

**DÜRÜSTLÜK KURALI VE HAKKIN KÖTÜYE
KULLANILMASI YASAĞININ
ALMAN MEDENÎ KANUNUNDAKİ
DÜZENLENME TARZI VE ELEŞTİRİSİ**

Nami BARLAS

§ 1. GİRİŞ

"Dürüstlük kuralı" ve onu tamamlayan "hakkın kötüye kullanılması yasağı" bir genel hukuk ilkesi olarak, hukukun hemen her alanında kendisini gösteren ve yargı uygulamasında da sıkça başvurulan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu kavramın, mehzaz İsviçre Medenî Kanununa ve Borçlar Kanununa esin kaynağı teşkil etmiş olan Alman Medenî Kanununda ne şekilde ele alındığını ve hangi normlarda hayat bulduğunu incelemek istiyoruz.

Anılan esasın Alman hukukunda sistematik yönden düzenleniş biçimini ve çeşitli normlar arasındaki bağlantıyı ortaya koyma amacıyla hazırladığımız bu makalemizde, dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması yasağının fonksiyonlarını, uygulama alanını, uygulandığı noktalarda ortaya çıkan sorunları ve bunlar hakkında önerilen çözümleri ele alacak değiliz. Esasen bunlar, bir makalenin boyutlarını aşar hacimdedir. Bu bakımdan, aşağıdaki incelemelerimizi sadece sistematik - normatif düzene hasredeceğiz.

Ayrıca, dürüstlük kuralını ve hakkın kötüye kullanılması yasağını, Alman Medenî Kanunu normlarının sergilenmesi aşamasında birlikte ele alacağız.

* Doç. Dr., İ. Ü. Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

§ 2. GENEL BAKIŞ

I. Alman Kanunkoyucusunun Soruna Yaklaşımı : Parçalı Düzenleme

Türk Medenî Kanunu, 2. maddesinde -kaynak ZGB Art. 2'ye paralel biçimde-, bir bütün olarak dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına yer vermiştir. Hükmün 1. fıkrasında:

"Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir"

denilmek suretiyle dürüstlük kuralı bir temel ilke olarak yasal düzenlemeye kavuşturulmuş; 2. fıkrada ise 1. fıkra hükmü ile bütünlük arzedecek ve onu fonksiyonel yönden tamamlayacak biçimde¹:

*"Bir hakkın sırf gayri ızzar eden suiistimalini kanun himaye etmez"*²

denilerek açık bir kanun hükmü ile, hakkın kötüye kullanılması yasağı getirilmiştir.

1 MK m. 2'nin 2. fıkrası, 1. fıkra hükmünün doğal sonucu ve onun bir görünümünden ibarettir. Ancak bu iki fıkra arasındaki ilişkinin ne olduğu konusunda doktrinde görüş ayrılığı mevcuttur :

Bazı yazarlara göre, hükmün 1. fıkrasında olumlu yönden ifade edilen esas, 2. fıkrada olumsuz açıdan ele alınmıştır; bunlar, bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlıdır. Bunun anlamı şudur ki, bir hak dürüstlük kuralına aykırı biçimde kullanıldığı takdirde çoğu kez -aynı zamanda- kötüye kullanılmış da olur; her hakkın kötüye kullanılması durumu da dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir. Bkz. bu şekilde Andreas B. Schwarz, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1942 (Hıfzı Veldet çevirisi), sh. 193; Kemal Oğuzman, *Medenî Hukuk Dersleri, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar*, 7. bası, İstanbul 1994, sh. 136; August Egger, *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch*, Bd. I : Einleitung, Art. 1-10; *Das Personenrecht*, Art. 11-89, 2. Auflage, Zürich 1930, Art. 2, Nr. 23; karşı. Aytekin Ataay, *Medenî Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler - Genel Kavramlar*, 3. bası, İstanbul 1980, sh. 420.

Buna karşılık bazı yazarlar, hükmün 1. fıkrasının kanun ve sözleşmelerin yorumlanması ve boşlukların doldurulması fonksiyonuna sahip olduğu, 2. fıkranın ise bunların yanısıra kanunu düzeltme işlevine de sahip bulunduğu, bu bakımdan birbiri ile fonksiyonel açıdan ve uygulama alanı bakımından ayniyet taşımayan hükümlerin sözkonusu olduğu görüşündedirler. Bkz. bu görüşte Zahit İmre, *Medenî Hukuka Giriş - Temel Kavramlar, Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakikî Şahıslar Hukuku*, 3. bası, İstanbul 1980, sh 306-307; Selâhattin Sulhi Tekinay, *Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku*, 6. bası, İstanbul 1992, sh. 171; Seyfullah Edis, *Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, 4. basıdan tıpkıbasım, Ankara 1993, sh. 329 vd.; Necla Giritlioğlu, *Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması* (yayınlanmamış profesörlük takdim tezi), İstanbul 1989, sh. 48; karşı. Şener Akyol, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, İstanbul 1995, sh. 21.

2 Bu fıkra hükmü kaynak kanundan farklı biçimde formüle edilmiştir. Gerçekten, kaynak ZGB Art.2/Abs.2'nin almanca metni şu şekildedir: *"Bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuken himaye görmez."* Bizim metinde yeralan ifadede, sanki hakkın kötüye kullanılmasından söz edebilmek için, hak kullanıcısının başkasına zarar verme kasdıyla hareket etmesi gibi subjektif bir unsurun varlığının gerekli olduğu anlamı çıkmakta ise de doktrinde egemen durumda bulunan görüşe mensup yazarlar, böyle bir yaklaşımın isabetli sayılmayacağına ve hükmün, kaynak kanundaki biçimiyle anlaşılması gerektiğine yerinde olarak işaret etmişlerdir. Bkz. Aydın Zevkliler, *Medenî Hukuk - Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku*, 4. bası, Ankara, 1995, sh. 146; Ergun Özsunay, *Medenî Hukuka Giriş*, 5. bası, İstanbul 1986, sh. 321; Oğuzman, 140; Edis, 327-328; Ataay, 423; karşı. aynı anlamda Akyol, 21 vd. Nitekim, 1984 tarihli Türk Medenî Kanunu Öntasarısı'nda (m.2/f.2) kaynak kanuna uygun biçimde *"Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk korumaz."* denilmiştir.

Diğer yönden, bazı yazarlar, hükmün lâfzına rağmen, hakkın kötüye kullanıldığından söz edilebilmesi için, bir başkasının zarara uğramış olmasının veya zarar tehlikesiyle karşı karşıya kalmış bulunmasının şart olmadığını ileri sürmektedirler. Bkz. böyle Oğuzman, 140; Akyol, 20; Özsunay, 321. Fakat doktrinde ağırlıklı görüş aksi yönde olup, yazarların çoğunluğu zararın doğmasını veya hiç değilse zarar tehlikesinin varlığını bir şart olarak aramaktadırlar. Bkz. bu görüşte Hans Merz, *Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Bd. I : *Einleitung und Personenrecht*, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966, Art. 2, Nr. 22; Tekinay, 172; Zevkliler, 147-148; Ataay, 423; Edis, 328-329; karşı. Peter Tuor/Bernhard Schnyder, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 10. Auflage, Zürich 1986, sh. 44, 48.

Buna karşılık Alman Medenî Kanunu, sistematik yönden değişik bir yol izlemiş ve bir yandan dürüstlük kuralını bazı önemli uygulama alanları itibariyle kendi içinde ayırarak çeşitli hükümlerde (BGB §§ 157, 162, 242, 320/Abs.2, 815) düzenlemiş, diğer yandan hakkın kötüye kullanılması yasağına ayrı bir normda (BGB § 226; karşı. §§ 1353/Abs.2, 1666) yer vermiştir. Görülüyor ki, BGB sisteminde, MK m. 2 (ZGB Art. 2)'de olduğu gibi kapsamlı, tek bir yeknesak norma bağlanılmak yerine, müesseseyi parçalar halinde düzenleme yöntemi tercih edilmiş; üstelik, hakkın kötüye kullanılması yasağı da dürüstlük kuralından bağımsız biçimde ele alınmıştır.

Bu bakımdan, BGB sisteminde konuya ilişkin düzenlemeler için hem yatay, hem de dikey biçimde, çift yönlü bir parçalılık olgusundan sözedilmesi mümkündür.

II. Dürüstlük Kuralına İlişkin BGB Normları

1- Temel düzenleme : *BGB § 242*

Alman hukukunda dürüstlük kuralına ilişkin temel düzenleme, Medenî Kanunun "Borç İlişkileri Hukuku" başlıklı 2. kitabının "Borç İlişkilerinin İçeriği" başlığını taşıyan 1. kısmında bulunan 242. paragrafta yer almaktadır. Tek cümleden ibaret madde metninin ifadesi şöyledir :

"Borçlu ifayı, işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük nasıl gerektiriyorsa o şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür."

Alman Medenî Kanunu'nun hazırlık çalışmaları esnasında önce dürüstlük kuralının bir yasa hükmü bünyesinde hayat bulmasına gerek görülmemişti. Gerçekten, birinci BGB Tasarısında bugünkü § 242 benzeri bir hüküm yer almıyordu.

Tasarıyı inceleyen Komisyon, metne § 224/Abs.1 olarak şu hükmü ilâve etti:

"Borç ilişkisinin borçluyu hangi edimle yükümlü kıldığı ve edimin nasıl yerine getirileceği işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlüğe göre belirlenir."³

Dürüstlük kuralını ifade için aynen gerek ZGB Art. 2/Abs.1, gerekse bugünkü BGB § 242 metni gibi "... *Treu und Glauben*..." sözcüklerini⁴ kullanan ve BGB § 242'nin kökenini (orijinini) teşkil eden bu hüküm, sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre yorumlanmasına ilişkin mevcut BGB § 157 düzenlemesine karşı gelen fakat ondan daha

3 Hükmün orijinali şu şekilde idi: "Zu welcher Leistung das Schuldverhältnis den Schuldner verpflichtet und wie die Leistung zu bewirken ist, ist nach *Treu und Glauben* mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen." Bkz. Günter H. Roth, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 2 : Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994, § 242, Nr. 10.

4 Bir kavram bütünü olarak birarada ele aldığımızda hukuksal anlamı itibariyle dilimizde "dürüstlük" kavramının karşılığını teşkil eden, ayrı ayrı kelimeler olarak hukuk bilimi dışında bakıldığında dilimize "sadakət ve inanç" olarak çevirebileceğimiz "*Treu und Glauben*" sözcük takımının etimolojik ve hukuksal anlamı ve hukuk-tarihsel kökeni/kaynağı için ciddi bir tetkik olarak bkz. Ralph Weber, *Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum "königlichen Paragraphen"*, JuS, 1992, sh. 631 vd.

geniş kapsamlı olan § 359'u⁵ önemli ölçüde etkisiz ve anlamsız bırakıyordu⁶. Daha sonra Redaksiyon Komitesi anılan hükme şu şekli verdi :

"Borçlu, edimin ifasını doğruluk ve dürüstlüğe ve işlem teamülüne uygun tarzda gerçekleştirmekle yükümlüdür."

Bu formüle ediliş biçimiyle hüküm sadece ifanın tarzına ilişkin bir düzenleme olarak değerlendirildiğinden, münhasıran sözleşmeler açısından yorum sorunu § 157 kapsamında ele alındı ve bu norm BGB'nin genel hükümleri bölümünde kendisine yer buldu. § 224 ise bugünkü BGB'ye § 242 olarak intikal etti.

Kanunun hazırlık çalışmaları esnasında, BGB § 157 gibi, § 224 (şimdiki § 242) hükmünün de BGB'nin genel kısmında yer alması gerektiği ileri sürülerek, düzenlemeye sistematik açıdan bir eleştiri yöneltilmişti.⁸

Keza, dürüstlük kuralı ile işlem teamülünün birbirinden farklı anlamlar ifade eden ayrı müesseseler olduğu gerekçesiyle, metinde yer verilen "...Verkehrssitte..." (... işlem teamülü...) ibaresinin metinden çıkarılması da teklif edilmişti.⁹

Ancak bu eleştiri ve öneriler kabul görmedi.

2- Dürüstlük kuralına ilişkin diğer düzenlemeler

a) BGB § 157:

Alman Medenî Kanunu'nun 1. kitabını teşkil eden "Genel Kısım"ın hukuksal işlemlere ilişkin 3. bölümünde yer alan, tek cümleden ibaret § 157 hükmü, sözleşmelerin yorumuna ilişkin olup, yorumda dürüstlük kuralı esasına bağlanmaktadır. Anılan norm şu şekilde formüle edilmiştir :

"Sözleşmeler, işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük nasıl gerektiriyorsa, o şekilde yorumlanmak gerekir."

§ 157 hükmünün kökenini, 1. BGB Tasarısındaki § 359 hükmü¹⁰ teşkil etmektedir.¹¹

5 Tasarıdaki § 359 hükmü şu şekilde idi : "Sözleşme, âkitleri, sözleşmenin niteliğinden ve hükümlerinden yükümlülüğün içeriği olarak kanuna ve işlem teamülüne göre, doğruluk ve dürüstlük de nazara alınarak ne çıkarılabiliyorsa ona göre borç altına sokar." Metin için bkz. Julius von Staudinger/Hermann Dilcher, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 1. Buch : Allgemeiner Teil (§§ 90-240), 12. Auflage, Berlin 1980, §§ 133,157, Nr. 5.

6 Bu yüzden 2. Komisyon Tasarıdaki § 359 hükmü yerine, âdeta onu ikiye bölerek, bugünkü § 157 ve § 242'yi karşılayan iki yeni hüküm sevketti. Bkz. *Staudinger/Dilcher*, §§ 133,157, Nr. 5.

7 Bkz. Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 11.

8 Bkz. Hans Theodor Soergel/Arndt Teichmann, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 2/1 : Schuldrecht, I/1 (§§ 241-432), 11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1986, § 242, Nr. 2; Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 11.

9 Bkz. Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 12.

10 Bkz. yukarıda dn. 5.

11 Bkz. yukarıda dn. 6.

Bu hüküm aynı zamanda BGB § 133 ile de çok yakın ilişki içindedir. İrade beyanlarının yorumunda tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gerektiğini, kullanılan ifadelerin lafzî anlamlarına bağlı kalınamayacağını belirten § 138 düzenlemesi büyük ölçüde § 157 ile çakışmaktadır. Nitekim, doktrinde¹² § 157 hükmünün sadece sözleşmelerin yorumunda değil, tek taraflı hukuksal işlemlerin ve tüm irade beyanlarının yorumunda da uygulama alanı bulacağı oybirliğiyle kabul edilmektedir. Bazı yazarlar¹³ daha da ileri gitmekte ve aynı olguyu tam tersi durum için de sözkonusu ederek, § 133 hükmünün de sadece irade beyanları için değil, tüm sözleşmeler ve hukuksal işlemler için geçerli olduğunu, bu nedenle bu iki hükmün yorum faaliyetinde birbirinden ayrılamayacağını, yanyana uygulanmaları gerektiğini savunmaktadırlar. Fakat bu tesbit yerinde değildir : BGB § 157, § 133 hükmünden daha geniş kapsamlı olup, bir yandan irade beyanlarının yorumunda § 133'deki esasları tamamlayıcı rol oynarken, diğer yandan § 133'ün dışında bir alana etki ederek, sözleşmedeki boşlukları doldurucu, tamamlayıcı bir fonksiyona sahiptir.¹⁴

BGB § 157 hükmünde de - § 242'de olduğu gibi- dürüstlük kuralı esasına yer verilirken, işlem teamülüne (*Verkehrssitte*) bağlanılmaktadır. Bu anlamda işlem teamülünden maksat, toplumda veya belirli bir işlem piyasasında geçerli olan ve artık o çevredeki kişilerce bilindiği farzedilen süreklilik kazanmış fiilî işlem uygulaması ve deyim anlayışıdır.¹⁵

b) BGB § 162 :

Şarta bağlı işlemlerde şartın gerçekleşmesine ilişkin olan BGB § 162 hükmü her iki fıkrasında da dürüstlük kuralına yer vermiştir. Buna göre:

"Şartın gerçekleşmesi, bundan zarar görecektarafça doğruluk ve dürüstlüğe aykırı biçimde engellenirse, şart gerçekleşmiş sayılır."

"Şartın gerçekleşmesi, bundan yarar sağlayacak tarafça doğruluk ve dürüstlüğe aykırı biçimde temin edilirse, şart gerçekleşmemiş sayılır."

Bu hükmün temelinde, kimsenin kendi dürüstlüğe aykırı davranışından kendi lehine sonuç çıkaramayacağı yolundaki genel hukuk ilkesi yatmaktadır.

12 Örneğin bkz. Otto Palandt/Helmut Heinrichs, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 53. Auflage, München 1994, §157, Nr. 1; Dieter Medicus, *Allgemeiner Teil des BGB*, 4. Auflage, Heidelberg 1990, sh. 120; Theo Mayer-Maly, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1 : Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 3. Auflage, München 1993, § 157, Nr. 1; Staudinger/Dilcher, §§ 133,157, Nr. 7; karşı. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 7. Auflage, München 1989, sh. 340.

13 Palandt/Heinrichs, § 133, Nr. 1 ve § 157, Nr. 1.

14 Bkz. Mayer-Maly, *Münchener Kommentar*, § 157, Nr. 1, 2.

15 Hans Theodor Soergel/Werner Knopp, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. I : Allgemeiner Teil (§§1-240), 11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978, § 157, Nr. 31; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 344- 345; Staudinger/Dilcher, §§ 133,157, Nr. 6.

Dürüstlük kuralına aykırı davranarak, şartın gerçekleşmesi sürecini olağan mecrasından saptıran tarafı, hukuksal durumu onun arzusunun tamamen tersine sâbitleyerek cezalandıran bu hükmün emredici nitelikte olduğu kabul edilmektedir.¹⁶

Alman doktrininde¹⁷, BGB § 162'de öngörülen sonuçların sözkonusu olabilmesi için, objektif açıdan dürüstlük kuralına aykırı davranışın varlığı yeterli görülmekte, ayrıca ilgilinin bu davranışında kusurlu olması şartı aranmamaktadır.

c) BGB § 320/Abs.2 :

Ödemezlik def'ine ilişkin BGB § 320'nin 2. fıkrasında belirli bir açıdan dürüstlük kuralına yer verilmiştir. Sözkonusu fıkra hükmü şu şekildedir :

"Taraflardan birince kısmî ifada bulunulmuşsa, diğer tarafın direnmesi olayın somut şartlarına göre, özellikle henüz ifa edilmeyen kısmın nisbeten düşük miktarda olması sebebiyle doğruluk ve dürüstlüğe aykırılık teşkil ettiği takdirde karşı edimin ifasından kaçınılamaz."

Anılan hüküm karşılıklı akitlerde ifa sırası ilkelerinde bir değişiklik yapmış değildir. Gerçekten, burada, edimin tam olarak ifa edilmemesi halinde karşı tarafa kendi edimini tümüyle ifadan kaçınma hakkı prensip itibariyle tanınmakta, sadece bu hakkın kullanılmasının dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı istisnaî hallerde ödemezlik def'i yolu kapatılmaktadır.¹⁸

Ayrıca, burada aslında salt dürüstlük kuralına aykırılıktan ziyade, ödemezlik def'ini ileri sürme hakkının kötüye kullanılması durumunun sözkonusu olduğunu, bu bakımdan anılan halde dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının aynı anda ve içiçe uygulama alanı bulacağını belirtmek isteriz.

d) BGB § 815:

Gerçekleşmeyen sebebe dayanan sebepsiz zenginleşmeye (condictio ob causam futuram = condictio causa data causa non secuta = condictio ob rem) ilişkin BGB § 815 hükmünde de dürüstlük kuralından söz edilmektedir. Buna göre :

"Amaçlanan sonucun gerçekleşmesi baştan beri imkânsız ise ve ifada bulunan bunu biliyorsa veya ifada bulunan sonucun gerçekleşmesini doğruluk ve dürüstlüğe aykırı biçimde kendisi engellemişse, ifa ile amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi yüzünden iade talebinde bulunulamaz."

16 Bkz. Harm Peter Westermann, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1 : Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 3. Auflage, München 1993, § 162, Nr. 3; Staudinger/Dilcher, § 162, Nr. 2.

17 Bkz. Palandt/Heinrichs, § 162, Nr. 3; Soergel/Knopp, § 162, Nr. 6; Staudinger/ Dilcher, § 162, Nr. 8; karşı. dürüstlüğe aykırı fakat kusursuz davranışla şartın gerçekleşmesine müdahalenin çok istisnaî hallerde sözkonusu olabileceğini belirtmekle birlikte aynı görüşte Westermann, *Münchener Kommentar*, § 162, Nr. 10; keza karşı. net bir tavır almamakla birlikte bu görüşe taraftar gözüken Larenz, *Allgemeiner Teil*, 499-500.

18 Bkz. ve karşı. benzer şekilde Palandt/Heinrichs, § 320, Nr. 10.

Hükümde, sebepsiz zenginleşmeye istinaden iade talebini tıkayan iki halden söz edilmektedir ki bunlardan birisi, talepte bulunanın kendi edimini yerine getirmekle güttüğü hedefe ulaşamamasında, diğer deyişle, yaptığı kazandırmanın sebebinin gerçekleşmemesinde kendi dürüstlük kuralına aykırı davranışının etkili olmasıdır. Bu hükmün temelinde yatan düşünce, BGB § 162' deki ile paralellik arz etmektedir.¹⁹

Anılan hükmün uygulanabilmesi bakımından doktrinde²⁰ iade talebinde bulunanın davranışının objektif açıdan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi yeterli görülmemekte, ayrıca bu davranışı ile sebebin gerçekleşmesine engel olma kasdının varlığı aranmamaktadır.

3- Hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlemesi : BGB § 226

Alman Medenî Kanunu'nun hakkın kötüye kullanılması yasağına (*Schikaneverbot*) temel dürüstlük kuralı düzenlemesi olan § 242'de yer vermeyip, ayrı bir hükümde, § 226'da tanzim ettiğini yukarıda belirtmiştik. § 226 normu, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin § 242 gibi "Borç ilişkileri Hukuku" başlıklı 2. kitapta değil, "Genel Hükümler" başlığını taşıyan 1. kitapta yer almaktadır.

Tek cümleden ibaret madde metni şu içeriktedir :

"Bir hakkın kullanılması yalnızca bir başkasına zarar vermek amacını güdüyorsa câiz değildir."

Bu hüküm BGB'nin hazırlık çalışmaları esnasında üretilen tasarılar da yer almıyordu; ilk defa Bundesrat tarafından ve fakat sadece mülkiyet hakkının kullanımı bakımından metne eklendi. Daha sonra İmparatorluk Meclis Komisyonu bu hükmü genelleştirdi ve bugünkü § 226 metni ortaya çıktı.

Bu anlamda hakkın kötüye kullanılmasından söz edilebilmesi için, hakkın kullanılmasının yegâne amacının başkasına zarar vermek olması gerekir. Bu noktada hak sahibinin kasdının (niyetinin) ne olduğunun, başka deyişle hangi maksatla hareket ettiğinin önemi yoktur. Gerçekten, hakkın kötüye kullanıldığının kabulü için hak sahibinin zarar verme kasdının bulunması şart olmadığı gibi²², tek başına böyle bir kasdın varlığı da yeterli değildir²³. Hakkın kullanılmasında böyle bir amacın bulunup bulunmadığı, somut

19 Aynı şekilde Manfred Lieb, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 3 : Schuldrecht - Besonderer Teil, 2. Halbband (§§ 657-853), München 1980, § 815, Nr. 1.

20 Hans Theodor Soergel/Otto Mühl, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, Bd. 4 : Schuldrecht III (§§705-853), 11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978, § 815, Nr. 3; Lieb, *Münchener Kommentar*, § 815, Nr. 6.

21 Hükmün tarihsel süreçteki bu yeri hakkında bilgi için bkz. Börries von Feldmann, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. 1 : Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 3. Auflage, München 1993, § 226, Nr. 1; Staudinger/Dilcher, § 226, Nr. 7; Soergel/Knopp, § 226, Nr. 1.

22 Bkz. von Feldmann, *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 2; Staudinger/Dilcher, § 226, Nr. 10; Soergel/Knopp, § 226, Nr. 6; Palandt/Heinrichs, § 226, Nr. 3; keza karş. BGH, BB, 1953, 373.

23 Medicus, 55; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 233; von Feldmann, *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 2.

olayın tüm şartlarının objektif biçimde birarada değerlendirilmesi sonucunda belirlenecektir²⁴, doğaldır ki, bu somut olay şartları arasında hak sahibinin sâiki de nazara alınacaktır²⁵.

Diğer yönden, hakkın kullanılmasıyla verilen zararın mutlaka somut veya soyut bir malvarlığı değerine yönelik olması şart değildir; ideal, gayrimaddî değerlere yönelik de olabilir²⁶.

Ne var ki, § 226 hükmünün bugün Alman hukuk teori ve uygulamasında fazla bir önemi ve değeri yoktur. Şöyle ki:

Sırf başkasına zarar verme amacına yönelik bir hak kullanımı aynı zamanda § 242 anlamında dürüstlük kuralına da aykırılık teşkil edecektir²⁷. Öte yandan, böyle bir davranış ahlâka aykırı sayıldığı ölçüde olay, ahlâka aykırı davranışıyla başkasına zarar veren kimsenin bu zararı tazminle yükümlü olduğunu belirten § 826 hükmünün de kapsamına girecektir. İşte bir taraftan § 226 hükmünün kapsam daralmasına yol açan sıkı şartları, diğer taraftan § 242 ve § 826 normlarının varlığı § 226'nın bir kenara itilmesine neden olmuştur²⁸. Tüm bunlara, uygulamada hak sahibinin zarar verme amacının kanıtlanmasındaki büyük güçlük de eklenince § 226, Alman medenî hukukunun üvey evlâdı durumuna gelmiştir.

Nitekim, § 226'ya ilişkin tatmin edici yargı kararı sayısı da çok azdır²⁹. Gerçekten, § 226'ya dayalı davalarda yargı organları çoğu zaman hükmün uygulanma şartlarının oluşmaması sebebiyle davanın reddi yoluna gitmişlerdir³⁰. Hükmün uygulanarak davanın kabul edildiği kararların³¹ hepsinde olayın § 226'ya tam olarak oturduğu da söylenemez³².

BGB § 226'nın uygulandığı tipik bir misâl olarak Alman İmparatorluk Mahkemesinin eski bir kararı³³ gösterilmektedir. Karara konu olayda büyük bir mâlikhanenin sahibi (A)'nin eşi vefat etmiş ve mâlikhanenin bahçesine defnedilmişti. (A), oğlu (B) ile bütün ilişkisini kesmiş olup, onunla görüşmüyordu. Vefat sonrasında (B) annesinin mezarını ziyarete gelmiş, (A) ise mülkiyet hakkına dayanarak onu bahçeye sokmamıştı. (B)'nin

24 Soergel/Knopp, § 226, Nr. 6; von Feldmann, *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 2; Palandt/Heinrichs, § 226, Nr. 3.

25 von Feldmann, *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 2; Soergel/Knopp, § 226, Nr. 6.

26 von Feldmann, *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 2; Staudinger/Dilcher, § 226, Nr. 9; Soergel/Knopp, § 226, Nr. 7.

27 von Feldmann, *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 1.

28 Bu konuya aşağıda § 4, II'de ayrıca değinilecektir.

29 von Feldmann'ın deyiimiyle (bkz. *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 1), hakkın kötüye kullanıldığını tesbitle yetinmeyip, bu yolda tatminkâr gerekçe ve değerlendirmeler içeren kararlar bando-mızıka ile aransa yeridir.

30 Bu yöndeki karar örnekleri için bkz. von Feldmann, *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 5; Staudinger/Dilcher, § 226, Nr. 13; Soergel/Knopp, § 226, Nr. 15 vd.

31 Bu kararlara örnekler için bkz. Staudinger/Dilcher, § 226, Nr. 12; von Feldmann, *Münchener Kommentar*, § 226, Nr. 4; Soergel/Knopp, § 226, Nr. 21 vd.

32 Bu yargı için bkz. Medicus, 55. Ayrıca karşı. aşağıda dn. 34.

33 RGZ 72, 251. Karar için bkz. Larenz, *Allgemeiner Teil*, 233.

açtığı davada (A), ağır kalp hastası olduğunu ve oğlunu görmeyi kendisini çok sinirlendirdiğinden sağlığı açısından risk taşıdığını gerekçe olarak ileri sürmüştü. İmparatorluk Mahkemesi (A)'nin hakkını kötüye kullandığını, bu yüzden (B)'nin annesinin mezarını belirli gün ve saatlerde ziyaret edebileceğini kabul etmiştir³⁴.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, BGB'nin başkaca hükümlerinde de yansımalarını bulmuştur. Evlilikte eşlerden birinin, diğerinin sahip olduğu bir hakkı kötüye kullanması anlamını taşıyan taleplerini yerine getirmeye macbur olmadığını belirten § 1353/ Abs.2 ve velâyet hakkının kötüye kullanılmasını yasaklayan § 1666 bunlardandır.

III. Özel Olarak : AGBG § 9 Düzenlemesi

Alman sisteminde Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun (AGBG)'un 9. paragrafında dürüstlük kuralına açıkça yer verilmiştir. Buna göre :

"Genel işlem şartlarında yer alan hükümler, sözleşmenin karşı tarafını³⁵ doğruluk ve dürüstlüğün gereklerine aykırı biçimde ölçüsüzce zarara soktukları takdirde geçersizdirler.

Eğer hüküm :

1. Uygulanmayacağı kararlaştırılan kanunî düzenlemenin temelinde yatan düşünceyle önemli noktaları itibariyle bağdaşmıyorsa veya

2. Sözleşmenin niteliğinden kaynaklanan önemli hakları ve borçları, sözleşmeyle güdülen amaca ulaşılmasını tehlikeye düşürecek biçimde sınırlandırıyor

şüphe halinde, ölçüsüzce zarar sokma halinin varlığı kabul edilir."

Aslında, bu kanunun çıkarılış amacında ve içeriğindeki düzenlemelerin pek çoğunun temelinde dürüstlük kuralı yatmaktadır. Fakat § 9 normu, bu kanunun çekirdeği ve sözleşme üzerinde hakim eliyle gerçekleştirilecek içerik kontrolünün temel dayanağı durumundadır³⁶. Nitekim, genel işlem şartlarına ilişkin yargı uygulamasının ağırlık noktasını da bu hüküm teşkil etmektedir³⁷.

Söz konusu normda bir yandan "doğruluk ve dürüstlüğün gerekleri", öte yandan "sözleşmenin karşı tarafı için ölçüsüzce (aşırı biçimde) aleyhe olma" biçiminde iki ayrı

34 Bu karar, § 226'nın dayanak yapılması sebebiyle doktrinde gerekçe yönünden eleştirilmiştir. Bazı yazarlar (Larenz, Allgemeiner Teil, 233) babanın hakkını § 826 anlamında ahlâka aykırı biçimde kullandığı, bazı yazarlar (von Feldmann, Münchener Kommentar, § 226, Nr. 4) ise bu davranışın § 242'deki dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği görüşündedirler.

35 Burada kastedilen "karşı taraf", önceden hazırlanan genel işlem şartlarının dayatıldığı taraftır. Hükümde geçen "...den Vertragspartner des Verwenders..." ibaresi bunu göstermektedir; zira, aynı kanunun 1. paragrafındaki tanıma göre "Verwender", genel işlem şartlarını önceden hazırlayan ve sözleşmenin aktedilmesi esnasında bu şartları karşı âkide empoze eden (dayatan) taraf anlamındadır.

36 Palandt/Heinrichs, AGBG 9 zu BGB, Nr. 1, 2.

37 Palandt/Heinrichs, AGBG 9 zu BGB, Nr. 2.

ölçüye yer verilmişse de bunlar birbiriyle bağlantılıdır. Buradaki "ölçüsüzce aleyhe olma" sözleşme üzerinde yapılacak içerik kontrolünde araştırılacak olan husus (yani, içerik kontrolünün yöneldiği hedef), "doğruluk ve dürüstlüğün gerekleri" ise bu hedefe yönelik çalışma çerçevesinde ölçüsüzlüğün somutlaştırılmasında ve belirlenmesinde başvurulacak kriter durumundadır³⁸.

§ 2. BGB § 242 - NORM ANALİZİ : NORMUN GENEL YAPISI VE ELEŞTİRİSİ

BGB § 242 hükmü, kanunun "Borç İlişkileri Hukuku" başlıklı 2. kitabının "Borç İlişkilerinin İçeriği" başlığını taşıyan 1. kısmında bulunan 242. paragrafta yer almaktadır. Tek cümleden ibaret madde metnini tekrar hatırlatmak gerekirse :

"Borçlu ifayı, işlem teamülü çerçevesinde doğruluk ve dürüstlük nasıl gerektiriyorsa o şekilde gerçekleştirmekle yükümlüdür."

Hükmün bu formüle ediliş biçimi Alman doktrininde çeşitli açılardan eleştirilmiştir. Bu eleştirilere -özellikle sistematik yönden- bizim de ilâvelerimiz olacaktır. Şöyle ki:

§ 242 normu, lâfzına ve kanunun sitematiğindeki yerine bakılırsa sadece dar anlamda borç ilişkilerine münhasırdır. Oysa dürüstlük kuralını böylesine dar bir alana hasretmek doğru değildir. Zira dürüstlük kuralı, yasal düzenlemeye bağlanması esasen zorunlu olmayan, bağlandığında da onun için kullanılan lâfızdan bağımsız biçimde kendisine hareket alan bulabilen bir genel hukuk ilkesidir³⁹ ve salt hukukî değil, aynı zamanda sosyal ve ahlâki boyuta sahiptir. Bu ilkenin uygulanabilmesi için mutlaka doğmuş bir borç ilişkisinin varlığı da gerekli değildir; dürüstlük kuralının culpa in contrahendo'ya dayalı sorumluluk hallerinde uygulama alanı bulması buna örnektir. Nitekim dürüstlük kuralı, Alman hukukunda § 242'nin dar kalıplarını aşarak hukukun çeşitli alanlarında ve borç ilişkisinin henüz mevcut olmadığı veya sorunun borç ilişkisi vasfıyla bağlantılı bulunmadığı durumlarda da kendisine uygulama alanı bulmuş⁴⁰, diğer deyişle § 242'nin kısır lâfzı dürüstlük kuralının olması gerektiği biçimde algılanmasına engel olamamıştır.

Diğer yönden, § 242 metni mes'eleye sadece borçlu açısından yaklaşmakta ve borcun nasıl ifa edileceği sorunuyla ilgilenmekte, dürüstlük kuralını sadece bu yöne hasretmektedir. Oysa dürüstlük kuralı sadece borçlu bakımından değil, aynı zamanda alacaklı açısından da bir sınırlama teşkil eder: Nasıl borçlu ifayı dürüstlük kuralına uygun biçimde gerçekleştirmek zorunda ise, aynı şekilde, alacaklı da hakkını kullanırken borçlunun meşru menfaatlerini gözetmek ve hakkını dürüstlük kuralına uygun şekilde kullan-

38 Karş. Larenz, Allgemeiner Teil, 569.

39 Bkz. Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 4; Weber, 636.

40 Dürüstlük kuralı ve onu -lâfzı itibarıyla tümüyle karşılamamakla beraber-sembolize eden § 242 normunun Alman hukukundaki çok geniş uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Karl Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. I : Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987, sh. 125 vd.; Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 57 vd.; Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 65 vd.; Weber, 633 vd.; Palandt/Heinrichs, § 242, Nr. 16, 17.

mak mecburiyetindedir. Bu bakımdan, sadece borçlunun değil, alacaklının da ve sadece borcun ifasının değil, hakkın kullanılmasının da dürüstlük kuralına tâbi olduğu kuşkusuzdur⁴¹. ZGB Art. 2/Abs.1 ve MK m. 2/f.1'de bu yöne isabetle işaret edilmiştir. Kanunda hüküm bulunmasa dahi genel hukuk ilkelerinin tatbiki yahut mevcut hükümlerin kıyasen uygulanması sayesinde çözümlenebilecek pek çok sorun hakkında hiç gereği yokken, sırf açıklık sağlama çabasıyla kanunî düzenlemeler sevkeden Alman kanunkoyucusunun, hukukun en temel ve en önemli birkaç ilkesinden birisi olan dürüstlük kuralını yasa normu halinde formüle ederken mes'elenin bu kanadını eksik bırakmış olması şaşırtıcıdır. § 242 açısından bir eksiklik olan bu husus eleştirilirken Alman doktrininde sık sık ZGB Art. 2 düzenlemesinin bu noktadaki isabeti vurgulanmaktadır.⁴²

Ayrıca, böylesine temel ve genel bir hukuk ilkesinin başlangıçta, BGB'nin genel hükümlere ilişkin 1. kitabında değil de, borç ilişkileri hakkındaki 2. kitabında düzenlenmesi de sistematik açıdan yerinde olmamıştır. Nitekim **Palandt/Heinrichs**⁴³ bunu eleştirirken, ZGB Art. 2 hükmünü ve İsviçre kanunkoyucusunun tutumunu örnek göstermektedir.

Bunun gibi, § 242'de sadece dürüstlük kuralı düzenleme altına alınmış, hakkın kötüye kullanılması yasağından bahsedilmemiştir. Bu yasak, bir başka normda, § 226'da kendisine yer bulmuştur. Alman kanunkoyucusunun bu düzenleme yaklaşımı da isabetli değildir. Zira dürüstlük kuralı sadece borçların ifası için değil, aynı zamanda hakların kullanılması bakımından da geçerli olduğuna göre, hakların dürüstlük kuralına uygun biçimde kullanılması gereğinin bir yansıması, -**Teichmann**'in⁴⁴ deyimiyile "aynadaki görüntüsü"- durumundaki hakkın kötüyle kullanılması yasağının da aynı norm içinde, ikinci fıkra olarak düzenleme altına alınması yerinde olurdu. Nitekim doktrin, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin izahatlarını hep § 242 çerçevesinde yapmakta, hakkın kötüye kullanılması hallerini dürüstlük kuralının uygulama alanına giren somut olay gruplarından biri olarak ele almaktadır⁴⁶. Bu yüzden hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin § 226 normu pratikte etkisiz kalmış ve içi boş bir hüküm durumuna

41 Heinz Hübner, *Allgemeiner Teil des Bürgerliches Gesetzbuch*, Berlin- New York 1985, sh. 198; Othmar Jauernig/Max Vollkommer, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen*, 4. Auflage, München 1987, § 242, Anm. I, 2, b ve III, 1, b; Palandt/Heinrichs, § 242, Nr. 1; Larenz, *Schuldrecht*, 131, 132; Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 58; Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 4, 11, 12; Medicus, 58.

42 Bkz. Jauernig/Vollkommer, § 242, Anm. I, 1; karş. Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 12.

43 Palandt/Heinrichs, § 242, Nr. 1.

44 Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 11.

45 Soergel/Teichmann (§242, Nr. 12), dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının normatif bazda ayrı ayrı ele alınmasını isabetli görmekte ve ZGB Art. 2 düzenlemesini buna örnek göstermektedir. ZGB Art. 2'yi bir bütün olarak eserine aynen alan yazarın bu tutumundan, her iki müessesenin -birbirinden ayrı mütalâa edilmekle birlikte- aynı norm içinde düzenlenmesini yerinde bulduğu anlaşılmaktadır. Esasen bu sonuç, yazarın hakkın kötüye kullanılması yasağının, dürüstlük kuralının aynadaki görüntüsü durumunda olduğu yolundaki ifadesi (bkz. dn. 44 ve buna bağlı metin) ile de uyumludur.

46 Julius von Staudinger/Jürgen Schmidt, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, 2. Buch : Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff., 241-242, Berlin 1983, § 242, Nr. 637 vd.; Palandt/Heinrichs, § 242, Nr. 40; Jauernig/Vollkommer, § 242, Anm. I, 2, b ve III; Larenz, *Schuldrecht*, 132 vd.; Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 11 vd.; Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 255 vd.

düşmüştür⁴⁷. Kaçınılmaz biçimde gelişen bu somut olgu, sistematik açıdan ZGB Art. 2/MK m. 2 düzenlemesindeki yaklaşımın ne kadar isabetli olduğunun en güçlü delilidir⁴⁸.

§ 242 metninde, -§ 157'de olduğu gibi- "işlem teamülü" (Verkehrssitte) kavramına yer verilmiş ve dürüstlük kuralına aykırılığın tesbitinde işlem teamülüne göre hareket edilmesi buyurulmuştur. Bu anlamda işlem teamülü ile kastedilen, henüz bir yasa hükmünde vücut bulmuş olmamakla beraber, toplumun genelinde veya belirli bir işlem piyasasında geçerli olan ve artık o çevredeki kişilerce bilindiği farzedilen, süreklilik kazanmış fiilî işlem/davranış uygulaması ve deyim kavrayışıdır⁴⁹. Teamül bir hukuk normu değil, sadece dürüstlük kuralı açısından çıkış noktaları veren ve genelde yorumda başvurulan bir enstrümandır⁵⁰ ve ancak işlemin her iki tarafı da aynı bölgeye (teamülün yerleştiği işlem veya yaşam alanına) mensup iseler onlar hakkında uygulanabilir⁵¹.

Biz § 242 metninde işlem teamülüne yer verilmesinin de isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Şöyle ki:

Öncelikle belirtelim ki, dürüstlük kuralına aykırılığın tesbitinde başvurulacak yegâne kriter işlem teamülü değildir; işlem teamülünün de aralarında bulunduğu somut olayın tüm şartları, özellikle tarafların konumları, işin niteliği, o sektörde ve hatta ülkede geçerli ekonomik ve sosyal koşullar ve sair tüm olay özellikleri birarada nazara alınmak gerekir. Böyle olunca, madde metninde işlem teamülünden bahsedilmesi norma eksik ve yetersiz bir düzenleme damgası vurulmasına yol açacaktır. Bu gibi durumlarda ya tüm kriterler belirlenmek, veya -zorunlu değilse- bunlardan hiç sözedilmemek gerekir.

Kaldı ki, bize göre, dürüstlük kuralına uygunluğun takdirinde başvurulacak kriterlere kanun metninde yer vermeye hiç gerek yoktur; hâkim somut bir uyuşmazlıkta o olayın tüm verilerini serbestçe değerlendirecektir. Hatta kanaatimizce bu kriterlerin tümünün norma dahil edilmesine fiilen imkân da yoktur; bu yoldaki çaba sadece sınırlı sayım ilkesinden uzak, belli başlı ölçüleri göstermeye yarayabilir. Oysa § 242 düzenlemesinde böyle bir yaklaşım da sözkonusu değildir : Mutlaka işlem teamülü kriterine yer verilmek isteniyorsa, "... işlem teamülü başta olmak üzere olayın tüm somut şartları çerçevesinde dürüstlük esasına göre..." biçiminde bir ibare kullanılması isabetli olurdu.

47 Bkz. yukarıda § 2, II, 3.

48 Bkz. ve karşı. yukarıda dn. 45 ve buna bağlı metin.

49 Alman hukukunda işlem teamülü kavramı ve özellikleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Soergel/Knopp, § 157, Nr. 31 vd.; Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 42; Mayer-Maly, *Münchener Kommentar*, § 157, Nr. 15 vd.; Staudinger/Dilcher, §§ 133, 157, Nr. 34 vd.; Palandt/Heinrichs, § 133, Nr. 21; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 344 vd.

50 Larenz, *Allgemeiner Teil*, 345; Soergel/Knopp, § 157, Nr. 38, 45; Mayer-Maly, *Münchener Kommentar*, § 157, Nr. 15; Palandt/Heinrichs, § 133, Nr. 21.

51 Staudinger/Dilcher, §§ 133, 157, Nr. 36.; Palandt/Heinrichs, § 133, Nr. 21; Larenz, *Allgemeiner Teil*, 345. Eğer taraflar farklı bölgelere mensup iseler ne olacaktır ? Bazı yazarlar (bkz. Mayer-Maly, *Münchener Kommentar*, § 157, Nr. 23; Palandt/Heinrichs, § 133, Nr. 21) bu halde teamülün hiç uygulama alanı bulamayacağını, bazı yazarlar ise (bkz. Larenz, *Allgemeiner Teil*, 345) işleme muhatap olanın kavrayışının esas alınacağını ileri sürmektedirler.

Diğer yönden, somut olayda işlem teamülünün kendisi dahi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir ki bu halde teamülün nazara alınamayacağı açıktır⁵². Oysa hükmün lâfzından, hâkimin her halde teamülü gözeterek takdirde bulunmak zorunda olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır ki böyle bir sonucun kabulü mümkün değildir. Kanunkoyucunun sözkonusu ifade ile böyle bir amaç gütmeye muhtemeldir. Şu duruma göre, en azından bu noktada yarattığı tereddüt anılan norm bakımından bir nâkise teşkil eder.

Bu bakımdan, kanunun hazırlık çalışmaları esnasında getirilen, işlem teamülü ibaresinin hükümden tümüyle çıkarılması yolundaki teklif⁵³ kabul edilse idi kanaatimizce isabetli davranılmış olurdu.

§ 3. BGB § 242'NİN DİĞER KOMŞU NORMLARLA İLİŞKİSİ VE BUNLARLA OLAN SINIR ÇİZGİSİNİN BELİRLENMESİ

I. BGB § 157 ile:

Metin ve içeriklerini yurakıda incelediğimiz § 157 ve § 242 normları arasındaki kapsam ve fonksiyon ilişkisi Alman doktrininde tartışmalıdır.

Bir görüş, bu iki normun herbirinin diğerinden ayrı ve kendine özgü uygulama alanları bulunduğunu, bu yüzden birarada ele alınamayacaklarını kabul etmektedir. Buna göre, gerçi her iki norm da aynı ölçüye (işlem teamülüne) atıf yapmaktadır, fakat birbirinden farklıdır; bu yüzden ikisi arasında ayırım yapılması mümkün ve gereklidir: § 157 hukukî iradeye ilişkin olup, irade beyanının ve bu beyanın içeriğinin yorumlanmasını düzenlemektedir. § 242 ise tarafların iradeleriyle ilgilenmemekte, doğrudan doğruya onların hukuk alanındaki davranışlarını değerlendirip, bunların hukuksal sonucu konusunda düzenleme getirmektedir. Başka deyişle, § 157 hukukî iradeye (das rechtliche Wollen), § 242 ise hukuken olması gerekene (das rechtliche Sollen) yönelmiştir. Bugün Alman doktrininde bu görüş egemen durumdadır.⁵⁴

Buna karşılık, azınlıkta kalan görüşe göre⁵⁵, bu iki norm arasında sistematik ve normatif yönden farklılık bulunmakla birlikte, içerik açısından bir ayniyet sözkonusudur. Bu bakımdan, iki norm arasında bir ayırım yapılması ne mümkün, ne de gereklidir. İkisinin birarada uygulanmasında bir sakınca yoktur.

Alman mahkemelerinin ise, ikinci görüşe paralel biçimde, herhangi bir ayırım yapmadan ve aralarında bir sınır çizgisi belirlemeye çalışmadan bu iki normu birarada uyguladığı görülmektedir.⁵⁶

52 Bu hususa özellikle işaret etmek gereğini duyan yazarlar olarak bkz. Palandt/Heinrichs, § 242, Nr. 3; Staudinger/Dilcher, §§ 133,157, Nr. 37; Soergel/Knopp, § 157, Nr. 44.

53 Bkz. yukarıda dn. 9 ve buna bağlı metin.

54 Bkz. bu görüşte Soergel/Knopp, § 157, Nr. 96; Palandt/Heinrichs, § 157, Nr. 18; Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 124; Jauernig/Vollkommer, § 242, Anm. I, 4, a; karşı. benzer şekilde Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 84.

55 Bkz. bu yönde Staudinger/Schmidt, § 242, Nr. 234; Larenz, *Schuldrecht*, 128.

56 Bu yöndeki karar örnekleri olarak bkz. BGH, BGHZ, 48, 296; BGH, BGHZ, 77, 310.

Bize göre de, her iki norm arasında uygulama alanı ve fonksiyonları bakımından bir ayırım yapılmaya çalışılması gereksiz ve yapay bir çabadan öteye gitmeyecektir. Zira sonuçta, pratik bakımdan, aynı içeriğe sahip normların birinin veya diğerinin uygulanması fark yaratmayacaktır; bunların sonuca varılırken birarada anılmalarına da bir engel yoktur. Bu bakımdan, kanaatimizce bugün azınlıkta olan ikinci görüşte isabet vardır.

II. BGB § 226 ile :

Hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin § 226 hükmünün bugün Alman doktrin ve yargı uygulamasında bir yandan § 242, öte yandan § 826 normlarının varlığı sebebiyle tümüyle içi boş bir hüküm olarak görülüp, bir kenara itildiğini yukarıda⁵⁷ belirtmiştik.

Hâl böyle olunca, § 242 ile § 226 normları arasında bir sınır belirleme ve fonksiyonel ayırma gitme eğilimi de hiç başgöstermemiştir. Gerçekten, bugün doktrinde haklı olarak § 242'nin, § 226'yı tamamiyle kapsamına aldığı, bu yüzden hakkın kötüye kullanılması durumlarında § 226'ya başvurulmasına hiç gerek bulunmadığı görüşü tümüyle egemendir⁵⁸. Aynı tutum, yargı organları nezdinde de geçerlidir⁵⁹.

III. BGB §§ 162, 320/Abs.2 ve 815 ile :

İçerikleri hakkında yukarıda açıklamada bulunduğumuz, dürüstlük kuralına ilişkin §§ 162, 320/Abs.2 ve 815 normları ile § 242 arasında uygulama bakımından sınırlandırma problemi çıkmayacaktır. Zira bu anılan normlarda sadece genel bir hukuk ilkesi olarak dürüstlük kuralına -ve böylelikle, § 242 düzenlemesine- atıf yapılmış, yeni bir düzen ve farklı bir içerik getirilmemiştir. Bu bakımdan, haliyle § 242 hükmüne göre çok daha dar kapsamlı olan bu normlardan herbiri, kendi uygulama alanına giren konularda doğrudan uygulanacaktır.

Mamafih, bu hükümler kanunda hiç yer almasa idi varılacak sonuç yine değişmez ve § 242 sayesinde dürüstlük kuralı doğrudan uygulama alanı bulurdu. Bu yüzden, örneğin, bir olayda şartın gerçekleşmesini taraflardan biri dürüstlük kuralına aykırı biçimde engellerse hâkim hükmünde şartı gerçekleşmiş sayarken § 162 hükmünü dayanak yapacaktır; fakat bunun yerine § 242 hükmüne gerekçede yer verirse durum bizce yine değişmez ve bu husus, kararın isabetsizliği şeklinde bir değerlendirme yapılmasını gerektirmez.

57 Bkz. yukarıda § 2, II, 3.

58 Bkz. Larenz, *Allgemeiner Teil*, 233; Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 125; Palandt/Heinrichs, § 242, Nr. 20, 50; Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 277, 280; Jauernig, § 226, Anm. 2; karşı. Staudinger/Schmidt, § 242, Nr. 239, 240.

59 Bkz. yukarıda § 2, II, 3.

IV. AGBG § 9 ile :

Alman hukukunda, Genel İşlem Şartları Hakkında Kanun'un 9. paragrafı ile getirilen düzenlemede, önceden hazırlanarak karşı tarafa kabul ettirilen sözleşme şartlarının, dürüstlük kuralının gereklerine aykırı biçimde ve ölçüsüzce karşı tarafın aleyhine olması halinde geçersiz sayılacakları belirtilmiştir.

Metnini yukarıda⁶⁰ sunduğumuz bu normda bir yandan "doğruluk ve dürüstlüğün gerekleri", öte yandan "sözleşme hükümlerinin ölçüsüzce (aşırı biçimde) karşı tarafın aleyhine olması" biçiminde iki ayrı kritere yer verilmiştir.

AGBG § 9 ile BGB § 242, aynı değer ölçüğüne başvuran fakat gerek içerik, gerekse uygulama alanı bakımından birbirinden ayrılan normlardır. Bu bakımdan, aralarında tatbik noktasında yarışma sorunu çıkmaz. Gerçekten, doktrinde⁶¹ AGBG § 9'un BGB § 242'ye nazaran özel hüküm (lex specialis) olduğu ve kapsamına giren konuda öncelikle ve doğrudan uygulanacağı kabul edilmektedir. Ancak bu durum, BGB § 242 normunun AGBG § 9 sebebiyle tümüyle uygulanamaz hale geldiği şeklinde algılanmamalıdır. Doğaldır ki, içerik kontrolü sorununu aşıldığı ve ilgili hükmün AGBG normlarına uygunluğu saptandıktan sonra, özellikle AGBG § 9'un -uygulama şartlarının oluşmaması sebebiyle- devre dışı kaldığı hallerde BGB § 242 hükmü yine uygulama alanı bulacaktır⁶².

§ 5. SONUÇ

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağının Alman Medenî Kanunundaki düzenleme tarzına ilişkin yukarıdan beri sergileyegeldiğimiz manzara gösteriyor ki, Alman kanunkoyucusu bir yandan dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağını birbirinden çok uzak iki ayrı normda düzenlemekle, öte yandan dürüstlük kuralına, konularına göre ayrılmış çeşitli hükümlerde yer vermekle hem yatay, hem de dikey olarak çift katlı bir parçalılığa yol açmıştır ki bu tutum bizce isabetli sayılamaz. Zira bu yaklaşımla, kimi zaman ölü, içeriği boş ve uygulanma kabiliyeti bulunmayan hükümler yaratılmış, kimi zaman ise normlar arasında uygulama alanı ve fonksiyonlar manzumesi bakımından gereksiz yere yarışma sorunlarının doğumuna yol açılmıştır. Dürüstlük kuralına ilişkin temel norm durumundaki § 242'de ise hem eksiklikler, hem de gereksiz tartışmalara sebep olabilecek fazlalıklar mevcuttur.

Bu bakımdan, sonuç olarak rahatlıkla diyebiliriz ki, Medenî Kanunun hemen başlangıcında dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağını iki ayrı fıkra halinde,

60 Bkz. yukarıda § 2, III.

61 Soergel/Teichmann, § 242, Nr. 126; Palandt/Heinrichs, Vorb. von AGBG 8 zu BGB, Nr. 18; Jauernig/Vollkommer, § 242, Anm. I, 4, d; Staudinger/Schmidt, § 242, Nr. 246.

62 Roth, *Münchener Kommentar*, § 242, Nr. 92; Jauernig/Vollkommer, § 242, Anm. I, 4, d; Palandt/Heinrichs, Vorb. von AGBG 8 zu BGB, Nr. 18.

tek ve ana bir hükmün çatısı altında toplayarak parçalılıktan kaçınan ve müesseseyi gayet net ve sade biçimde ortaya koyan İsviçre -ve onu izleyen Türk- kanunkoyucusunun tutumu hem sistematik, hem de içerik yönünden çok daha isabetli ve kanun yapma tekniği açısından daha başarılıdır.

KISALTMALAR

Abs.	Absatz
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
BB	Der Betriebs- Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medenî Kanunu)
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen - amtliche Sammlung
Bkz.	Bakınız
dn.	Dipnotu
JuS.	Juristische Schulung
karş.	Karşılaştırınız
MK	Türk Medenî Kanunu
Nr.	Nummer (= Randnummer)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [Amtliche Sammlung]
sh.	Sahife
ZGB	Zivilgesetzbuch (İsviçre Medenî Kanunu)

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Akyol Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul 1995.
- Ataay Aytakin**, Medenî Hukukun Genel Teorisi, Temel Bilgiler - Genel Kavramlar, 3. bası, İstanbul 1980.
- Edis Seyfullah**, Medenî Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, 4. basıdan tıpkıbasım, Ankara 1993.
- Egger August**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. I: Einleitung, Art. 1-10; Das Personenrecht, Art. 11-89, 2. Auflage, Zürich 1930
- Giritlioğlu Necla**, Dürüstlük Kuralları, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Özellikle Şekil Eksikliğinden Dolayı Geçersizliğin Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı ile Sınırlandırılması (yayınlanmamış profesörlük takdim tezi), İstanbul 1989.
- Hübner Heinz**, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin-New York 1985.
- İmre Zahit**, Medenî Hukuka Giriş - Temel Kavramlar, Medenî Kanununun Başlangıç Hükümleri ve Hakikî Şahıslar Hukuku, 3. bası, İstanbul 1980.
- Jauernig Othmar/Vollkommer Max**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 4. Auflage, München 1987.
- Larenz Karl**, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7. Auflage, München 1989. (Allgemeiner Teil)
- Larenz Karl**, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I : Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987. (Schuldrecht)
- Lieb Manfred**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 3: Schuldrecht - Besonderer Teil, 2. Halbband (§§ 657-853), München 1980.
- Mayer-Maly Theo**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 3. Auflage, München 1993.
- Medicus Dieter**, Allgemeiner Teil des BGB, 4. Auflage, Heidelberg 1990.
- Merz Hans**, Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Art. 1-10 ZGB, Bern 1966.
- Oğuzman Kemal**, Medenî Hukuk Dersleri, Giriş - Kaynaklar - Temel Kavramlar, 7. bası, İstanbul 1994.
- Özsunay Ergun**, Medenî Hukuka Giriş, 5. bası, İstanbul 1986.

- Palandt Otto/Heinrichs Helmut**, Bürgerliches Gesetzbuch, 53. Auflage, München 1994.
- Roth Günter H.**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 : Schuldrecht, Allgemeiner Teil (§§ 241-432), 3. Auflage, München 1994.
- Schwarz Andreas B.**, Medenî Hukuka Giriş (*Hıfzı Veldet çevirisi*), İstanbul 1942.
- Soergel Hans Theodor/Knopp Werner**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 1 : Allgemeiner Teil (§§ 1- 240), 11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978.
- Soergel Hans Theodor/Mühl Otto**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 4 : Schuldrecht III (§§705-853), 11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978.
- Soergel Hans Theodor/Teichmann Arndt**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Bd. 2/1 : Schuldrecht (§§ 241-432), 11. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1986.
- Staudinger Julius von/Dilcher Hermann**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 1. Buch: Allgemeiner Teil (§§ 90-240), 12. Auflage, Berlin 1980.
- Staudinger Julius von/Schmidt Jürgen**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 2. Buch : Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu §§ 241 ff., 241-242, Berlin 1983.
- Tekinay Selâhattin Sulhi**, Medenî Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. bası, İstanbul 1992.
- Tuor Peter/Schnyder Bernhard**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 10. Auflage, Zürich 1986.
- von Feldmann Börries**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 3. Auflage, München 1993.
- Weber Ralph**, Entwicklung und Ausdehnung des § 242 BGB zum "königlichen Paragraphen", JuS, 1992, sh. 631 vd.
- Westermann Harm Peter**, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: Allgemeiner Teil (§§ 1-240), AGB-Gesetz, 3. Auflage, München 1993.
- Zevkliler Aydın**, Medenî Hukuk - Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, 4. bası, Ankara, 1995.