

SÖZLEŞMELERDE AMAÇ VE GENEL AHLAKA AYKIRILIK DEĞERLENDİRMESİ

An Analysis on Purpose and Immorality in Contracts

Derya ATEŞ*
Gülin SÜLEYMANLAR**

ÖZET

Bu çalışma, sözleşme amacının genel ahlak kuralları denetimine tabi tutulması yönünden bir değerlendirmeyi içermektedir. Değerlendirme Türk ve İsviçre Hukukları yönünden doktrin ve yargı kararları esas alınarak genişletilmiş olup öncelikle sözleşme özgürlüğüne bağlı olarak Türk Borçlar Kanunu m. 26 ve m. 27 hükümleri ile “sözleşmenin içeriği” kavramı detaylandırılmaktadır. Çalışmada geniş anlamda sözleşme içeriğine dahil olan sözleşmenin amacı ve sınırları da özel olarak ortaya konulmaktadır. Zira bilhassa taraflara ait saik ve sözleşmenin sebebi (*causa*) yönünden sözleşmenin amacı ile var olan farkların ortaya konulması önem taşımaktadır. Belirlenen amaç doğrultusunda sözleşmelerde genel ahlaka aykırılık denetimi yapacak olan hâkimin hangi esasları incelemesi gerektiği özel olarak vurgulandıktan sonra sözleşmenin doğrudan ve dolaylı amacı kavramları açıklanmakta ve amacı genel ahlâka aykırı sözleşmeler ile genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenen soyut borç ikrarları bakımından denetimin kapsamı belirlenmektedir. Amacı genel ahlâka aykırı sözleşmeler yönünden denetimin kapsamı incelenirken borçlandırıcı işlemler ve tasarruf işlemleri arasındaki ayrıma da işaret edilmektedir. Soyut borç ikrarları yönünden ise Türk Borçlar Kanunu m. 81 hükmü çerçevesinde bir değerlendirmeye de yer verilmektedir.

Anahtar Kelimeler: Ahlaka aykırılık, sözleşmenin içeriği, sözleşmenin amacı, sözleşmenin sebebi, soyut borç ikrarı

Makalenin Geliş Tarihi: 09.12.2022, **Makalenin Kabul Tarihi:** 12.12.2022.

* Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: deryaates@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0001-7895-9906.

** Arş. Gör., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
E-posta: gulinsuleymanlar@hacettepe.edu.tr, ORCID: 0000-0002-7295-5223.

ABSTRACT

This study includes an evaluation about applying the morality control on the purpose of the contract. The evaluation is expanded on the basis of doctrinal and judicial decisions under Turkish Law and Swiss Law. Articles 26 and 27 of the Turkish Code of Obligations (“TCO”) and the concept of “content of the contract” are primarily elaborated based on freedom of contract. In the study, the purpose of the contract included in the content of the contract in a broad sense and the limits of the contract are also specifically put forth, especially because it is of importance to reveal the differences of the parties’ motives and the cause of the contract from the purpose of the contract. After specifically emphasizing the principles to be observed by the judge, the concepts of direct and indirect purpose of the contract are explained, and the scope of the morality control is determined. While examining the scope of the control regarding the contracts, the purpose of which is contrary to morality, the distinction between obligatory transactions and dispositive transactions is also pointed out. In terms of abstract debt acknowledgments, an evaluation within the framework of Article 81 of the TCO is also included.

Keywords: Immorality, content of contract, purpose of contract, cause of contract, abstract acknowledgement of debt

GİRİŞ

Her ne kadar iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklaması, bir sözleşme ilişkisini kurmaya yetse de ilişkinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi, geçerlilik şartlarına sahip olup olmamasına bağlıdır. Zira hukuki ilişkiler içinde borcun varlığı tek başına öneri ve kabulün bulunmasını değil aynı zamanda o hukuki ilişkinin geçerlilik şartlarına da sahip olmasını gerektirir. Bu geçerlilik şartları tarafların ehliyetleri, geçerlilik şekli, irade ve beyan arasındaki uyumun varlığı ile sözleşmenin içeriğinin imkânsız, hukuka veya *genel ahlâk kurallarına aykırı olmamasıdır*. O halde muhataba ulaşan, sözleşmenin tüm esaslı noktalarını, sebebini, bağlı kalmak niyetini içeren bir *öneri* ve süresinde verilen uygun bir *kabul* ile taraflar arasında sözleşme ilişkisi kurulabilecektir. Peki ama kurulan bu sözleşme ilişkisi içinde bilhassa genel ahlâk kuralları yönünden yapılacak olan geçerlilik denetimi sözleşmeye ait hangi unsurları kapsamalıdır?

Düzenleme özgürlüğünün sınırını ortaya koyan TBK m.26 hükmü “*Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.*” şeklinde yeniden metne alınmış böylece hem 818 sayılı Önceki Borçlar Kanunu metninde hem de mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu’nun Fransızca metninde yer alan önemli bir kavram karışıklığına da son vermiştir. Zira her ne kadar bu iki kanun metninde de “*sözleşmeye ait konudan (akdin mevzuundan)*” (*objet d’un contrat*) bahsedilse de aslında ifade edilmek istenen çok daha kapsamlı olarak tarafların açık ya da örtülü iradeleri ile üzerinde uyduştukları tüm hükümler yani “*sözleşmelerin içeriği kavramıdır*” (*contenu d’un contrat*). Çünkü, konu (*objet*), sadece sözleşmenin ne ile ilgili olduğunu ve kapsamında borç olarak ortaya konulan edimleri belirlerken; içerik (*contenu*) böyle bir sınırlamadan çok daha geniş bir kavramı ifade eder¹.

Genel anlamı ile tarafların, üzerinde anlaştıkları sözleşme hükümlerini ifade eden sözleşmenin içeriği (*contenu d’un contrat*) doktrinde iki farklı anlamda kullanılır. *Dar anlamıyla sözleşmenin içeriği*, bir sözleşme ilişkisi içinde geçerli olan normlar bütünüdür ki²; bunlar

¹ İsviçre hukuku yönünden bu karışıklığın sebebi ise İsviçre Borçlar Kanunu m.20’nin Almanca ve Fransızca metinleri arasındaki terim farklılıklarıdır. Gerçekten de İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca metninde yer alan “*der Inhalt*” kelimesi tam anlamıyla sözleşmenin içeriğini (*contenu*) ifade etmekte buna karşılık; Fransızca metindeki “*objet*” ve İtalyanca metindeki “*l’oggetto*” kelimeleri ise “*konu*”yu açıklamaktadır. Ancak İsviçre hukukunda da kavramın sözleşmenin içeriğini ifade ettiği ve Almanca metninde yer alan terimin doğru ifade olduğu kabul edilmektedir. Jean Baptiste Zufferey-Werro, *Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs* (Fribourg: Editions Universitaires de Fribourg, 1988), 216.

² Bu normlar her sözleşme türüne ait tarafların karşılıklı hak ve borçlarını gösteren normlardır. Bu anlamda dar anlamıyla sözleşmenin içeriği için sözleşmenin teknik almanda içeriği ifadesi kullanılmaktadır. Veysel Başpınar, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı* (Ankara: Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1998), 58 vd; Hüseyin Hatemi, *Hukuka ve Ahlakla Aykırılık Kavramı ve Sonuçları* (Özellikle BK65 Kuralı), (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976), 12 vd. Funk sözleşmenin içeriğini şu ifadelerle açıklamaktadır: “*Sözleşmenin içeriği; bir edimi tamamlama borcudur. Olumlu (yapma veya verme) veya olumsuz (çekinme veya katlanma) şekilde olabilir. Nakdi bir değere sahip olması veya alacaklının ekonomik bir menfaatini karşılması şart değildir. Bununla birlikte korumaya değer bir menfaati temel alması gerekir*” Fritz Funk, *Commentaire du code federal des obligations: Art. 1 à 530*, Traduction

sözleşmenin türüne göre tarafların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini ifade eder. Başka bir deyişle tarafların karşılıklı taahhütlerinin neyle ilgili olduğunu ve neye dayandığını açıklar. Her sözleşme tipine ait farklı olan, karşılıklı haklar ve borçlar, bunların kısmen görüntüsünü oluşturan edimler, sözleşme ile doğrudan ulaşılmak istenen amaç gibi. *Geniş anlamda sözleşmenin içeriği ise*³, bir sözleşme ilişkisi içinde tarafların kararlaştırdıkları her şeyi içine alır. Bu şekliyle, tarafların karşılıklı hak ve yükümlülükleri, edimleri, doğrudan ulaşmak istedikleri amaçlar yanında sözleşme ilişkisi ile ulaşmaları mümkün olup, her ikisinde ortak olarak istedikleri dolaylı ortak amaçlar (takip edilen amaç) da içerik kavramına dahildir. İşte Borçlar Kanunu m.26 ve m.27 kapsamında ifade edilen sözleşmenin içeriği kavramı da bu anlamda yani, sözleşme ilişkisi içinde tarafların açık ya da örtülü olarak üzerinde anlaştıkları bütün hususları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır⁴. Özellikle inceleme konumuz olan genel ahlâk kuralları düşünüldüğünde, kavramın bütün olarak korunması ve bu nedenle sadece edimlerin değil sözleşmeye ait tüm unsurların incelenmesi gerektiği çok açıktır.⁵ Buna göre sadece sözleşmenin

française par Max E. Porret et Gustave Perregaux, (Neuchâtel: Delachaux & Niestlé, 1930), 17. Ayrıca bkz. Maurice Aubert, La répétition des prestations illicites au immorales en droit Français et dans la jurisprudence belge, (Lausanne: Jaunin, 1954), 12; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Yetkin, 2021), 357; Başpınar, 58-59.

³ Peter Gauch, Walter R. Schlupe ve Pierre Tercier, *Partie générale du droit des obligations*, (Zurich: Schulthess Verlag, 1982), 72; Albert Schneider ve Heirich Fick, *Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911*, (Neuchâtel: Delachaux & Niestlé S.A, 1915), 60. Ayrıca bkz. Zufferey-Werro, 220 vd; Eren, 357-358. Geniş anlamda içerik, sözleşmenin teknik olmayan anlamda içeriği olarak da ifade edilmektedir. Başpınar, 59-60.

⁴ Oliver Guillod, Steffen Gabrielle, *Des Obligations Resultant d'un Contrat*, Art.19-20, *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, (Genève/Bale/Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2003), 133; Gauch, Schlupe ve Tercier, 72; Schneider ve Fick, 60; Andreas Bucher, *Personnes Physiques et Protection de la Personnalité*, (Bale: Helbing et Lichtenhahn, 1995), 121; Alain Thévenaz, *La protection contre soi même, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC*, (Berne: Stempfli Editions SA, 1997), 115; Zufferey-Werro, 220; Pierre, Engel, *Traité des obligations en droit suisse*, (Berne: Staempfli, 1997), 267; Eren, 357-358; Başpınar, 60.

⁵ *E.Bucher'in* görüşüne göre; sözleşmenin içeriğini oluşturan öğeler, eşmerkezli daireler içinde düzenlenmektedirler: merkezden uzaklaştıkça kararlaştırılan unsurlar hala sözleşmeye dahil olma kabirlikte artık direk olarak, sözleşmenin konusundan doğmazlar. Bu eşmerkezli çemberler takip edildiğinde, yazara

bütününün değil, aynı zamanda ilişkiye konu edimin, diğer ifa unsurlarının (modalitelerinin), taraflara ait doğrudan ve dolaylı ortak amaçların da mutlaka genel ahlâk kurallarına uygun olmaları gerekir.

O halde hem sözleşme ilişkisi yani taraflar arasında mevcut olan hukuki bağ hem de bu bağdan doğan hak ve yükümlülükler, bütün olarak genel ahlâk kuralları denetimine tabidir. Ancak kanaatimizce şu hususu da gözden kaçırmamak gerekir. Bir sözleşme ilişkisi içinde, tarafların mutlaka üzerinde anlaşmaları gereken objektif ve sübjektif esaslı noktalar dışında, taraflara ait bazı hak ve yükümlülükler de bulunmakta ve bunlar içeriğe dahil edimlere konu olmaktadır. Bu hak ve yükümlülükler sözleşme ilişkisi içinde esaslı ya da yan nokta olabilecekleri gibi, ayrıca kanun hükümlerinden ya da dürüstlük kurallarından da doğabilirler. Buna göre sözleşme ilişkisi içinde taraflara ait olan *asli haklar (alacak hakları), fer'i haklar ve tali haklar* ile yine sözleşmeden doğan *edim yükümleri ile yan yükümler* hem dar hemde geniş anlamda sözleşme içeriğine dahildirler. Dolayısıyla her zaman genel ahlâk kuralları tarafından denetlenirler. İşte bu noktada unutmamak gerekir ki söz konusu hakların ve yükümlülüklerin *kullanım sınırını* oluşturan TBK m.26 hükmü ile genel ahlâk kuralları değil, TMK m.2 hükmü gereği dürüstlük kurallarıdır. Bunun içindir ki *sadece yazılı veya sözlü irade açıklamalarının ifade tarzındaki dürüstlüğe aykırılık, sözleşmenin içeriğini genel ahlâka aykırı kılmaz*. Yeter ki irade açıklamalarının anlamından doğan bağlayıcı sonuçlar genel ahlâka aykırı olmasın! Çünkü bir sözleşmenin TBK m.26 ile m.27 anlamında genel ahlâka aykırı olup olmadığı ancak sözleşmenin içeriğine göre belirlenir ve bu içeriği sözleşmenin doğurduğu sonuçlar yani yüklenilen borçlar, kararlaştırılan sözleşme şartları ve yapılan tasarruflar oluşturur. Buna karşılık örneğin, edimler arasındaki oransızlığın hangi şartlarda dikkate alınacağı gibi hususlar (TBK m.28) zaten kanun koyucu tarafından düzenlenmektedir Bu denetim içinde, hiçbir zaman gözden kaçırılmaması

göre, genel ahlâk kurallarını ihlal edebilecek sözleşme unsurları şu şekilde ayrılabilir. *Asli hükümler (clauses principales)*, sözleşmenin merkezini oluştururlar ve sözleşmenin niteliği, özelliği ve ifa modalitelerine göre tarafların edimlerini belirlerler. *Tali hükümler (clauses accessoires)*, farklı ihtimalleri, özel olarak sözleşmenin öngörüldüğü gibi gitmemesi hallerini düzenlerler. (Risklerin karşılanması, ifa edilmeme durumundaki yaptırım veya uyuşmazlık durumundaki usul gibi.) *Şarta bağlı hükümler (clauses conditionnelles)*, bunlar ise kararlaştırılan edimlerdeki istenmeyen durumlara göre değişen şartları ifade ederler. Zufferey-Werro, 216-217.

gereken husus ise, İsviçre Federal Mahkemesinin kararlarında belirttiği gibi, *TBK m.26 ile m.27 hükümlerinin, hakimi medenî hakları kullanma ehliyeti olanların vasisi durumuna getirmeyeceğidir*⁶.

I. SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLÂKA AYKIRILIĞIN BELİRLENMESİ

Doğaldır ki, bir sözleşme ilişkisi içinde, genel ahlâk kurallarına aykırılığı belirleyecek olan kişi *hakimdir*. Hâkimin bu denetim sırasında esas alacağı ahlâk kurallarıysa, bireylere ait sübjektif ahlâk anlayışları değil, topluma ait objektif yani “*genel ahlâk kurallarıdır*”. Bu kurallar belli bir yerde ve zamanda o topluma ait sosyolojik kurallar ile ahlâk kurallarından temel alan ve kamusal vicdanda benimsenen; dürüst, namuslu, makul insanlara ait “*asgari, sosyalve hukuki ahlâk kurallarının*” ifadesidir⁷. Bu denetim sırasında hâkim öncelikle çerçeve hükmün koruduğu hukuki değerlerle kavramın içini doldurmalı yani *somutlaştırmalı*; ardından sözleşme ilişkisi içinde genel ahlâk kurallarının ihlaledilip edilmediğini incelemelidir.

Ancak hâkim tarafından bu araştırma, bilhassa aynı toplum içindeki küçük gruplara ait özel ahlâk anlayışları ortaya çıktığında biraz daha dikkatli yapılmalıdır. Özellikle *meslek ahlâkı kuralları* yönünden durum böyledir. Örneğin, bütün doktorların, avukatların ya da akademisyenlerin uymaları gereken ahlaki değerler o toplumun geneline ait olanlardan daha çok özen gerektiren, ağır ve katı kurallar olabilir. Elbette ki bu durumdan, bir toplum yapısı içindeki her gruba ait, ayrı ve bağımsız ahlâk kurallarının bulunacağı sonucuna ulaşılamaz. Zira meslek ahlâkı kuralları o toplum içinde aynı meslek grubuna dahil olan bütün bireylerin ortak olarak uymaları gereken ve bu yönüyle yine *objektif* bir özellik taşıyan kurallardır. Buna karşılık, aynı toplum içinde farklı amaçlarla bir araya gelmiş, örneğin, çetelerin, mafya örgütlerinin ya da bir arkadaş grubu içindeki gençlerin kendi aralarında uydukları ve sürdürdükleri davranış

⁶ ATF 84/1958 II 13= JdT 1958 I 263 (275); Zufferey-Werro, 161. Buna karşılık sözleşme taraflarından biri, sözleşme ilişkisini kuran birbirine uygun irade açıklamalarıyla ya da önceden hazırlanmış sözleşme metni ile aldatıldığı düşüncesinde ise; iki seçeneği vardır. Ya sözleşmeyi olduğu gibi ve dürüstlük kurallarına göre yorumlanacak şekilde bırakacak ya da irade bozukluğundan dolayı sözleşmenin iptalini isteyecektir.

⁷ Bu konuda bkz. Derya Ateş, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, (Ankara: Turhan, 2007), 83 vd.

kurallarının “genel ahlâk kuralları” seviyesinde değerlendirilmesi şüphesiz ki düşünülemez. Burada fark, meslek ahlâkı kuralları yönünden, o mesleğin devamı, saygınlığı ve toplumun her kesiminde aynı standartlarda hizmet sunulması bakımından objektif ve genel ahlâk anlayışlarının ortaya konulmasından doğar.

Öte yandan hâkim, önüne gelen somut bir meselede, aslında ahlaki biranlayışın ihlal edildiğini tespit etmiş olsa da eğer bu yönde bir pozitif hukuk kuralı varsa TBK m.27 hükmünden önce bu özel kuralı ve ona bağlanan yaptırımını uygulamak zorundadır. Örneğin irade sakatlığı hallerinde durum böyledir. Çünkü bu noktada artık, ahlaki bir temele dayalı yazılı hukuk kuralı bulunmaktadır ve bu kuralın da kendisine ait yaptırımları vardır⁸.

Hâkim açısından önemli olan bir diğer husus da *tarafaların ihlal ettikleri değerlerin “genel ahlâk kurallarının ihlali” olduğunu bilmeleri gerekmeyeceğidir*. Bir başka ifadeyle “borç doğuran eylemin genel ahlâka aykırılığını tarafların bilmemeleri veya kültürel ve sosyal yaşantıları itibarıyla bunun genel ahlâka aykırılığını takdir olanağından yoksun bulunmaları, halkın dürüst ve makul düşünen çoğunluğu tarafından genel ahlâka aykırılığı kabul edilen işlemin nitelik ve etkinliğini değiştirmez”⁹. Bu durumun sebebi ise, genel ahlâk kurallarının sözleşme ilişkisi içindeki tarafları değil; genel yani kamusal menfaatleri korumak amacına sahip olmasıdır¹⁰.

Öte yandan bir sözleşmenin genel ahlâka aykırılık sebebiyle geçersiz olabilmesi için, *her iki tarafın da genel ahlâka aykırı amacı taşıması veya en azından diğer tarafın bu amacı bilmesi ve amacı gerçekleştirmeye teşvik etmesi ya da normalin üstünde bir çıkar sağlaması* gerekir. Bir başka ifadeyle, taraflardan biri aykırılığı bilmiyorsa ya da bilmesi gerekmiyorsa, sözleşme genel ahlâka aykırılık için öngörülen yaptırıma bağlı tutulamaz¹¹.

⁸ Bu konuda bkz. Hatemi, 173-174.

⁹ Y. 11 HD, E. 4834, K.7191, 8.12.1975. (www.lexpera.com.tr) Ayrıca pozitif hukukun atıf yaptığı ahlak kurallarının yazılı olmayan hukuk kuralları niteliğinde olması ve bunların tespitinin bir hukuk sorunu olması, bu nedenle tıpkı hukuka aykırılık gibi genel ahlâka aykırılık bilincinin de aranmaması hakkında bkz. Hatemi, 172.

¹⁰ Pierre Tercier, *Le droits des obligations*, (Genève, Zurich, Baie: Schlthess, 2004), 144.

¹¹ August Simoni, *Quelques Remarques sur la Cause des Obligations en droit Suisse*, *Etudes de Droit Civil a la Mémoire De Henri Capitant*, (Paris: 1977), 766.

Kanaatimizce hâkim için önemli olan bir diğer mesele de sözleşmenin geçerliliği araştırılırken *hangi andaki genel ahlâk kurallarının esas alınacağı* meselesidir. Özellikle toplumsal hayata bağlı olarak hem korunan değerlerin hem de bizzat genel ahlâk kavramının değişkenliği göz önünde bulundurulduğunda sorunun yanıtı ayrıca önem kazanır. Acaba hâkim sözleşmenin kurulduğu anı mı, borcun doğduğu anı mı, yoksa taraflardan birinin sözleşmenin geçersizliğini ileri sürdüğü anımı dikkate almalıdır?

Bu konudaki *klasik teoriye* göre, hâkim somut olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmadığı yönündeki değerlendirmesini, *sözleşmenin kurulduğu andaki şartlara göre* yapmalıdır¹². Dolayısıyla hâkimin takdir yetkisini kullanırken genel ahlâk kavramını somutlaştıracağı an sözleşmenin yapıldığı andır. Bununla birlikte, eğer sonuçları ertelenmiş bir hukuki ilişki söz konusu ise, bu durumda elbette ki hâkim tarafından sonuçların doğduğu tarih dikkate alınmalıdır¹³. Aslında bu görüşün temeli, genel ahlâka aykırı sözleşmelerin yaptırımlarının butlan olması fikrinden alır. Bu sebeple sözleşmenin kurulduğu andan itibaren batıl olmasına paralel olarak genel ahlâka aykırılık da aynı an esas alınarak değerlendirilmektedir. Buna karşılık bilhassa kişilik hakları yönünden (TMK m.23/II) genel ahlâka aykırılığın butlan değil, zarar gören kişi lehine iptal hakkı doğurduğunu düşünen *E.Bucher'e* göreyse, hakim *hakları ihlal edilen kişinin korumaya başvurduğu an* üzerinden değerlendirmesini yapmalıdır¹⁴. Ancak TMK m.23'e bağlı genel ahlâka aykırılık halleri,

Ayrıca bkz. Tunçomağ, Kemal, Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler, (İstanbul: Sermet, 1976), 254; Hatemi, 83 ve 126; Selahattin Sulhi, Tekinay, Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (İstanbul: Filiz, 1993), 400; Kemal Oğuzman ve Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1, (İstanbul: Vedat, 2018), 86; Eren, 366; Ateş, 238 vd.

¹² Thévenaz, 99, Pedamon, 84. Ayrıca Y.13 HD, E.2001/742, K.2001/1516, 15.2.2001, kararında da açıkça “sözleşmenin yapıldığı tarihin esas alınacağı belirtilmektedir”. (www.lexpera.com.tr) Yine bu konuda bkz. ATF 84 II 628 = JdT 1959 I 362, Uygur, 1003.

¹³ Michel Pédamon, Le contrat en droit allemand, (Paris: LGDJ, 2004), 84. Örneğin belli bir vadeye bağlanan sözleşmeler kurulduklarında genel ahlâka aykırılık taşımamalarına rağmen, borç muaccel olduğunda bu niteliği kazanmışlar ise, bu durumda sözleşmenin yine genel ahlâka aykırılık sebebiyle batıl olması gereklidir.

¹⁴ Bu konuda bkz. Henri Deschenaux ve Paul-Henri Steinauer, Personnes Physiques et tutelle, (Berne: Stampfli, 2001), 92; Pierre Tercier, La clausula rebus sic

TBK m.27 anlamından sözleşmenin içerik sakatlığı sebeplerindedir ve bu anlamda sözleşmenin genel ahlâka aykırılığından farklı değildir. Farklılık kendisini sadece, TBK m.27’de var olan genel ahlâka aykırılığın hâkim tarafından re’sen dikkate alınabilmesinde, buna karşılık TMK m.23 hükmüne göre kişilik haklarının genel ahlâka aykırılığındaysa ancak bunu iddia eden tarafın var olan hukuki işlemin geçersizliğini ileri sürmesi ile mümkün olmasında gösterir¹⁵. Bu durumda hâkimin korumanın talep edildiği andaki şartları ve genel ahlâk kurallarını değerlendirmesi ise zaten kaçınılmaz bir sonuçtur. Tıpkı özgürlüklerin aşırı ihlallerinde olduğu gibi. Dolayısıyla şunu da özel olarak vurgulamak gerekir ki bir sözleşme ilişkisinde genel ahlaka aykırılık çalışmamızın konusu oluşturan sözleşmenin amacı dışında edimler yönünden ve borçlunun özgürlüklerinin aşırı ihlali sebebiyle bizzat sözleşme ilişkisinin kurulması yönünden de doğabilir¹⁶.

stantibus en droit suisse des obligations, JdT, I, (1979) 205, Thévenaz, 99 vd.

¹⁵ Thévenaz bu konuda şu gerekçelendirmeyi yapmaktadır: “yasal düzen ya da genel ahlâk kuralları içindeki bir değişim, sadece Tatbikat Kanunu m.2’nin uygulanması ile dikkate alınabilir yoksa İsviçre’de kabul edilmeyen ve bir taahhüdün doğumundan sonraki eksiklikle butlanı sağlayacak teori ile dikkate alınamaz. Tatbikat Kanunu m.2/1 hükmüne göre, kanunların geriye yürümemeleri kuralının istisnası olarak genel ahlâk ve kamu düzeni menfaatlerini düzenleyen kurallar belirtilmektedir. Bu istisnalar dışında kanunlar yürürlüğe girdikleri andan itibaren uygulanırlar. Bu durum göstermektedir ki bir kimsenin kişilik haklarına aykırı rızasının geçerliliği, kamu düzeni ve genel ahlâk kuralları bakımından *korumaya başvurulduğu anda geçerli bütün kanunlara göre yapılmalıdır*, bu durum sebep olan hukuki işlemde *sonra yürürlüğe girenleri* de kapsar. Bu bakış açısıyla, kişiliği koruyan hükümler, madem ki, etik alandaki temel anlayışların ifadesidir, bizce *her zaman kamu düzeni ve genel ahlâk tarafından düzenlenmektedirler*. Sonuç olarak düzenlemenin aracılığıyla, CC.m.27/2 hükmüne göre hukuki işlemin geçerliliğini belirleyecek olan, korumanın ileri sürüldüğü anda varolan hukuki ve ahlaki durumdur yoksa sebep olan taahhüdün alındığı andaki değildir.” Thévenaz, 100-101.

¹⁶ Bu ayırım Türk, İsviçre ve Alman doktrininde her yazara göre farklılaşabilmektedir. Örneğin, Alman Hukukunda ayırım genel olarak iki başlık altında toplanır: Malvarlığı alanındaki ihlaller ile Malvarlığı dışındaki ihlaller. Malvarlığı alanındaki ihlaller; ekonomik özgürlüğün ihlali, ekonomik gücün kötüye kullanımı, edim ve karşı edim arasındaki dengesizlik, üçüncü kişiye zarar verici sözleşmeler ile genel ahlâka aykırı amacı bulunan sözleşmeler; malvarlığı alanı dışındakiler ise kişilik haklarının ihlali, cinsel ahlâka aykırılıklar ve deontolojiye aykırılıklardan oluşur. Claude Witz, Droit

II. SÖZLEŞMENİN AMACININ GENEL AHLÂKA AYKIRI OLMASI

A. Sözleşmenin Doğrudan ve Dolaylı Amacı Kavramları

Bir sözleşmenin *amacı*, “tarafalara o sözleşme ilişkisini kurma kararı verdirenniyet” şeklinde tanımlanabilir¹⁷. Ancak bu kararı sağlayan ve taraf iradelerine yansiyarak sözleşme ilişkisini kurmalarına neden olan amaç, sadece ilişkinin geçerli olarak kurulabilmesi için üzerinde anlaşmaları şart ve doğal olanı değil; aynı zamanda, her iki tarafın da istediği ve sözleşmenin sonucunda ulaşmaları mümkün olan başka hedefleri de işaret edebilir.

Bu nedenle, sözleşmenin amacıyla ifade edilmek istenilen ilk olarak, tarafların söz konusu hukuki ilişkiyi kurarak direk ulaşmak istedikleri amaçtır ki buna *doğrudan amaç veya vasıtasız amaç da (but immédiate)* denir. Aslında doğrudan amaç, tarafların taahhütlerinin tamamen ifası sonucunda ortaya çıkacak hukuki ya da fiili duruma ait düşüncelerini içeren objektif bir amaçtır¹⁸. Bunun içindir ki, sözleşmenin doğrudan amacı, Türk ve İsviçre hukuku bakımından, tarafların bu amaçlarına vasıta olan

Prive allemand, 1 Acte Juridiques, droit subjectif, (Paris: Litec, 1992), 220-237; Frédérique Ferrand, Droit Prive allemand, (Paris: Dalloz, 1997), 250-255. Ayrıca sözleşmenin içeriği, sebebi ve amacı yönünden yapılan üçlü bir ayırım için bkz. Pédamon, 83 vd. İsviçre hukukunda ise Engel’e göre, sözleşmenin kurulması, edimi ya da sonucu genel ahlâka aykırı olabilir. Engel, 291 vd; Tercier’e göre, sözleşmeye konu edim, ticari dürüstlük kurallarına aykırılık ve yabancı hukuka aykırılığa göre bu ihtimallerle sıralanır. Tercier, 144. Zufferey-Werro ise ayırımı sözleşmeye konu edim, amaç ve kararlaştırılan taahhüde göre üçe ayırarak incelemektedir. Zufferey-Werro, 215-245. Buna karşılık Türk hukukunda bir ayırıma göre, bizzat sözleşmenin yapılması, edim ve sözleşmenin amacı genel ahlâka aykırı olabilir. Eren, 364 vd.; bir diğerine göre, sözleşmeye konu edim, ifa modaliteleri, sözleşmenin amacı ve sözleşmenin yapılması genel ahlâka aykırıdır. Başpınar, 137 vd. Sözleşmeye konu edimler ile taahhütler yönünden genel ahlâka aykırılık için bkz. Ateş, 204-220 ve 238-271.

¹⁷ Charles F. Reichard, Etudes sur les contrats immoraux, (Lausanne: thèse, 1914), 58.

¹⁸ Zufferey-Werro, 223. ATF 20/1904, 610. Bu yönüyle, tarafların üzerinde anlaştıkları sözleşmenin “vasıtasız sonucu” (*résultat immédiate*) ile aynı anlamı ifade eder.

sözleşmeye konu *sebebe (causa)* de işaret eder¹⁹. Çünkü her sözleşme ilişkisi içinde, taraf iradeleri mutlaka belirli bir hukuki sonuca yönelmiştir ve sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için, iradelerinin hem sözleşmenin esaslı unsurları hem de bu ortak amaç üzerinde birbirine uygun olması gerekir²⁰. Bu anlamda, kazandırma ile doğrudan doğruya

¹⁹ Her ne kadar Pandekt hukuku etkisiyle sözleşmenin doğrudan amacı (but immédiate), sözleşmenin sebebi ile eş anlamlı gibi kullanılsa da bu etki aslında sözleşme sebebinin kendisini, tarafların doğrudan amaçlarına ulaşmadaki bir araç olarak ortaya koymasından kaynaklanır. Söz konusu amaç, taraf iradelerine hukuki ilişkilerdeki güvenliğe uygun bir saygı sınırı çizerek hem alacaklının hem de borçlunun irade özgürlükleriyle uyum içinde olmalıdır. Gerek Roma Hukukundan gerekse Pandekt hukukundan gelen amaç sınırları İsviçre hukukunda “güven teorisi” ile kaldırılmaktadır. Bu konuda ayrıca bkz. Simonius, 753 vd. Yazar ayrıca, İsviçre hukukunda sebep kavramının teknik bir terim olmadığını sadece tarihsel sebeplerden kaynaklandığını bu nedenle de hukuk sistemindeki sebebe bağlılığın da yine teknik olduğunu ifade etmektedir. Bu anlamda aslında sebep kavramının amacında, tarafların iradelerini üstün tutmak ve genel ahlâk kuralları gibi diğer üst hukuk değerlerinin kullanması da vardır. Öte yandan, kavramın Türk ve İsviçre hukuklarında, Fransız hukukundan farklı kullanıldığını tekrar belirlemek gerekir. Zira Fransız hukukunda sebep iki farklı anlamda ve amaçta kullanılır. Bunlar borcun konusunu (*objet*) ifade eden: *Objektif Sebep (Cause Objective-Cause Abstraite)*, ile sözleşmenin amacını (*but-raison*) ifade eden: *Sübjektif Sebep (Cause Subjective-Cause Concrète)* kavramlarıdır. Buna göre Fransız hukukunda borcun sebebi (cause objective), bir sözleşmenin soyut nedenini ifade eder ki bu her sözleşme tipi için aynı olan ve yokluğu sözleşmenin kurulmasına engel olan sebeptir. Buna karşılık sözleşmenin sebebi (cause subjective) kavramı ise, içtihat ve doktrinde baskın olarak ele alındığı haliyle şu şekilde tanımlanabilir: “Tarafların sözleşme ilişkisi içinde beraber ulaşmak istedikleri ya da bir tarafın sözleşmenin kurulması sırasında içeriğine veya sonucuna dahil ettiği amaçtır” Catherine Guelfucci-Thibierge, *L’indépendance entre nullité et responsabilité*, (Paris: LGDJ, 1992), 247; Christine Souchon, *Objet, Cause et Lésion du Contrat*, France, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché communs, sous direction renie Rodière, (Paris: 1980, 42 vd. Alman hukukunda sözleşmenin amacının genel ahlâka aykırı olması hakkında bkz. Witz, 234-235; Ferrand, 250 vd. Alman ve Fransız hukuk farkları için bkz. Rieg, 311 vd; ayrıca bkz. Daniel Guggenheim, *Le droit suisse des Contrats*, (La Conclusion Des Contrats), (Genève: Georg, 1991), 51.

²⁰ Başka bir deyişle, taraflar iradelerini sözleşmenin sebebi üzerinde birbirine uygun olarak beyan etmiş olmalıdırlar. İrade beyanları, hem hukuki işlemde (tasarruf işleme veya borçlandırıcı işlem olabilir) hem de sebep üzerinde bir

takip edilen, kazandırmaya hukuki karakterini veren, yani ona uygulanacak hukuk kurallarını tayin eden tipik amaca *sebepe* denilir²¹. Sözleşmenin *kaynağı* (*source*) olarak da ifade bulan²² sebepteki genel ahlâka aykırılığın, borçlandırıcı işlemde mi yoksa tasarruf işleminde mi olduğu ve bu işlemlerin ayrı ayrı sebebe bağlı olup olmadıkları, birbirlerine olan etkileri ise geçersizliğin doğuracağı sonuçlar bakımından önem taşır.

Burada, sözleşme taraflarına ait *saik* (*motifs*) kavramının da amaçtan ve sebepten ayrıldığını ifade etmek gerekir. Çünkü sebep, belirli tip kazandırmalarda daima aynı kalan, ilgili kazandırmaya hukuki karakterini veren, taraflar arasında uyumsuzluk konusu olmuş tipik yani doğrudan amacı ifade ederken; saikler ise, tarafları o kazandırmayı yapmaya sevk eden, geçmişe, şimdiye ya da geleceğe ait, herkesi ve olaya göre değişebilen çok çeşitli düşünceleri ortaya koyarlar²³. Bu anlamda bir sözleşme ilişkisinin amacından bağımsız olarak, her iki tarafı da ilişkiye sokan sınırsız sayıda kişisel duygu, düşünce ve amaç bulunabilir. Sonuç olarak taraflardan her biri için karşı tarafın gerçekte hangi düşüncelerle bu hukuki ilişkiyi kurduğunu bilmek mümkün olmadığı gibi hukuk düzeni de genellikle kişilerin saiklerini dikkate almaz²⁴. Zaten taraf iradelerinin

bütün olarak birbirine uymalıdır. Aksi halde sebep üzerinde irade uyumsuzluğu söz konusu olacağından, kazandırma geçerli olmaz. Bu kazandırma sebepleri ifa (*causa solvendi*); alacak (*causa credendi*), bağışlama (*causa donandi*), teminat ya da bu sebeplerin birleşiminden doğan karma bir sebep olabilir. Engel, 148 vd; Tercier, 41; Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, (İstanbul: Filiz, 2017), 116 vd; Eren 192 vd. Borçlandırıcı işlemler bakımından sebep alacak, bağış, teminat ya da karma bir sebep olabilirken; tasarruf işlemleri bakımından sebep kural olarak ifadır. (Bu kuralın istisnalarını elden bağış ve ibra oluşturur.) Ancak unutmamak gerekir ki, her kazandırmanın bir sebebi olması, her kazandırmanın sebebe bağlı olduğu anlamına gelmez.

²¹ Kocayusufpaşaoğlu, 116. Örneğin karşılıksız kazandırmalarda genellikle bu sebep bağışlamadır, buna karşılık bilhassa iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde sebep, taraflardan birinin ediminin ya da taahhüdünün diğerinin borcuna sebep olup olmasına göre belirlenir. Bu konuda bkz. Simonius, 760-761.

²² Tercier, 41.

²³ Saikler kişilere göre değişebilir, ancak her durumda sebepten farklı olarak somut olaya uygulanacak hukuk kuralları üzerinde etkili olmayacaklardır. Kocayusufpaşaoğlu, 132. Ayrıca bkz. Guggenheim, 51-52.

²⁴ Örnek olarak bkz. Y. 4 HD, E.611, K.2581, 24.3.1972. (www.lexpera.com.tr)

güven teorisine göre yorumlanmasında, kişilerinin saiklerinden bağımsız olarak bildikleri ya da bilmeleri gerekenlerin irade beyanlarına esas alınması da bunu gösterir²⁵. Ancak, elbette ki taraflardan birinin saiki diğer sözleşme tarafınca da bilindiğinde ve kabul edildiğinde, artık saik tek taraflı ve gizli olmaktan çıkıp sözleşmedeki ortak amaca dahil olacaktır.

Kurulan sözleşme ilişkisinin sonucunda ulaşılması mümkün olup her iki tarafın da hedeflediği amaca ise, *dolaylı amaç (uzak amaç veya takip edilen amaç) (but lointaine)* denir. Bu amaç, tarafların elde etmeyi bekledikleri ve gerçekleşmesi için sözleşmenin yerine getirilmesinin şart olduğu hukuki ya da fiili en son durumu ifade eder²⁶. Böylece sözleşme ilişkisiyle tarafların ulaşacakları doğrudan amaç dışında onları yönlendiren bir başka sübjektif menfaat daha söz konusudur. Bu menfaat gerçekleşme ihtimali uzak olsa ve sözleşmenin genel hükümleri içinde kendini belli etmese de tarafların karşılıklı iradeleri bu husus üzerinde uyduğundan sözleşmeye konu olarak genel ahlâk kuralları bakımından dikkate alınmalıdır²⁷. Elbette ki bu uzak amaç ancak ciddi olarak gerçekleşme ihtimali varsa genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratabilir²⁸.

Bizim hukuk sistemimiz içinde de saik kavramı sadece özel bazı hallerde dikkate alınmaktadır. Taraflara ait saikin hukuki işlemde şart haline getirilmesi (TBK m.149 vd), temel hatası (TBK m. 24), ölüme bağlı tasarrufların iptali (TMK m.557) gibi. Engel, 205, 292; Tercier, 149 vd. Ayrıca ATF 99/1973 Ia 420; ATF 48/1922 II 275=JdT 1923 I 13 (19); Kocayusufpaşaoğlu, 118; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 428; Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, (Ankara: Turhan, 2022), 75. Genel ahlâk kuralları bakımından saik kavramının önemli olmaması hakkında bkz. ATF 80/1954 II 45 = JdT 1855 I 193 (196), ATF 50/1924 II 501. Buna karşılık Alman hukukunda bkz. Pédamon, 102 vd; Ferrand, 259 vd. Öte yandan, Başpınar'ın eserinde belirttiği şekilde sözleşmenin geniş yorumlanarak tarafların sözleşme ile takip ettikleri ortak amaçlar yanında saiklerinin de sözleşmeye dahil edilmesi gerektiği görüşüne katılmıyoruz. Yazarın verdiği izinsiz olarak genelev işletmek amacıyla borç para verilmesi örneği ise, zaten ancak, ödünç sözleşmesine taraf olan kişilerin dolaylı amaçları olduğu halde geçersiz olabilecektir. Başpınar, 145, Eren, 294. Ayrıca bkz. Hatemi, 170.

²⁵ Bu anlamda sözleşmelerin kurulabilmesi için irade beyanlarının yorumuna ihtiyaç duyulduğunda tarafların bildikleri ya da bilmeleri gerekenlerde sebep önemli olurken, saik önemli olmayacaktır. Simonius, 759.

²⁶ Jean-Pierre Scarano, Dictionnaire de droit des obligations, Ellipses, (Paris: 1999), 56.

²⁷ Hukuka aykırılık bakımından tarafların dolaylı ortak amaçları daha dar bir kapsamda dikkate alınır. Engel, 150; Zufferey-Werro, 225; Simonius, 765. Ayrıca bkz. ATF 87/1961 II 207 =JdT 1962 I 94. Aksi görüş için bkz. Hatemi, 172.

²⁸ Zufferey-Werro, 227.

Burada önemli olan husus, dolaylı amacın, taraflardan birini sözleşme yapmaya iten esaslı bir unsur olması, yani bu kişinin taahhüdünün esas sebebi olması; diğer sözleşme tarafının da bunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olmasıdır. Böylece, bir sözleşmenin edimleri, ifa modaliteleri ve taahhütlerin bütünü genel ahlâk kurallarına uygun olsa bile, taraflar bu ortak amaçlarıyla genel ahlâk kurallarını ihlal edebilecektir. Doktrinde bu duruma “*genel ahlâk kurallarının dolaylı ihlali*” denir²⁹.

Tam olarak bu noktada, sözleşmenin dolaylı amacını sözleşmenin sonucundan (*effet du contrat*) da ayırmak lazımdır. Çünkü bir sözleşmenin sonucu, sözleşme taahhütlerinin ifa edilmesiyle ortaya çıkan somut neticedir. Oysa sözleşmedeki amaç, sözleşmenin kurulma anında tarafların sahip oldukları ve onları bu sözleşme ilişkisini kurmaya iten fikirleri ve hedefleri içerir. Bu ayırım önemlidir çünkü, bir sözleşmenin sonucu, taraflarca bu yönde bir amaç haline getirilmediği sürece TBK m.26 anlamında genel ahlâka aykırılık kriteri yapılamaz³⁰.

B. Amacı Genel Ahlâka Aykırı Sözleşmeler

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu m.26 ve m.27 hükümlerinde sözleşmenin amacıkavramından bahsedilmese de TBK m.18 ve m. 77’de ifade bulan sebep kavramı; ayrıca doktrin ve içtihatlardan çıkan sonuç, geniş anlamda sözleşmenin içeriği kavramına tarafların amaçlarının da dahil olduğu yönündedir. Bu anlamda genel ahlâk kuralları denetimi yapıldığında, sözleşmenin amacına, sadece tarafların bu hukuki ilişkiyle ulaşacakları doğrudan amaçlar değil; aynı zamanda ciddi olarak gerçekleşme ihtimali olan ve tarafların karşılıklı iradelerinin üzerinde anlaştığı dolaylı amaçları da dahildir³¹.

²⁹ Zufferey-Werro, 225, dipn.40’da belirtilen yazarlar *A.Bucher; Saladin*. Yazar ayrıca *Ost/Kerchove’in* bu tür ihlali, ahlâkın hukuk düzeni içine işlemedeki bir araç gibi kabul ettiğini belirtmektedir.

³⁰ Sözleşmenin amacı, sözleşmenin her iki tarafının da ortak amacı olarak anlaşılması gerektiğinden, sözleşmenin nihai sonucundaki genel ahlâka aykırılık taraflardan biri için temel alınıyor ve diğer taraf da bunu biliyorsa genel ahlâk kuralları ihlal edilmiştir. Engel, 293; ATF 80/1954 II sh:45, 48 = SJ 1955, 193, 196 = JdT 1955 I 315, 316; Ayrıca Zufferey-Werro, 221.

³¹ Zufferey-Werro, 227. Dolaylı, uzak amacı saik kavramı ile bütünleştiren aksi bir görüş için bkz. Guggenheim, 52.

Buna göre, taraflara ait *doğrudan amaçlar* incelenirken hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yönünden sözleşmenin sebebi ve bu sebebe bağlılığı³² üzerinde durulmalıdır³³. Sebebe bağlılığın, *borçlandırıcı işlemler* bakımından anlamı, temelindeki irade beyanlarının bağlı olduğu alacak, bağış, teminat ya da karma sebebin geçerliliği ve dolayısıyla genel ahlâk kurallarına aykırı olmaması; *tasarruf işlemleri* bakımından anlamı ise, ifaya temel olan borçlandırıcı işlemin geçerliliği ve dolayısıyla genel ahlâk kurallarının uygun olmasıdır³⁴. TBK m.18 hükmü ve tarafların irade özgürlükleriyle yaratabilecekleri maddi anlamdaki

³² Her hukuki işlemde mutlaka bulunması gereken sebepten bağımsız olarak, işlemin içeriğine dahil olan, yani onun zorunlu bir unsuru olup, açıkça belirlenen; böylece geçerliliği bu sebebin geçerliliğine bağlı olan işlemler “*sebebe bağlı (illi)*”; buna karşılık, hukuki sebebinden ayrılarak ondan soyutlanan ve tamamen bağımsız bir nitelik kazandırılan, böylece geçerliliği temelindeki sebebe bağlı olmayan işlemler ise “*soyut*” işlemlerdir. Engel, 148 vd; Tercier, 42; Kocayusufpaşaoğlu, 119 vd; Feyzioğlu, 43; Eren, 200 vd; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 49 vd; Kılıçoğlu, 75 vd.; Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, (Ankara: Yetkin, 2021), 108 vd.

³³ Zira sebebe bağlı işlemler ile soyut işlemlerin genel ahlâk kurallarına aykırılık taşımaları durumunda ortaya çıkan fark, uygulanacak hükümler yönündendir. Çünkü illi bir kazandırmanın sebebi genel ahlâk kurallarına aykırı olduğunda, ifa edilmiş dahi olsa hak karşı tarafa geçmediğinden, hak sahibinin edimini istihkak davası (TMKm.683) ya da düzeltme davası (TMKm.1025) ile geri alma imkânı vardır. Buna karşılık soyut işlemlerde hak karşı tarafa geçmekte ancak iade imkânı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre olmaktadır. Ancak TBKm.81 hükmü bu imkânı ortadan kaldırmaktadır. *Soyut ve illi* işlemler arasındaki bu sonuca bağlı bir diğer fark ise, sebepsiz zenginleşme davasının şahsi niteliği sebebiyle, soyut işlemlerde sadece haksız kazanan kişiye karşı davanın açılması mümkündür. Bu yüzden üçüncü kişiye karşı sebepsiz zenginleşme davası açılmayacaktır. Buna karşılık illî işlemlerde geçerli istihkak davası üçüncü kişiler iyiniyetli olmadıkları sürece üçüncü kişilere karşı da açılabilir.

³⁴ Türk hukukunda taşınmazlar yönünden geçerli olan (TMK m. 1025) sebebe bağlılık ilkesi, taşınırlarıyönünden de baskın görüş olarak benimsenir. O halde kural olarak, temelindeki irade beyanına esas olan alacak, bağış, teminat ya da karma sebep genel ahlâka aykırı olan borçlandırıcı işlemler geçersiz olacaklarından; ifasına sebep oluşturdukları illî tasarruf işlemi batıl kılarken; soyut tasarruf işlemlerinin geçerliliğini etkilemeyeceklerdir. Ancak unutmamak gerekir ki, tasarruf işlemi ve borçlandırıcı işlem arasındaki bu etki karşılıklı değildir. Bir başka deyişle ister sebebe bağlı olsun ister olmasın, tasarruf işlemindeki bir geçersizliğin borçlandırıcı işleme etkisi yoktur.

soyut sözleşmeler bir yana bırakıldığında Türk hukukunda borçlandırıcı işlemler sebebe bağlı yani illidir. Ancak, borçlandırıcı işlemler yönünden, borçlunun taahhütte bulunduğu anda, söz konusu edime sahip olması şart değildir. Yani edimin malvarlığına dahil olması gerekmez. Önemli olan, borçlunun ifa anında edime sahip olması ve alacaklıya karşı ifa borcunu yerine getirebilmesidir. Dolayısıyla bir kimsenin “malvarlığı değerlerinin üstünde bir taahhüt altına girmesi” kural olarak, genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratmaz. Sözleşme kurulurken var olan bu sübjektif imkânsızlık, borçlunun borcunu yerine getirememesi sebebiyle, TBK m.112 ve devamı hükümlerine göre sonuçlar doğuracak; ancak bu durum sözleşmenin geçerliliği üzerinde etkili olmayacaktır. Bu durumun bize göre iki istisnası olabilir: Baştan itibaren var olan objektif imkânsız (TBK m.27) ve genel ahlâk kuralları yönünden de önemli olan kişi özgürlüklerinin aşırı derecede ihlal edilmesi (TMK m.23/II). Aynı şekilde, borçlandırıcı işleme konu edimin birden fazla kişiye taahhüt edilmesi yani aynı edime konu birden fazla borçlandırıcı işlem yapılması da mümkündür. Bu durum her ne kadar temelinde etik ilkelere aykırılık yaratsa da genel ahlâk kurallarının ihlaline sebep olmayacak; aralarında bir öncelik ilişkisi olmayan bu taahhütler yönünden borçlu, sadece ifada bulunamadıklarına karşı sorumlu olacaktır (TBK m.112 vd).

Bu noktada aşağıda da inceleyeceğimiz üzere, genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerlerden *kişi özgürlüklerinin* TMK m.23/II anlamında, sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilecekleri; çünkü tasarruf işlemlerinin etkilerini kişi üzerinde değil, malvarlığı üzerinde gösterdiklerini de belirtmek gerekir³⁵. Bu değerler yönünden, tasarruf işlemlerindeki genel ahlâk kuralları denetimi, aslında borçlandırıcı işlemlerin ifası şeklinde ortaya çıkacağından tamamen *dolaylı* bir denetimi içerir. Dolayısıyla özgürlükler bakımından, genel ahlâk kurallarına uygun olması gereken, öncelikle borçlandırıcı işlemlerdir³⁶.

³⁵ Thévenaz, 83. Yazar dipn.96 ve 97’de E.Bucher’e göndermede bulunmaktadır: Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Band I, Einleitung und Personenrecht, 2.Abteilung: Die natürlichen Personen, 2. Teilband: Kommentar zu Art. 27 ZGB, Berne, 1993, N.98, 99 ve 134 vd.

³⁶ Bu durum elden bağış gibi, borçlandırıcı işlem ile tasarruf işleminin aynı anda gerçekleştiği hukuki işlemler yönünden de geçerlidir O halde TMK m. 23/II hükmünün, tasarruf işlemlerinin kurulmasında, bu tasarruf borcunu içeren borçlandırıcı işlemler bütününe uygulanacağı söylenebilir. Thévenaz, 83

Öte yandan, sözleşme ilişkisi içindeki doğrudan amaçların dışında *dolaylı amaçların* da genel ahlâk kuralları denetimine tabi olması, aslında kaynağını sözleşmenin etik değerleri temel alan üst bir ilkeyi korumasından alır. Bu noktadan hareketle, sadece sözleşme ilişkisini oluşturan ve çevreleyen şartların değil, aynı zamanda toplumsal vicdanda istenmeyen, benimsenmeyen sonuçların da genel ahlâk kuralları bakımından denetlenmesi gerekir. Böylelikle, kurulmak istenilen sözleşme, genel ahlâka aykırı sonucu elde etmek yönünde tarafların kınanan iradelerini ispata yarayan bir araçtan öteye gidemez³⁷. İşte bunun içindir ki, genel ahlâk kuralları bakımından amaç kavramı, hukuka aykırılıktan daha geniş olarak tarafların dolaylı ortak amaçlarını da kapsar³⁸.

Buna göre, örneğin evli bir adamın, metresine kuyumcudan pırlanta kolye almak üzere yaptığı satın sözleşmesinin geçerliliği; kimi yazarlara göre kuyumcunun alıcıyı ikna etmesi halinde³⁹, kimi yazarlara göre, normal fiyatının çok üstünde bir değere satılması halinde⁴⁰, kimilerine göreyse sadece satıcının bu durumu bilmesi ve amacı gerçekleştirmek üzere sözleşmeyi yapması halinde⁴¹ genel ahlâk kurallarına aykırıdır.

³⁷ ATF 26/1900 II 140 (142); ATF 27/1901 II 417; ATF 37/1911 II 401=JdT 1913 I 226 (229) Ayrıca RSJ 9/1913, 287.

³⁸ Engel, 150; Tuhr/Peter, 257; Zufferey-Werro, 223 ve dipn.26 da belirtilen diğer yazarlar: *A.Bucher, Oser/Schönenberger, Saladin*

³⁹ Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 400. Buna göre bir kuyumcu kendisinden mücevher satın olan kişinin bunu metresine genel ahlâka aykırı bir cinsel ilişkinin karşılığı olarak vermek amacıyla satın aldığını bilse bile, sözleşme geçersiz olmamalı, sadece eğer alıcıyı bu genel ahlâka aykırı amaçla mücevher satın almaya kuyumcu ikna etmişse, satın sözleşmesi geçersiz sayılmalıdır.

⁴⁰ Andreas Von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2; (Çeviren C.Edege), (Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983), 249. Yazara göre satıcının bu durumdan yararlanarak mücevheri normal fiyatının üstünde satmasının genel ahlâka aykırılık sebebiyle sözleşmenin geçersiz sayılmasına yeteceği görüşündedir. Ayrıca yazar, bilhassa bir tarafın genel ahlâka aykırı amacını gerçekleştirebilmesi için gerekli araçların diğer tarafça sağlanmasına ilişkin sözleşmelerde, eğer bu araçlar olmaksızın genel ahlâka aykırı amaç gerçekleşmeyecek veya ilgili kişi tarafından gerçekleştirilmesi çok güç olacaksa, bu sözleşmenin de geçersiz sayılmasını önerenlerin de bulunduğunu belirtmektedir.

Ali Naim İnan, Borçlar Hukuku Genel Hükümleri, (Ankara: AÜHF Yayınları,

Genel ahlâk kurallarının bilhassa sözleşmenin *dolaylı amacı* yönünden yapılan denetiminde dikkate alınması gereken kriter Federal mahkemenin de belirttiği ve bizim de katıldığımız görüşe göre “*her iki tarafın da bu amacı bilmesi ya da bilmelerinin gerekmesi ile sınırlı tutulmamalıdır*”⁴². Tarafların, amacı bilmelerinin yanında “*bu amacı gerçekleştirmeyi istemeleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul etmeleri de şarttır*”⁴³. Dolayısıyla kuyumcunun durumu bilmediği, bilmesinin de gerekmediği, sadece kolyeyi alan adama ait olan genel ahlâk kurallarına aykırı davranış, alıcı yönünden onu sözleşme ilişkisini kurmaya iten saiklerden biri olmaktan öteye gidemeyecek ve bu sebeple sözleşmenin butlanı da söz konusu olmayacaktır. Ya da satıcının, alıcının amacını sonradan öğrenmesi durumu da satımsözleşmesinin geçerliliği üzerinde etkili olmayacaktır.

Aynı yönde, bir kişiyi kaçırmak amacıyla otomobil kiralamak; hamile bir kadının hukuka aykırı olarak çocuğunu düşünmeyi sağlayacak kürtaj

1971), 192-193; Oğuzman ve Öz, 86.

⁴² Bu noktada Hatemi özellikle, kuyumcunun satılan kolyenin alıcının metresine hediye edileceğini bilmesinin sözleşmeyi hukuken geçersiz kılmayacağını belirtmektedir. Hatemi, 194, Aynıyönde Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 400 vd; Oğuzman ve Öz, 86; Gümüş, 223. Öte yandan Ripert ise daha ileri giderek, karşı tarafın bilmesinin de önemli olmadığını savunur. Georges Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, (Paris: LGDJ, 1949), 66 vd.

⁴³ İsviçre Federal mahkemesi önceleri dolaylı ortak amaç konusunda her iki tarafın da iradelerinin esas alınması gerektiğine karar vermiş (ATF 47/1921 II 86=JdT 1921 I 423; ATF 32/1906 II 63; ATF 29/1903 I 265; ATF 26/1900 II 149); daha sonra taraflardan biri için genel ahlâka aykırı olan amacın sözleşmenin belirleyici sebebi olması diğer tarafında bunu bilmesini yeterli görmüştür. (ATF 48/1922 II 270=JdT 1923 I 13(19), ATF 50/1924 II 145) Şu anda ise, her iki sözleşme tarafının da bilerek gerçekleştirmek istedikleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabulettikleri dolaylı amaç görüşüne ulaşmıştır. ATF 47 II 89, JdT 1921 I 423, ATF 48 II 270; ATF 50 II 145. Dolayısıyla taraflardan birine ait genel ahlâka aykırı amaç, edimin ya da karşı edimin genel ahlâka aykırı olması sonucunu doğurmaz. ATF 80 II 331, JdT 1955 I 497. Simonius, 766, Guggenheim, 51, Engel, 293. Alman hukukunda da dolaylı amaçların genel ahlâka aykırılıkta dikkate alınabilmeleri için, sözleşmenin kurulma anında her iki sözleşme tarafıncabilinmesi gerekmektedir. Bu durum sözleşmenin kurulmasında kaynağı oluşturan genel ahlâka aykırı sebepten değil, sözleşmenin kendisinin ahlâka aykırı bir amaçla birleşmesinden kaynaklanmaktadır. Bu konuda bkz. Witz, 234-235; Ferrand, 250 vd; ayrıca Pédamon, 83 vd.

aletlerini bir eczaneden satın alması⁴⁴; pactum de non licitando yani açık arttırma ile satımda bir kimsenin ihaleye çıkarılan malları ucuza alabilmek amacıyla arttırmaya girmek isteyen diğer kişileri bundan vazgeçirmek üzere bir miktar para vermeyi taahhüt etmesi⁴⁵; bir doktorun başka bir doktorun hastasına aslında gerekli olmayan bir ameliyatı tavsiye etmesi ve kendisinin bu ameliyatı yapması halinde alacağı ücreti paylaşmaları yönünde yapılan sözleşme; milletvekili aday listesinin başında yer alabilmek amacıyla seçim sonuçlarını etkileyecek biçimde, partinin il idare kurulu üyelerine bağışta bulunulması⁴⁶, bir kimseye rüşvet verme vaadinde bulunularak kurulan sözleşme ilişkileri ya da genelev açması için arkadaşına belli bir miktar para verme taahhüdü⁴⁷ gibi durumlar da bu yönleri ile genel ahlâk kurallarına aykırıdır.

Tarafların dolaylı amaçları bu yönde olmak kaydıyla, yetkili organlardan gerekli izinler alınmadan *genelev*⁴⁸ olarak işletilmek üzere

⁴⁴ Bu konuda yeni tarihli bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. ATF 129 III 209, JdT 2003 I, 603-609. Ayrıca örnekler için bkz. Engel, 293, ayrıca, Gugenheim, 52, ayrıca bkz. Zufferey-Werro, 285 vd. Reichard, 86 vd.

⁴⁵ Bu yasak ayrıca TBK m.281'de düzenlenmekte dolayısıyla aslında hukuka aykırılık oluşturmaktadır. Y.4 HD, E.9235, 9.6.1976. (www.lexpera.com.tr) Aynı yönde paylı mülkiyete konu bir taşınmaz için paydaşlar arasında yapılan harici satış sözleşmesine göre izalei şuyu davasında ihaleye girmeyip, diğer paydaşlardan bono alan paydaşın yaptığı anlaşmanın genel ahlâka aykırı olmaması hakkında bkz. YHGK. E.2002/19-32, K.2002/421, 22.5.2002. Ayrıca bkz. Engel, 289. İki veya daha çok kişi, aleni veya gizli bir müzayede satımın akışını, değeri çok arttırarak (de licitando) ya da indirerek (non licitando) bozmak üzerinde anlaşılabilir. Kural olarak bu durum genel ahlaka aykırı değildir. Ancak durum, diğer katılımcıları yanıltmak amacına hizmet ediyorsa artık genel ahlâk kuralları ihlaledilmektedir. Zufferey-Werro, 264 vd.

⁴⁶ Y. 4.HD, 18.5.1965 T, E.8020, K. 2664, Başpınar, 145.

⁴⁷ Engel, 193. Buna karşılık devlet izni ile kurulan bir genelev ortaklığından doğan hakların taraflar arasında karşılıklı ileri sürülmesinde artık genel ahlâka aykırılık ileri sürülemeyecektir. Y. 13 HD. E.1976/2884, K.1976/8294, 13.12.1976. (www.lexpera.com.tr) Ayrıca bkz. Reichard, 62 vd.

⁴⁸ 1525 sayılı Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü'nün 16 ncı maddesinde genelevler "Genel kadınların bir arada oturarak fuhuş yaptıkları veya bu maksat için toplandıkları yerler şeklinde" tanımlanmaktadır. Bu anlamda örneğin, bir kimsenin gece dışarıda kalıp sabah erken muhtelif erkeklerle eve gelmesinin tek başına, randevu evi olarak kullanıldığı anlamına gelmeyeceği Yargıtay'ın bir kararında belirtilmektedir. Y. 18 HD.,

yapılan satım ya da kira sözleşmeleri de geçersiz olmalıdır⁴⁹. Bu konuda doktrinde de çok tartışılan Yargıtay'ın 1948 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında “genelev olarak kullanılmak üzere taşınmaz kiralınması yönündeki sözleşmelerin, hükümetten bu yönde bir izin alınmışsa geçerli aksi halde genel ahlâk aykırılık sebebiyle geçersiz olacağı” ifade edilmektedir⁵⁰. Doktrinde kimi yazarlar tarafından savunulan bu karar genel olarak eleştiri bulmuştur⁵¹. Bizce de genelev işletilmesi, devletin izin ve denetimi altında yapılsa dahi; bu izin ortaya çıkan faaliyetin genel ahlâka aykırı niteliğini ortadan kaldıramaz. Çünkü toplumumuzdaki kamusal vicdan yönünden genelev faaliyetleri her zaman genel ahlâka aykırı bir yön içerirler. Devlet tarafından verilen bu izin olsa olsa kamusal yetkilerin kontrolünü sağlamak amacına dayanabilir yoksa izinle bir davranışın artık kamusal vicdandaki rahatsızlığı ortadan kaldıracığı düşünülemez. Sonuç olarak toplumda ortaya çıkan bir davranış ya genel ahlâka aykırıdır ya da değildir! Devlet genelevlere ilişkin yasal düzenlemeleri yaparken, genel sağlığı korumak, toplumda fuhuşu sınırlamak ve kontrol altında tutmak istemektedir. Bu anlamda bizce de yasal düzenlemelerin varlığı davranışın genel ahlâka aykırılığını ortadan kaldırmak yönünde bir ispat

E.1997/5489, K.1997/6171, 10.6.1997. (www.lexpera.com.tr)

⁴⁹ Bu konuda bkz. Engel, 290 ve 293; Francois Terre, Philippe Simler ve Yves Lequette, *Droit Civil, Les Obligations*, (Paris: Dalloz, 2002), 280; Ripert, 44; Zeno Oprea, *Sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil Allemand*, (Paris: Librairie A. Rousseau, 1935), 122 ve 159; Aubert, 100 ve 157; Rieg, 316, 329, Zufferey-Werro, 286 vd. Alman hukukunda ise bu tür sözleşmeler sadece, hayat kadınlarının ekonomik olarak sömürülmelerinin ve kötüye kullanılmalarının aracı olduğunda genel ahlâka aykırı kabul edilmektedir. Witz, 235 vd.

⁵⁰ YİBK, 14.1.1943 T, E.1943/30, K.1948/2.

⁵¹ İlk olarak Postacıoğlu tarafından eleştirilen karar aynı yönde Tekinay, Öktem, Akev ve Hatemi tarafından da eleştirilmiş; buna karşılık Elbir, Saymen ve Oğuzman tarafından desteklenmiştir. Bu konuda bkz. İlhan Postacıoğlu, “Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği, Karar incelemesi”, İHFİM, C:XV, S:4, (1949), 1288 vd; İmran Öktem, “Umumi ev olarak kullanılmak üzere Gayrimenkul kiralınması”, İZBD, S:1-9, (1937), 94; Sahir Talat Akev, *Türk Hususi Hukukunda Kumar ve Bahis*, (İstanbul: İÜHF Yayınları, 1964) 459-460; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 399 vd; Hatemi, 261 vd; H. Kemal Elbir, “Realist bir Tevhid-i İçtihat Kararı, Genelev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması Muteber Midir?” *Sosyal Hukuk ve İktisat Mecmuası*, Y:1, S:2, (1948), 89 vd; Oğuzman ve Öz, 86. Ayrıca bkz. Reichard, 62 vd.

aracı gibi değerlendirilemez⁵². Nitekim Yargıtay da daha ileri tarihli kararlarında, isabetli olarak bu hususa değinmiş ancak yeni bir İçtihadı Birleştirme Kararınakonu yapılmamıştır⁵³.

Bu nedenle kanaatimizce konusu bir genelevin işletmesi olan tüm hukuki işlemler öncelikle genel ahlâka aykırı kabul edilmeli, daha sonra somut olayın özelliklerine göre butlanın ileri sürülmesi ve sonuçları değerlendirilmelidir⁵⁴. Örneğin bir kimse evinin genelev olarak kullanılacağını bilmeden kiraya vermiş ise, daha sonra durumu öğrendiğinde kira sözleşmesini feshedebilmeli, buna karşılık bilerek kira sözleşmesini kurmuş ise sözleşme genel ahlâk kurallarına aykırılık sebebiyle batıl olmalıdır⁵⁵.

⁵² **Elbir**, 92, eleştiri için bkz. **Postacıoğlu**, 1291 vd. Öte yandan konuyla ilgili ülkemizde halenyürlükte bulunan mevzuatlar iki tanedir: İlki 1530 sayılı “*Umumi Hıfzısıhha Kanunu*”dur. Kanunun üçüncü bölümü ve 128 ile 132 inci maddeler arası hayat kadınlarına ayrılmıştır. Bu Kanunda, 22/2/2005 tarihli ve 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu hükümlerine aykırılık bulunması durumunda, 5302 sayılı Kanun hükümlerinin uygulanacağı, söz konusu Kanunun 70 inci maddesi ile hüküm altına alınmıştır. Diğer ise, 31.1.1973 tarih ve 7/5786 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile değişikliğe uğrayan 1525 sayılı “*Genel Kadınlar ve Genelevlerin Tabi Olacakları Hükümler ve Fuhuş Yüzünden Bulaşan Zührevi Hastalıklarla Mücadele Tüzüğü*”dür

⁵³ Örneğin Y. 4.HD, 28.12.1959 T, E.957/10681, K.1331 kararında şu ifade yer alır. “Her ne kadar genelevlerin açılması ve işletilmesi yurdun güvenliği, emniyeti ve sağlığı bakımından devletin iznine bağlanmışsa da bu durum hiçbir zaman faaliyetin ahlâka uygun olduğunu kabul etme anlamına gelmez. Bunlar bazı maddi ve içtimai zorunlulukları karşılamak üzere devletin almak zorunda kaldığı tedbirlerden ibarettir.” Aynı şekilde Y. 13.HD, E. 2884, K. 8294, 13.12.1976, YKD, 1977, S:8, 1118 vd. (www.lexpera.com.tr)

⁵⁴ Hatemi, 270. Reichard, 62 vd.

⁵⁵ Ancak böyle bir durumda da somut olayın özelliklerin göre tahliye davasının açılması MKm.2 hükümlerine aykırı düşüyorsa, bu durumda talep reddedilebilmelidir. Örneğin genelevlere ayrılmış bir bölgede bulunan ve başka türlü kullanılmayacağı anlaşılan bir bina kira sözleşmesinde kiracı sözleşmenin genel ahlâka aykırılığı nedeniyle tahliye edilmek isteniyorsa, bilerek kira sözleşmesini yapan kişinin hakkını kötüye kullandığı ileri sürülebilir. Tahliye kararında peşin ödenen kira ücretinin BKm.65 kuralı ile çıkarılması ya da kiracının hükümsüzlüğe dayalı kira parasını ödemekten kaçınması da yine MKm.2 hükmü ile dengelenebilir. Bu konuda bkz. Hatemi, 269- 270, Postacıoğlu ise bu sorunun Nemo auditor kuralından faydalanılarak

Özellikle sosyal medya üzerinden kişilere ait cinsel içerikli resim ve videoların yayınlanmasına yönelik akdedilen sözleşmeler ve bu sözleşmelerde yer alan dönme ceza şartı hükümleri ise İsviçre Federal Mahkemesi tarafından ahlaka ve kişilik haklarına aykırı bulunmamıştır⁵⁶. Yüksek Mahkeme ilgili karara gerekçe olarak internet üzerinden anılan içeriklere dair yapılan yayınların çok yaygın kullanımını göstermektedir⁵⁷.

Bir kimseye *rüşvet verme vaadini* içeren sözleşmeler⁵⁸ de genel ahlâk kurallarına aykırıdır. Ancak bilhassa birine rüşvet vererek, üçüncü bir kişiyle sözleşme ilişkisi kurulmak istendiğinde ortaya çıkan üçlü ilişki ayrıca değerlendirilmelidir. Bu tür ilişkilerde öncelikle rüşveti veren ve bir sözleşmenin kurulmasını sağlamaya çalışan kişi (*corrupteur*); rüşveti alan ve sözleşmeyi kurmayı sağlayacak olan kişi (*corrompu*) ve adına sözleşme kurulacak olan üçüncü kişi (*partenaire*) bulunur⁵⁹. Bu anlamda rüşveti veren ve alan arasındaki “rüşvet anlaşması” hem hukuka hem de genel ahlâk kurallarına aykırı ve geçersizdir. Buna karşılık rüşveti veren ve üçüncü kişi arasında kurulan ve rüşvet anlaşmasını “takip eden sözleşmenin” geçerliliği ise, rüşveti alan ile üçüncü kişi arasındaki hukuki ilişkinin niteliğine göre değişebilir. Bu ilişki somut olayın özelliklerine göre temsil ilişkisi, vekalet ya da hizmet akdi olabilir ki buna bağlı olarak rüşvet ilişkisi de doğrudan ya da dolaylı olarak ikinci sözleşmeye

çözülebileceğini savunmaktadır. 1306 vd.

⁵⁶ ATF 136 III 406.

⁵⁷ İlgili karar ve karara ait daha fazla bilgi için bkz. Jacques De Werra, La Gestion Contractuelle Du Droit A L’image Des Sportif, Citius, altius, fortius. Mélanges en l’honneur de Denis Oswald. (Bâle: Helbing & Lichtenhahn. 2012), 243-258

⁵⁸ Her ne kadar rüşvet eylemi, yani bir kamu görevlisinin, işini görmek için usulsüz olarak menfaat sağlaması bu dar anlamı ile, Ceza Kanununda yer alsa da (TCK.m.252-254); rüşvet halk arasında daha çok geniş anlamı ile yani sadece kamu görevlilerini değil özel sektörde çalışanları da kapsayacak şekilde kullanılmaktadır. Ancak Ceza Kanununda yer alan düzenlemeye paralel olarak hukukçular genel olarak rüşveti, dar anlamı ile ele almakta buna karşılık özel işyerlerinde çalışanlar için daha çok emniyeti suistimal ve dolandırıcılık suçlarına sokma eğilimi göstermektedir. Ayrıca kavram için bkz. Tercier, (Corruption), 227-228; Engel, 289; Guggenheim, 52; Guillod ve Steffen, 134; Zufferey-Werro, 282 vd.; Ripert, 44. Ayrıca bkz. Pierre Engel, Christine Chappuis, Sylvain Marchand ve Ariane Morin, L’évolution récente du droit des obligations, (Lausanne, CEDİDAC, 2004), 13-14; ATF 129/2003 III, 320= JdT 2003 I, 331.

⁵⁹ Pierre Tercier, La Corruption Et Le Droit Des Contrats, SJ II (1999), 226.

yansıyacaktır. İşte bu noktada asıl mesele rüşvet anlaşmasını takip eden ikinci sözleşmenin geçerliliğinin genel ahlâk kurallarına bağlı kılınıp kılınamayacağıdır.

İsviçre Hukukunda butlan ile iptal edilebilirlik yaptırımlarını birbirine alternatif gören içtihat ve doktrin kararlarına paralel olarak Zürih Kantonunda 21 Şubat 2003 tarihinde verilen bir kararda, *sözleşmenin kurulmasında etkili olan ve ahlâken şüpheli görülen hareketlerin, sözleşmenin içeriğine işlemedikleri sürece, ilişkiyi genel ahlâka aykırı kılmayacağı* belirtilmektedir⁶⁰. O halde Federal mahkeme içtihatları ve doktrine paralel, bir rüşvet ilişkisi sonucunda kurulan ve içerikleri genel ahlâka ya da hukuka aykırı olmayan sözleşmeler TBK m.27 anlamında butlan yaptırımı ile sonuçlanmayacak ve bu yönleri ile genel ahlâka aykırı kabul edilen “*rüşvet vaadi*” örneğinden ayrılacaklardır. Federal mahkemenin bu noktada dikkatle ayırımını yapmak istediği husus “*genel ahlâka aykırı içerikli sözleşmeler ile, sözleşmenin genel ahlâka aykırı kurulmasının*” birbirinden ayrılması gerektiğidir. Çünkü bir sözleşme ilişkisinin kurulmadaki bu tür bir sakatlık sözleşmenin içeriğini değil; sadece iradelerin uyumu ya da sözleşmenin kurulma sürecini etkiler. Dolayısıyla kanun bu istenmeyen sakatlığı meselenin özelliklerine göre gabin ya da irade sakatlığı hükümlerine paralel olarak giderebilir.⁶¹

Diğer yandan, iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler bakımından, doğrudan yada dolaylı genel ahlâka aykırı amaç incelemesi kanaatimizce, tarafların karşılıklı edim dengeleri de dikkate alınarak yapılmalıdır. Elbette ki sözleşme özgürlüğü içinde, taraflar karşılıklı edim değişimlerine diledikleri şeklide karar verebileceklerdir ancak, “*özellikle ekonomik yönden bir karşılık alınmaması gereken hallerde, hâkim meselenin ücret vaadiyle yapıp yapılmadığını*” araştırarak genel ahlâk kuralları incelemesini yapabilir. Örneğin, para karşılığı bir kimseyi boşanmaya teşvik etmek ya da cinsel ilişki kurulmasını sağlamak (pactum stupri);⁶² yine bir

⁶⁰ SJ, 2004 I, 33-49: *Pots-de-vin, Absence de nullité du contrat obtenu au moyen de la corruption d'un fonctionnaire. Invalidation pour erreur. Conséquences de l'invalidation sur un contrat durée.* Ayrıca bkz. ATF 129/2003 III 320; JdT 2003 I, 331.

⁶¹ Bu konuda ayrıca bkz. Tercier, (Corruption), 262 vd; Anne Heritier, Les Pots-De-Vin, (Genève: Georg, 1981), 106-109.

⁶² Engel, 285 ve 290; Zufferey-Werro, 273 ve 277; Guggenheim, 52. Reichard, 77 vd.

suçun işlendiğini bilen ve ihbarda bulunması gereken kişinin para karşılığında susması⁶³ gibi. Buna karşılık Yargıtay bir kararında, kızı kaçırılan kimsenin bir miktar para karşılığı şikayetinden vazgeçmeyi taahhüt etmesinde genel ahlâka aykırı bir yön bulunmamıştır⁶⁴. Kanaatimizce bu karar isabetsiz bir karardır çünkü, her ne kadar içerik olarak aksi yönde görülse de amacı açıkça genel ahlâk kurallarına aykırı bir davranış söz konusudur⁶⁵. Bu noktada kişinin ekonomik yönden maddi bir karşılık sağlamaması gereken bir durumdan, maddi menfaat temin ettiği son derece açıktır.

C. Genel Ahlâka Aykırı Amaçla Düzenlenen Soyut Borç İkrarları

Öte yandan BKm.18’de düzenlenen ve borç sebebini göstermese dahi geçerli kabul edilen “*soyut borç ikrarları*” yönünden de genel ahlâk kurallarına aykırılığının sonuçlarına da kısaca değinmek gerekir. Buna göre temel ilişkiye konu sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olduğu hallerde soyut borç ikrarının geçerliliği ne olacaktır? Örneğin bir kimseye siyasi parti değiştirmesi karşılığında verilen senedin, başlık parası olarak düzenlenen bononun⁶⁶, kendisiyle evlilik dışı ilişki yaşamaması⁶⁷ ya da boşanmaya razı etmek için⁶⁸ düzenlenen çekin ve ya bir kimsenin kumar oynaması karşılığı düzenlenen kambiyo senedinin⁶⁹ geçerliliği var mıdır? Hâkim bu genel ahlâk kurallarına aykırı amaçları re’sen dikkate alabilir mi? Ve elbette bunoktada meselenin BKm.65 kuralı karşısındaki durumu nedir?

⁶³ Susma hakkının satın alınması olarak da değerlendirilen bu duruma ilişkin farklı örnekler için bkz. Zufferey-Werro, 279 vd.

⁶⁴ Y. 13 HD. E. 141, K. 543, 5.2.1988 T. (www.lexpera.com.tr) Dolayısıyla bu karara paralel olarak ödenen paranın geri alınması istenildiğinde TBK m.65 hükmü de uygulama alanı bulmayacaktır.

⁶⁵ Eleştiriler için bkz. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 398, Başpınar, 146.

⁶⁶ Y. 4 HD, E.5036, K.7669, 16.6.1975; Y. 11 HD, E.4834, K.191, 8.12.1975 T; Y. 15 HD, T, E.4887, K.4912, Ayrıca Y. 11. HD, E.620, K.620, 11.2.1980; Y. 11 HD, E.1976/4887, K.1976/4912, 15.11.1976. Ayrıca bkz. YHGK, E.1985/11-832, K.1986/199, 5.3.1986. (www.lexpera.com.tr)

⁶⁷ YHGK. E.2002/13-177, K.2002/206, 20.3.2002; Y. 14 HD. E.1988/6243, K.1989/91963, 11.1989. (www.lexpera.com.tr)

⁶⁸ Y. 11 HD. E.1989/9057, K.1991/4151, 18.6.1991; Y. 11 HD, E.1985/7135, K.1985/7370, 26.12.1985.

⁶⁹ Y.11 HD, E.1343, K.1475, 3.4.1981. (www.lexpera.com.tr)

Öncelikle belirtmek gerekir ki, soyut borç ikrarlarının hukuki niteliğiyle ilgili Fransız veya Alman hukuklarını temel alan iki görüş bulunur. Genel hatları ile Alman hukukunda, soyut borç ikrarı, temel borç ilişkisinden bağımsız, maddi anlamda soyut yeni bir borç yaratılması; Fransız hukukunda ise ayrı bir borç ilişkisi yaratmadan sadece alacaklıyı geçerli borç sebebinin varlığını ispat külfetinden kurtaran delil niteliği taşıması benimsenmektedir. Bu anlamda Türk ve İsviçre hukuklarında her ikidoktrin görüşünü de benimseyen yazarlar bulunmaktadır⁷⁰ ve söz konusu iki görüşün özellikle genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenen soyut borç ikrarları yönünden ayrı bir önemi vardır.

Bilhassa Alman doktrinine paralel olarak maddi anlamda soyutluk ilkesini benimseyen yazarlara göre, genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenen soyut borç ikrarlarının sonuçları hakkında üç temel görüş bulunur. İlk görüşe göre⁷¹, temel ilişkideki hukuki sebep genel ahlâka aykırı olsa bile, buna dayalı yapılan *soyut borç ikrarından bir alacak hakkı doğar*, çünkü soyut borç ikrarı temel borç ilişkisinden bağımsızdır. Yalnız yine de, genel ahlâka aykırı bu alacak hakkı, borçlunun *sebepsizzenleşme talebi ile* karşı karşıyadır ki TBK m.81 hükmü de bu talebi engelleyemez⁷². Zira hüküm genel ahlâka aykırı sonucu elde etmek üzere verilenlerin geri istenmesini yasaklar. Oysa soyut borç ikrarında bulunan borçlu alacaklıya bir şey vermiş değildir, sadece borçlanmıştır⁷³. İkinci görüşe göre, kanunun *soyut* alacaklara bağladığı temel borç ilişkisinden bağımsız olarak geçerli olma sonucu, yine *kanunda yer alan diğer bazı temel kurullarla sınırlanmalıdır*⁷⁴. Yani soyut alacaklara tanınan sınırsız bir

⁷⁰ Örneğin Von Tuhr, 251, Kocayusufpaşaoğlu, 120, Sungurbey, s40 vd.; Tunçomağ, 186, İnan, 157, Oğuzman ve Öz, s207 vd. Alman sistemini benimsemektedir. Bana karşılık Haluk Tandoğan, *Notions Préliminaires a la Théorie Générale des Obligations*, (Genève: Georg., 1972), 100, Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 140, Eren, 203 vd. Silvia T. Du Pasquier, *Des Obligations Resultant d'un Contrat*, Art.17, *Commentaire Romand, Code des Obligations I*, (Genève/Bale/Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2003), 76-80. Walter Yung, *La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse*, Genève: Georg., 1930), 93 vd, Simonius, 757 ve Engel, 157 Fransız sistemini benimserler.

⁷¹ Kocayusufpaşaoğlu, 122; Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 138.

⁷² Von Tuhr, 431; Oğuzman ve Öz, 86.

⁷³ Von Tuhr, 251 ve 414.

⁷⁴ İsmet Sungurbey, *Borç İkrarı ve Borç Vaadi*, İHFM, Y;22, S:1-4, (1957), 99;

hak yoktur. Kumar ve bahisle ilgili *BK m.605* hükmü ile kanun koyucu temel ilişkideki bozukluğun soyut alacağa da geçmesini kabul etmiştir. Zira hüküm gereği, hâkim soyut borç ikrarıyla ilgili alacağın kumar ya da bahis borcundan doğduğunu gördüğünde bunu re'sen göz önünde bulundurmaya zorundadır. O halde bu düzenleme, daha ağır bir nitelik taşıyan“genel ahlâka aykırı borçlar” yönünden de *evleviyette (a fortiori)* uygulanmalıdır. Bununla beraber temel ilişki genel ahlâka aykırı ise, soyut alacakta batıldır. Nihayet, doktrinde yer alan son görüşe göreyse, soyutluk kuralından vazgeçmeden, pek çok genel ahlâka aykırı amaç güden sözleşmeyi batıl kılan TBK m.27 hükmüyle, doğrudan doğruya soyut borç ikrarının hükümsüz olduğunu söylemek mümkündür. Bu yönde, temel ilişkisi genel ahlâka aykırı olan ve kesin hükümsüz bir soyut borç ikrarı için tarafların kararlaştırdıkları en yakın amaç *ifa amacıyla edimdir*⁷⁵. Ancak sonrasında gelen ortak amaç genel ahlâka aykırı olduğundan ve sadece konusu değil amacı genelahlaka aykırı olan sözleşmeler de batıl olduğundan, soyut borç ikrarı da batıldır Dolayısıyla bu çözümde temel ilişkideki sakatlık soyut borç ikrarının hükümsüzlüğüne yol açmamakta, doğrudan soyut borç ikrarının kendisi genel ahlâka aykırı olmaktadır⁷⁶.

Ancak maddi anlamda soyutluğu temel alan bu üç görüşe karşılık, bizim de katıldığımız görüşe göre, TBK m.18 hükmü taraflara, sözleşme ilişkisine ait sebepten bağımsız, sadece şekli anlamda soyut⁷⁷ bir borç

Kocayusufpaşaoğlu, 116.

⁷⁵ Sungurbey, (Borç İkrarı), 118 vd; Kocayusufpaşaoğlu, 140. Yazar şu örneği vermektedir: B ile A, üçüncü bir kişinin malının çalınması karşılığı B'nin A'ya 1000 lira vermesi konusunda anlaşılırsa bu sözleşme (temel borç ilişkisi), BKm.20 uyarınca genel ahlâka aykırı bir sebebi içerdiğinden hükümsüzdür. B, bu ilişkiye dayanarak A'ya bir soyut borç ikrarında bulunursa, işte söz konusu olan bu ikrarın en yakın amacı ifa amacıyla edimdir

⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu'nun haklı olarak eleştirdiği üzere bu çözüm, ihlali aynı zamanda genel ahlâka aykırılık oluşturmayan hukuka aykırı sebep hallerinde farklı sonuca götürür. Çünkü, hukuka aykırılık bulunduğu anda, BKm.20 uyarınca sözleşmenin konusunun hukuka aykırı olması aranır, genel ahlâka aykırılıkta olduğu gibi sebebin genel ahlâka aykırı olması yetmez. Bu durumlarda soyut borç ikrarının temeli, BKm.20 hükmü dışında kalacak ve ancak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade mümkün olabilecektir. Kocayusufpaşaoğlu, 127.

⁷⁷ Buna karşılık maddi anlamda soyutluk ise, borcun hukuki sebebinin içeriğinin dışında bırakılması ve artık sözleşmenin zorunlu unsuru olmamasıdır. Böylece sebep, temel ilişkiden soyutlanmakta, geçersiz olsa dahi soyut borç ikrarının

ilişkisi yaratmaktadır. Elbette ki her kazandırmada olduğu gibi bu sözleşmelere de konu olan ve taraflar arasında kabul edilen bir sebep mevcuttur ancak taraflar bu sebebi düzenledikleri sözleşmenin dışında tutmaktadırlar. Dolayısıyla alacaklının önünde iki seçenek vardır, ister soyutborç ikrarına, isterse bu ikrara sebep temel ilişkiye dayalı hakkını talep edebilir. Budurum genel ahlâka aykırı bir amacı gerçekleştirmek üzere düzenlenen soyut borç ikrarları için de geçerlidir. Alacaklı genel ahlâka aykırı olan temel ilişkiye değil, kendisini ispat yükünden kurtaran soyut borç ilişkisine dayalı borçludan ödemede bulunmasını talep eder. Buna karşılık, eğer borçlu temel ilişkinin genel ahlâkkurallarına aykırı ve geçersiz olduğunu ispat edebilirse, borç ikrarının butlanına karar verilebilir⁷⁸ ve bu durumda artık borç doğmayacaktır⁷⁹.

Meselenin TBK m.81 hükmü karşısındaki durumu ise, borçlunun ifade bulunup bulunmamasına göre değişir. Çünkü hüküm genel ahlâka aykırı amaç elde etmek için verilenlerin geri istenemeyeceğini hükme bağlamaktadır⁸⁰. Buna göre, eğer borçlu taahhüt altına girdiği miktarı henüz ödemiş ise mesele yoktur. Genel ahlâka aykırı amaçla verildiği ispat edilen soyut borç ikrarının geçersizliği, borçlunun vadinin de geçersizliği sonucunu doğuracak ve soyut borç ikrarı iptal edilecektir. Bir başka ifadeyle TBK m.81 hükmü genel ahlâka aykırı amaçla düzenlenmiş ve bedeli ödenmemiş senetlerin iptaline engel değildir⁸¹. Buna karşılık ödemede bulunulmuş ise, artık genel ahlâka aykırı amaç ile yapılan bu

geçerliliğini etkilememektedir. Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, 137 vd; Simonius, 763; Engel, 156 vd; Du Pasquier, 76 vd

⁷⁸ Ancak temel ilişki genel ahlâka aykırı değilse elbette bu iddia önemli değildir. Örneğin, Yargıtay bir kararında, paylı mülkiyette paydaşlar arasında yapılan harici satış sözleşmesine göre izalei şuyu davasında ihaleye girmeyip, diğer paydaşlardan bono alan paydaşın yaptığı anlaşmanın genel ahlâka aykırı olmadığına hükmetmiştir. YHGK. 22.5.2002 T, E.2002/19-32, K.2002/421

⁷⁹ Engel, 156 vd; Tercier, 69-70. Böylece mahkemeler BKm.17 yönünden sözleşmenin sadece konusunu değil amacını da dikkate almaktadır. Örnek İsviçre Federal Mahkeme Kararları için bkz. ATF 72/1946 II 91 =JdT 1946 I 546; ATF 63/1937 II 248; ATF 48/1922 II 270=JdT 1923 I 13; ATF 48/1922 II 182=JdT 1923 I 534ATF 30/1904 II 77; ATF 34/1908 II 686.

⁸⁰ Von Tuhr, 251.

⁸¹ YHGK, E.1985/11-832, K.1986/199, 5.3.1986. Ayrıca bkz. Y. 11 HD, E.4834, K.191 8.12.1975; Y. 15 HD, E.4887, K.4912, 15.11.1976. (www.lexpera.com.tr)

ödeme TBK m.81 hükmü çerçevesinde sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre iade edilemeyecektir⁸².

Buna karşılık soyut borç ikrarının, sebebi değil ancak *saiki* genel ahlâk kurallarına aykırı ise ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi genel ahlâka aykırı bir yönü açıklamıyorsa; bu durum soyut borç ikrarının geçersizliği için neden olamaz. Çünkü saik, taraf iradelerin uyumunu yönünde bir tür ön nedeni oluşturur. O halde, Yargıtay'ın da bir kararında belirttiği üzere, sözleşme ilişkisi genel ahlâka aykırılığı ortaya koymadıkça saik tek başına TBK m.26 ve m.27 hükümlerine göre soyut borç ikrarının geçersizliğine gerekçe olarak ileri sürülemez⁶⁷⁸.

D. SONUÇ

Bir sözleşme ilişkisi içinde genel ahlâk kuralları yönünden yapılacak olan geçerlilik denetiminde, TBK m.26 ve m.27 kapsamında ifade edilen sözleşmenin içeriği kavramı, geniş anlamda anlaşılmalı yani sözleşme ilişkisi içinde tarafların açık ya da örtülü olarak üzerinde anlaştıkları bütün hususları kapsayacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu doğrultuda genel ahlâk kuralları yönünden yapılacak geçerlilik denetiminin konusunu sadece tarafların hak ve yükümlülükleri, edimleri değil diğer ifa unsurlarının (modalitelerinin), taraflara ait doğrudan ve dolaylı ortak amaçların da içinde olduğu sözleşmeye ait tüm unsurlar oluşturur.

Ahlaka aykırılık denetimi yaparken hâkimin, genel ahlâk kavramını somutlaştırması gerekir. Burada esas alınması gereken ahlak kuralları bireylere ait sübjektif ahlâk anlayışları değil, topluma ait objektif yani “*genel ahlâk kurallarıdır*”. Bunun yanında aynı toplum içindeki küçük gruplara ait özel ahlâk anlayışlarının da dikkate alınması gerekebilir. Bir

⁸² Hatta genel ahlâk kuralları bakımından bu durumun, taraflar arasında sözleşme özgürlüğü ilkelerine göre yaratılan “maddi anlamda soyut sözleşmeler” için dahi geçerli olduğu kabul edilir. TBKm.19/II ve m.183/II hükümlerinde de öngörülen “maddi anlamda soyut borç ikrarları”; tarafların açık ve kesin olarak temel ilişkiye konu def'i ve itirazlardan tamamen ya da kısmen, feragat etmeleri sonucu yaratılan ve böylelikle aslında yeni borç doğuran sözleşmelerdir. Maddi anlamda soyutlukta, borcun hukuki sebebi, borçlandırıcı işlemin dışında bırakır ve zorunlu unsuru olmaktan çıkarılır. Böylece temelindeki hukuki sebep geçersiz olsa dahi borç geçerliliğini muhafaza eder. Ancak bunlar için dahi, temel ilişkideki genel ahlâk kurallarına aykırılığın, alacaklıya karşı ileri sürülebileceği kabul edilir Engel, 157; Eren, 178.

toplum içinde aynı meslek grubuna dahil olan bütün bireylerin ortak olarak uymaları gereken ve bu yönüyle yine *objektif* bir özellik taşıyan kurallardan olan *meslek ahlâkı kuralları* bu kapsamda değerlendirilir. Ayrıca hâkim, ahlaki bir anlayışın ihlal edildiğini tespit etmiş olsa da eğer bu yönde bir pozitif hukuk kuralı varsa TBK m.27 hükmünden önce bu özel kuralı ve ona bağlanan yaptırımını uygulamak zorundadır. Önemli diğer bir husus, sözleşmenin geçerliliği araştırılırken *hangi andaki genel ahlâk kurallarının esas alınacağı* meselesidir. Bu durumda hâkim *sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar* üzerinden bir değerlendirmede bulunmalıdır. Ancak, eğer sonuçları ertelenmiş bir hukuki ilişki söz konusu ise, bu durumda hâkim tarafından sonuçların doğduğu tarih esas alınır.

Sözleşmenin doğrudan amacı, tarafların taahhütlerinin tamamen ifası sonucunda ortaya çıkacak hukuki ya da fiili duruma ait düşüncelerini içeren objektif bir amacı ifade eder. Sözleşmenin doğrudan amacı, kazandırma ile doğrudan doğruya takip edilen, kazandırmaya hukuki karakterini veren, yani ona uygulanacak hukuk kurallarını tayin eden tipik amaç olarak *sebebe (causa)* işaret eder. Bunun yanında taraflardan birinin saiki, ancak diğer sözleşme tarafınca da bilindiğinde ve kabul edildiğinde, tek taraflı ve gizli olmaktan çıkarak ortak amaca dahil olabilir.

Sözleşmenin dolaylı amacı ise, tarafların elde etmeyi bekledikleri ve gerçekleşmesi için sözleşmenin yerine getirilmesinin şart olduğu hukuki ya da fiili en son durumu ifade eder. Ciddi olarak gerçekleşme ihtimali olan bu amaç üzerinde tarafların karşılıklı iradeleri uyuştüğundan, dolaylı amaç da sözleşme içeriğine dahil olur ve dolayısıyla genel ahlâka kuralları denetimine tabi tutulur. Dolaylı amacın, taraflardan birinin taahhüdünün esas sebebi olması; diğer sözleşme tarafının da bunu bilmesi ya da bilebilecek durumda olması, genel ahlaka aykırılık denetiminin uygulanması bakımından önemli bir ölçüttür. Sözleşmenin sonucu, sözleşmenin dolaylı amacından, genel ahlaka aykırılık denetimine tabi olmaması yönünden ayrılır.

Türk Borçlar Kanunu m.26 ve m.27 hükümlerinde sözleşmenin amacı kavramından bahsedilmese de TBK m.18 ve m. 77'de ifade bulan sebep kavramı; bunun yanında doktrin ve içtihatlardan varılan sonuç, geniş anlamda sözleşmenin içeriği kavramına tarafların amaçlarının da dahil olduğu yönündedir. Bu anlamda genel ahlâk kuralları denetimine, sözleşmenin amacına, sadece tarafların bu hukuki ilişkiyle ulaşacakları doğrudan amaçlar değil; aynı zamanda ciddi olarak gerçekleşme ihtimali

olan ve tarafların karşılıklı iradelerinin üzerinde anlaştığı dolaylı amaçları da dahil edilir.

Doğrudan amaç yönünden yapılan değerlendirmede hem borçlandırıcı işlem hem de tasarruf işlemi yönünden sözleşmenin sebebi ve bu sebebe bağlılığı dikkate alınmalıdır. Genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerlerden *kişi özgürlükleri* TMK m.23/II anlamında, sadece borçlandırıcı işlemlere konu olabilirler zira tasarruf işlemleri etkilerini kişi üzerinde değil, malvarlığı üzerinde gösterebilir. Bu yönüyle kişi özgürlüklerinde tasarruf işlemlerindeki genel ahlâk kuralları denetimi, aslında borçlandırıcı işlemlerin ifası şeklinde ortaya çıkacağından tamamen *dolaylı* bir denetim ortaya koyar. Dolayısıyla kişi özgürlükleri bakımından, genel ahlâk kurallarına uygun olması gereken, öncelikle borçlandırıcı işlemlerdir.

Dolaylı amaçların da genel ahlâk kuralları denetimine tabi olması, sadece sözleşme ilişkisini oluşturan ve çevreleyen şartların değil, aynı zamanda toplumsal vicdanda istenmeyen, benimsenmeyen sonuçların da genel ahlâk kuralları bakımından denetlenmesini gerekli kılar. Bu da genel ahlâk kuralları bakımından amaç kavramının, hukuka aykırılıktan daha geniş şekilde tarafların dolaylı ortak amaçlarını kapsadığı sonucuna götürmektedir.

Sözleşmenin dolaylı amacının genel ahlaka aykırılık oluşturması yönünden öğretilerde farklı görüşler ortaya atılmış olup, bizim de katıldığımız İsviçre Federal Mahkemesinin görüşüne göre, sözleşmenin genel ahlaka aykırılık sebebiyle geçersiz sayılması için sözleşmenin her iki tarafının da bu ahlaka aykırı amacı bilmesi ya da bilmelerinin gerekmesinin yanında bu amacı gerçekleştirmeyi istemeleri ve sözleşmenin temel unsurlarından biri olarak kabul etmeleri gerekir.

TBK m. 18'de düzenlenen "*soyut borç ikrarları*" yönünden ise genel ahlâk kurallarına aykırılık değerlendirilmesi yapılırken temel ilişkiye konu sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olduğu hallerde soyut borç ikrarının geçerliliği tartışmalıdır. Bizim görüşümüze göre, TBK m. 18 hükmü, sözleşme ilişkisine ait sebepten bağımsız, sadece şekli anlamda soyut bir borç ilişkisi yaratmaktadır. Bu sebeple alacaklı ister soyut borç ikrarına, isterse bu ikrara sebep temel ilişkiye dayalı hakkını talep edebilir. Alacaklı genel ahlâka aykırı olan temel ilişkiye değil, kendisini ispat yükünden kurtaran soyut borç ilişkisine dayalı borçludan ödemede

bulunmasını talep eder. Buna karşılık, eğer borçlu temel ilişkinin genel ahlâk kurallarına aykırı ve geçersiz olduğunu ispat edebilirse, borç ikrarının butlanına karar verilebilir ve bu durumda artık borç doğmayacaktır. Genel ahlâka aykırı amaç elde etmek için verilenlerin geri istenemeyeceğini düzenleyen TBK m. 81 çerçevesinde ise kanun koyucu borçlunun ifada bulunup bulunmamasına göre bir değerlendirme bulunmaktadır. Borçlu borçlandığı miktarı ödemediği takdirde genel ahlaka aykırı amaçla verildiği ispat edilen soyut borç ikrarının geçersizliği, borçlunun vadinin de geçersizliği sonucunu doğurur ve soyut borç ikrarı iptal edilir. Eğer borçlu ödemedi bulunmuşsa, genel ahlâka aykırı amaç ile yapılan bu ödemenin iadesi mümkün olmaz. Bununla birlikte soyut borç ikrarının, sebebi değil ancak *saiki* genel ahlâk kurallarına aykırı ise ve taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi genel ahlâka aykırı bir yönü açıklamıyorsa; bu durum soyut borç ikrarının geçersizliği sonucunu doğurmayacaktır.

KAYNAKÇA

- Ateş, Derya.** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık. Ankara: Turhan Kitabevi, 2007.
- Aubert, Maurice.** La répétition des prestations illicites au immorales en droit Français et dans la jurisprudence belge. Lausanne: Jaunin, 1954.
- Başpınar, Veyse.** Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı. Ankara: Banka ve Ticaret Enstitüsü Yayınları, 1998.
- Bucher, Andreas.** Personnes Physiques et Protection de la Personnalité. Bale: Helbing et Lichtenhahn, 1995.
- Deschenaux, Henri ve Steinauer, Paul-Henri.** Personnes Physiques et tutelle. Berne: Stampfli, 2001.
- De Werra, Jacques.** La Gestion Contractuelle Du Droit A L'image Des Sportif, Citius, altius, fortius. Mélanges en l'honneur de Denis Oswald. Bâle: Helbing & Lichtenhahn. 2012: 243-258.
- Du Pasquier, Silvia T.** Des Obligations Resultant d'un Contrat, Art.17, Commentaire Romand, Code des Obligations I. Genève/Bale/Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2003: 76-79.
- Engel, Pierre, Chappuis, Christine, Marchand, Sylvain ve Morin, Ariane.** L'évolution récente du droit des obligations. Lausanne: CEDIDAC, 2004.
- Engel, Pierre.** Traité des obligations en droit suisse. Berne: Staempfli, 1997.
- Eren, Fikret.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Ferrand, Frédérique.** Droit Prive allemand. Paris : Dalloz, 1997.
- Funk, Fritz.** Commentaire du code federal des obligations: Art. 1 à 530. Neuchatel: Delachaux & Niestlé, 1930.
- Gauch, Peter, Schlupe, Walter R. ve Tercier, Pierre.** Partie générale du droit des obligations. Zurich: Schulthess Verlag, 1982.
- Guelfucci-Thibierge, Catherine.** L'indépendance entre nullité et responsabilité. Paris: LGDJ, 1992.
- Guggenheim, Daniel.** Le droit suisse des Contrats, (La Conclusion Des Contrats). Genève: Georg, 1991.
- Guillod, Oliver ve Gabrielle, Steffen.** Des Obligations Resultant d'un Contrat, Art.19-20, Commentaire Romand, Code des Obligations I. Genève/Bale/Munich: Helbing&Lichtenhahn, 2003: 120-140.
- Gümüş, Mustafa Alper.** Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri. Ankara: Yetkin Yayınları, 2021.
- Hatemi, Hüseyin.** Hukuka ve Ahlakı Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı). İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.
- Heritier, Anne.** Les Pots-De-Vin. Genève: Georg, 1981.

- İnan, Ali Naim.** Borçlar Hukuku Genel Hükümleri. Ankara: AÜHF Yayınları, 1971.
- Kılıçoğlu, Ahmet.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. Ankara: Turhan Kitabevi, 2022.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip.** Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2017.
- Oğuzman, Kemal ve Turgut Öz.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. C.1. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2018.
- Oprea, Zeno.** Sur la notion de bonnes mœurs dans les obligations en droit civil Allemand. Paris : Librairie A. Rousseau, 1935.
- Öktem, İmran.** “Umumi Ev Olarak Kullanılmak Üzere Gayrimenkul Kiralanması”. İZBD, S:3 (1937): 89-103.
- Pédamon, Michel.** Le contrat en droit allemand. Paris: LGDJ, 2004.
- Postacıoğlu, İlhan.** “Genelev İşletenlerin Mal Sahiplerinin Yaptıkları Kira Sözleşmelerinin Geçerliliği, Karar incelemesi”. EHF, C:15, S:4 (1949): 1288 vd.
- Reichard, Charles F.** Etudes sur les contrats immoraux. Lausanne: thèse de l’universite, 1914.
- Ripert, Georges.** La règle morale dans les obligations civiles. Paris, LGDJ, 1949.
- Scarano, Jean-Pierre.** Dictionnaire de droit des obligations. Paris: Ellipses, 1999.
- Schneider, Albert ve Fick, Heinrich.** Commentaire du Code Fédéral des Obligations du 30 Mars 1911, Neuchâtel: Delachaux & Niestlé S.A, 1915.
- Simonius, August.** Quelques Remarques sur la Cause des Obligations en droit Suisse, Etudes de Droit Civil a la Mémoire De Henri Capitant. Paris: 1977: 753-767.
- Souchon, Christine.** Objet, Cause et Lésion du Contrat, France, Harmonisation du droit des affaires dans les pays du marché communs. sous direction Renie Rodière. Paris: Pedone, 1980.
- Sungurbey, İsmet.** “Borç İkrarı ve Borç Vaadi”. İHF, C:22, S:1-4 (1957): 167-234.
- Tandoğan, Haluk.** Notions Préliminaires a la Théorie Générale des Obligations. Genève : Georg., 1972.
- Tekinay, Selahattin Sulhi, Akman, Sermet Burcuoğlu, Haluk ve Altop, Atilla.** Borçlar Hukuku Genel Hükümler. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tercier, Pierre.** “La clausula rebus sic stantibus en droit suisse des obligations”. JdT I, (1979): 194-212. (Clausula)
- Tercier, Pierre.** “La Corruption Et Le Droit Des Contrats”. SJ II, (1999): 225-271. (Corruption)
- Tercier, Pierre.** Le droits des obligations. Genève, Zurich, Baie: Schlthess, 2004.
- Terre, Francois, Simler, Philippe ve Lequette, Yves.** Droit Civil, Les Obligations. Paris: Dalloz, 2002.
- Thévenaz, Alain.** La protection contre soi même, Etude de l’article 27 alinéa 2 CC. Berne: Stempfli Editions SA, 1997.

Tunçomağ, Kemal. Türk Borçlar Hukuku I, Genel Hükümler. İstanbul: Sermet Matbaası, 1976.

Von Tuhr, Andreas. Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı. Cilt 1-2; (Çeviren C.Edege). Ankara: Yargıtay Yayınları, 1983.

Witz, Claude. Droit Prive allemand, 1. Acte Juridiques, droit subjectif. Paris: Litec, 1992.

Yung, Walter. La théorie de l'obligation abstraite et la reconnaissance de dette non causée en droit suisse. Genève: Georg., 1930.

Zufferey-Werro, Jean Baptiste. Le Contrat Contraire aux Bonnes Mœurs. Fribourg: Editions Universitaires de Fribourg, 1988.