306

birbirlerinin mal ve şahıs varlıklarına zarar vermemek zorundadırlar<sup>756</sup>. Bahsedilen bu yükümlülükler ihlâl edilir ve bundan da bir zarar doğarsa, zarara sebebiyet verenden tazminat talep edilebilir.

Kelepçeleme sözleşmeleri bağlamında ortaya çıkabileceğini düşündüğümüz tazminat talebi şekli ise, geçerli olduğuna inanılan bir sözleşmedeki hükümler sebebiyle, başka kazanç elde etme fırsatlarının kaçırılmasıdır. Örneğin bir kişiye, belli bir iş türünde ve belli süreyle birçok ili içine alan geniş bir bölgede rekabet yasağı getirilmiş olsun. Yasağa maruz kalan taraf, ekonomik özgürlüğünün aşırı derece sınırlandırıldığını düşünerek mahkemeye başvurmuş ve mahkeme de coğrafi alanın ekonomik özgürlükleri yok edecek derece çok geniş olduğu düşüncesiyle yasağın ancak bir il bazında geçerli olabileceğini kabul ettiği bir durumda ekonomik özgürlüğü aşırı derecede zarara uğrayan taraf, mahkeme tarafından kısmî butlan tespit edilene kadar geçen süre boyunca, yasağın geçerli olduğu il haricinde, iş yapmamış ve fırsatlar kaçırmış olabilir. İşte rekabet etmeme yükümlülüğü altında bulunan taraf kaçırdığı fırsatları ve buna bağlı kazanç kaybını ispatlayabilirse bunların tazminini talep edebilmelidir<sup>757</sup>.

Ayrıca olumsuz zarar kapsamına, sözleşme masrafları, seyahat ücretleri, posta giderleri, noter ücreti, harçlar gibi geçersiz sözleşmenin yapılmasından kaynaklanan giderler de dâhil edilebilir.

---

<sup>756</sup> Eren, s. 43; Oğuzman/Öz, s. 36.

<sup>757</sup> Kaçırılan fırsatların da zarar kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönündeki Yargıtay kararı için bkz. HGK., T. 11.06.2003, E. 2003/13-414, K. 2003/410 (KBİBB.). Kararda aynen “*Akit öncesi sorumluluk kurallarının geçersiz sözleşmelerde de uygulanması gerektiği, geçersiz sözleşmelerden dolayı olumsuz zararın istenebileceği, bu zarar kapsamında kaçırılan fırsat karşılığının da bulunduğu, olumsuz zararın bazı özel durumlarda olumlu zarar kadar dahi olabileceği, ... ortaya konulan düşünce ve uygulamalardır. Yargının asıl görevi toplumun huzurunu sağlamaktır. Bunun için uygulanması gereken kurallar, mevcut kanunların ışığında bu yasa hükümlerine aykırı düşmeyecek şekilde yorumlanıp uygulanmalıdır*” ifadelerin yer verilmiştir.

## SONUÇ

Zayıf olanın, güçlü olan karşısında ezilmesi ilkel toplumlarda olduğu gibi bugün modern toplumlarda da devam etmektedir. Ancak değişen tek şey ezilmenin mahiyeti ve şeklidir. Gelişen toplumlarda insanların fert olarak, özgür biçimde sosyal düzene katılması ve varlığını devam ettirmesi daha da bir önem kazanmaktadır. Çünkü huzurlu bir toplumun varlığı her yönden huzurlu ve mutlu bireyin varlığına bağlıdır. Kişinin huzurlu ve mutlu olabilmesi, onun kişiliğine ve kişilik haklarına saygı gösterilmesi ve bunların korunması ile mümkündür. Ancak bu şekilde kişi sosyal düzene katılabilir, maddî ve manevî gelişimini sağlayabilir.

Korunup kollanması gereken kişilik haklarının vazgeçilmez parçalarından biri de kişinin ekonomik faaliyet özgürlükleridir. Bu özgürlüğün gerçekleşebilmesinin yegâne yollarından biri de kişinin sosyal hayata sözleşmeler yoluyla katılmasıdır. Ancak ekonomik faaliyet özgürlüğün gerçekleşebilmesi, sözleşme tarafları için her zaman birlikte mümkün olmamaktadır. Bazen bir tarafın sözleşmeye koydurduğu hükümlerle, genellikle de daha zayıf olan diğer taraf ekonomik faaliyet özgürlüğünü aşırı derecede kaybetmektedir. Böyle bir duruma düşen sözleşme tarafı, sözleşme şartları itibariyle daha güçlü olan diğer tarafa bağımlı hale gelmektedir. Kişinin sözleşme sebebiyle düştüğü bu durum kelepçeleme hali oluşturmakta ve buna da kelepçeleme sözleşmeleri denilmektedir.

Kelepçeleme sözleşmelerine sebebiyet veren sözleşme hükümlerini, yani bir tarafın ekonomik özgürlüğünün elinden alınmasını, diğer tarafın sözleşme özgürlüğü kapsamında görmek mümkün değildir. Çünkü her özgürlüğün bir sınırı olduğu gibi sözleşme özgürlüğünün de sınırları bulunmaktadır. Kural olarak Borçlar Hukukunda irade özerkliği bağlamında sözleşme özgürlüğü prensibi benimsenmiş ve Borçlar Kanunu m.19/I'de (*TBK.m.26*) sözleşmenin içeriğini, tarafların kanunun öngördüğü sınırlar içinde belirleyebileceği hükme bağlanmıştır. Ancak hemen BK.m.19/II-20'de (*TBK.m.27*) sözleşme özgürlüğünün sınırları ve yaptırımı düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre, sözleşmenin içeriğinin kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına ve genel ahlâka aykırı veya konusunun imkânsız olması halinde, sözleşmeler geçersizdir (kesin olarak hükümsüzdür).

Sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde kelepçeleme sözleşmeleri ile bağlantılı olan genel ahlâka aykırılıktır. Sözleşmelerin genel ahlâka aykırılığı, konusu ve gayesi itibariyle genel ahlaka aykırı sözleşmeler, kişinin serbest iradesine bırakılması gereken bazı hareket

tarzlarına riayet etmeme taahhüdü ihtiva eden sözleşmeler ve kişinin şahsî ve ekonomik özgürlüğünü kabul edemeyecek derecede sınırlayan sözleşmeler şeklinde tezahür eder.

Kelepçeleme sözleşmeleri, genel ahlâka aykırılık hallerinden, kişinin şahsî ve ekonomik özgürlüğünü kabul edemeyecek derecede sınırlayan sözleşmeler başlığı içinde yer alır. Çünkü ekonomik özgürlükler kişilik haklarının ayrılmaz bir parçasıdır. Ancak kişinin şahsî ve ekonomik özgürlüğünü kabul edemeyecek derecedeki bütün sınırlamaları, kelepçeleme sözleşmeleri olarak nitelendirmek de doğru değildir. Çünkü kelepçeleme sözleşmeleri, kişinin sadece ekonomik özgürlüklerinin sınırlanmasına hasredilen daha dar bir durumdur. Dolayısıyla kelepçeleme sözleşmelerini şahsî ve ekonomik özgürlüklerin aşırı derece sınırlanması değil, kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derece sınırlanması sebebiyle şahsî özgürlüğünün ortadan kalkması veya kalkacak hale gelmesi olarak anlamak gerekir.

Kanun koyucu ilgili maddelerde kişi özgürlüklerinin aşırı derecede sınırlanmasının genel ahlâka aykırı olduğunu belirtmiş ve başka özel kriterler ortaya koymamıştır. Zaten kanun koyucunun sosyal hayattaki her konuya ilişkin çok ayrıntılı düzenlemeler yapması, hukuk kuralı koyma tekniği bakımından doğru ve gerçekçi değildir. Bunun yerine, dürüstlük kuralı ve genel ahlâk gibi çerçeve ilkelere yollama yapılması ve somut olayda hâkime takdir hakkı tanınması daha doğrudur. Kelepçeleme sözleşmeleri açısından da aynı durum geçerlidir. Yani sözleşmeler yoluyla kişinin ekonomik özgürlüğünün sınırlanmasına yönelik her somut olaya uygulanacak kanunî hükümler getirmek yerine, genel ahlâk ilkesine yollama yapılmıştır. Bu durumda hâkim, somut olayda kelepçeleme sözleşmelerinin mevcut olup olmadığını tespit için bir takım kriterlere ihtiyaç duyacaktır. Söz konusu kriterlerden biri, sözleşme sebebiyle kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede tehlikeye girmesi ve diğer tarafa bağımlı hale gelmesi, diğeri ise sözleşmenin süresidir. Gerçekten de her sözleşme, ekonomik özgürlükler dâhil olmak üzere kişinin pek çok özgürlüğünü az veya çok kısıtlar. Ancak kelepçeleme sözleşmeleri bakımından esas olan, kişinin ekonomik özgürlüğünün kabul edilemez biçimde sınırlandırıldığı ve sözleşmenin diğer tarafına bağımlı hale geldiği durumlardır. Bununla birlikte, kişinin ekonomik özgürlüğünün sözleşme sebebiyle aşırı derecede sınırlanmasının varlığını kabul için sözleşme taraflarından birinin zayıf diğeri güçlü olduğu bir durumda sözleşmenin yapılmış olması şart değildir. Önemli olan yapılan sözleşme neticesinde böyle bir durumun ortaya çıkıp çıkmadığıdır.

Sözleşmelerdeki süre konusu ise sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler bakımından özel bir öneme sahiptir. Ancak sözleşmedeki uzun süre, özellikle kişinin ekonomik özgürlüğünün aşırı derecede sınırlanması ve diğer tarafa bağımlı hale gelmesine etki ettiği ölçüde anlam kazanır. Aksi takdirde bir sözleşmenin uzun süreli olması, onu tek başına

kelepçeleme sözleşmeleri haline getirmez. Bu iki kritere ek olarak sözleşmedeki edim-karşı edim dengesi, borçlunun kişisel durumları da araştırılmalıdır. Söz konusu ek kriterler özellikle rekabet yasağı içeren sözleşmeler ile cezaî şart ihtiva eden sözleşmelerde daha fazla bir öneme sahiptir. Netice olarak hâkim, her somut olayda, olayın kendi özel durumlarını da dikkate almak suretiyle bahsedilen kriterler ışığında kelepçeleme sözleşmelerinin mevcut olup olmadığı hususunda geniş çaplı bir değerlendirme yapmalıdır.

Kelepçeleme sözleşmelerine uygulanacak yaptırım ise, BK.m.20 (*TBK.m.27*)'ye göre, tam veya kısmî butlandır. Ancak kelepçeleme sözleşmelerinin bir ihlâl hali olarak çok çeşitli sözleşmelerde ortaya çıkması ve sözleşme ilişkilerinin gittikçe çetrefilli bir yapıda olması sebebiyle tam veya kısmî butlan yaptırımı yeterli olmamaktadır. Bundan dolayı, BK.m.20 (*TBK.m.27*)'nin de ruhuna ve amacına aykırı olmayan, kamu yararına, hakkaniyete, adalet duygusuna, sözleşme ekonomisine, sözleşmenin ayakta tutulması ilkesine, sözleşme tarafları arasındaki denge ve menfaatlerin korunmasına ve tarafların varsayılan iradelerine uygun olan değiştirilmiş kısmî butlan yaptırımı devreye sokulmalıdır. Böylece rekabet yasağı, cezai şart, faiz, uzun süre gibi hallerde kelepçeleme teşkil eden hüküm, tarafların varsayılan iradelerine uygun olarak makûl bir seviyeye çekilmelidir. Yani hâkim, yaptırımı uygularken önüne gelen olayda, öncelikle en hafif yaptırım türü olan değiştirilmiş kısmî butlanın, o yoksa bir üst ağırlıkta olan kısmî butlanın o da yoksa tam butlanın uygulanıp uygulanamayacağını araştırmalı ve objektif olarak makûl ve tatmin edici nitelikte bir çözüm üretmelidir.

Kelepçeleme sözleşmelerinin mevcut olup olmadığını tespit için esas alınması gereken an ise, sözleşmenin yapıldığı andır. Çünkü hukukî ilişkiler meydana geldiği zamanki esaslara göre değerlendirilmelidir. Sözleşme yapılmasından sonra meydana gelen değişimler sebebiyle baştan itibaren geçersiz olan bir sözleşmeyi geçerli saymak hukuk güvenliğiyle bağdaşmaz ve bunu butlan yaptırımı içinde de izah etmek de doğru değildir. Ancak ifanın talep edildiği veya mahkemenin karar verdiği anda sözleşme yapıldığı zamana göre özellikle ekonomik şartlarda aşırı derecede değişme yaşanmışsa geçersizliğin ileri sürülmesi şekle aykırılıkta olduğu gibi, hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Ancak sözleşmenin yapıldığı an ile mahkemeye başvurma veya karar anı arasında geçen zaman ve bu zaman içinde gerçekleşen olgu ve olaylar, tarafların geçmişteki farazi iradelerini anlamada ve genel ahlâka aykırılığı tespitinde hâkime yardımcı olabilir.

Kelepçeleme sözleşmeleri sebebiyle bir sözleşme geçersiz olduğunda, taraflar birbirlerinden edimlerin ifasını talep edemez. Ancak değiştirilmiş kısmî butlan ve basit kısmî butlan söz konusu olursa, geçerli kalan kısımlar için ifa yükümlülüğü devam eder. Ayrıca sözleşmedeki edimler ifa edilmişse, geçersiz olan kısımlarla orantılı olarak ifa edilmiş

edimlerin iadesi gerekir. İfa edilen edimlerin iadesi istihkak ve sebepsiz zenginleşme davaları yoluyla sağlanır. İfa edilen edimin iadesi, edim diğer tarafın malvarlığında aynen mevcutsa aynî hakka dayalı istihkak davası (MK.m.683/II) veya mülkiyeti devredilen şey taşınmaz ise tapu sicilinin düzeltilmesi davası (MK.m.1025), aynen mevcut değilse sebepsiz zenginleşme davası (BK.m.61 vd. *TBK.m.77 vd.*) yoluyla sağlanır. Bununla birlikte, genel ahlâka aykırı bir amacı elde etmek için verilen şeylerin iadesinin istenemeyeceği hakkındaki BK.m.65 (*TBK.m.81*) kelepçeleme sözleşmelerine bağlı geçersizlik hallerinde pek uygulanamaz. Çünkü kelepçeleme sözleşmelerinde amaç değil, sonuç genel ahlâka aykırıdır.

Son olarak, kelepçeleme sözleşmelere sebebiyle bir sözleşmenin geçersiz olmasından dolayı tazminat istenmesi de mümkündür. Ancak buradaki tazminatın dayanağı, sözleşmenin ifa edilememesi değil, “aslî edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi” dolayısıyladır. Çünkü sözleşme görüşmelerine veya sosyal temasa geçen kişiler, birbirlerine karşı özen ve saygı göstermek, gerekli bilgiyi vermek, birbirlerinin mal ve şahıs varlıklarına zarar vermemek zorundadırlar. Bahsedilen bu yükümlülükler ihlâl edilir ve bundan da bir zarar doğduğu takdirde, zarara sebebiyet verenden tazminat talep edilebilir. Aynı şekilde şartlar oluşmak kaydıyla menfi zarar kapsamında, geçerli olduğuna inanılan bir sözleşme sebebiyle kaçırılan fırsatlardan kaynaklanan kazanç kaybı, geçersiz sözleşmenin yapılmasından kaynaklanan sözleşme masrafları, seyahat masrafları, harçlar, posta giderleri, noter ücreti ve benzeri giderler de istenebilir.