TALYA ŞANS UÇARYILMAZ ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZ HUKUKUNA DEK BONA FIDES İLKESİ Bilkent Üniversitesi 2018

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZ HUKUKUNA DEK *BONA FIDES* İLKESİ

THE PRINCIPLE OF *BONA FIDES* FROM ROMAN LAW TO CONTEMPORARY LAW

Doktora Tezi

TALYA ŞANS UÇARYILMAZ

HUKUK BÖLÜMÜ

İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ

ANKARA

Mayıs 2018

Sevim Çobanlı'ya…

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZ HUKUKUNA DEK *BONA FIDES* İLKESİ

THE PRINCIPLE OF *BONA FIDES* FROM ROMAN LAW TO CONTEMPORARY LAW

İhsan Doğramacı Bilkent Üniversitesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü

TALYA ŞANS UÇARYILMAZ

Özel Hukuk Disiplininde Doktora Derecesi Kazanma Yükümlülüklerinin Bir Parçasıdır

HUKUK BÖLÜMÜ

İHSAN DOĞRAMACI BİLKENT ÜNİVERSİTESİ

ANKARA

Mayıs 2018

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Cengiz Koçhisarlıoğlu
Tez Danışmanı

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. A. Nâdi Günal
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Haluk Eminoğlu
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Prof. Dr. Özlem Söğütlü Erişgin
Tez Jüri Üyesi

Bu tezi okuduğumu, kapsam ve nitelik bakımından Hukuk Doktora derecesi için yeterli bulduğumu beyan ederim.

Doç. Dr. Eşref Küçük
Tez Jüri Üyesi

Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürü'nün onayı

Prof. Dr. Halime Demirkan
Enstitü Müdürü

ÖZET

ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZ HUKUKUNA DEK *BONA FIDES* İLKESİ

Uçaryılmaz, Talya Şans

Doktora, Hukuk Bölümü

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU

Mayıs 2018

Roma medeniyetinde önemle benimsenmiş değerlerden olan *fides* (sadakat ve söze bağlılık), Roma usul hukuku uygulamaları neticesinde *bona fides* kavramına dönüşerek; hukuki bir nitelik kazanmıştır. *Iudicia bonae fidei* (iyiniyet davaları)'ye eklenen ve yargıca, ilgili tarafı dürüstlük kuralının gerektirdiklerine mahkûm etmesi olanağını vererek, gerekli hukuki esnekliği sağlayan *"ex fide bona"* kayıtları ile *exceptio doli* (hile/aldatma def'i) kurumları neticesinde gelişen *bona fides* kuralı, Roma hukukunda iyiniyet ve dürüstlük kuralını ifade etmiştir. *Bona fides*'in objektif boyutu ile dürüstlük kuralı biçiminde uygulama alanı bulduğu en önemli mecra ise, Roma'dan bu yana sözleşmeler hukuku olmuştur. Objektif anlamı ile *bona fides* ilkesinin temel ölçütleri: Sadakat, dürüstlük ve makul davranmadır. Çağdaş sözleşmeler hukukunda dürüstlük kuralı olarak karşımıza çıkan *bona fides*, sözleşmeler bakımından yorumlayıcı; tamamlayıcı; düzeltici ve borç doğurucu işlevler göstermektedir. Bu işlevleri dolayısıyla, *bona fides* kavramı, hakkın kötüye kullanılması yasağı; çelişkili davranış yasağı; *pacta sunt servanda* ve *clausula rebus*

sic standibus gibi pek çok farklı kuramın doğuşuna da kaynaklık etmiştir. *Bona fides* ilkesi, amorf yapısı ve ahlaki-etik değerlere dayanıyor olması sayesinde, farklı hukuk sistemleri arasında bir köprü görevi görmektedir. Değişen sosyo-ekonomik paradigma neticesinde uluslarüstü metinler açısından da büyük rol oynamaya başlayan *bona fides*, hukukun küreselleşmesi için ihtiyaç duyulan, ulusal hukuk kurallarının katılığını aşacak esnekliği ve hukuki dinamizmi sağlamaya elverişlidir.

Anahtar Sözcükler: *Bona fides*, Dürüstlük Kuralı, Dürüst İş Yapma, Güvenin Korunması.

ABSTRACT

THE PRINCIPLE OF *BONA FIDES* FROM ROMAN LAW TO CONTEMPORARY LAW

Uçaryılmaz,Talya Şans

Ph.D. Faculty of Law

Supervisor: Prof. Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU

May 2018

Fides (fidelity and to honor the word), one of the strictly adopted moral values in the Roman civilization, gained a legal character by being transformed to the concept of *bona fides* with the applications of Roman procedural law. *Bona fides* that is evolved by the *"ex fide bona"* clauses, which were added to *iudicia bonae fidei* (good faith suits) and provided the legal eslasticity by giving the judge the possibility to condemn the parties to the requirements of good faith, and the *exceptio doli* (the fraud exception), has expressed the good faith in its subjective and objective sense. The most important medium in which *bona fides* finds its place, has been the law of contracts. The fundamental criteria of objective *bona fides* is: Loyalty, honesty and reasonableness. *Bona fides*, the good faith rule in contemporary contract law, has interpretative; supplementary; corrective and obligation creating functions. The concept of *bona fides* is the source of many different doctrines such as the

prohibition of abuse of rights; the prohibition of the inconsistent behaviour; *pacta sunt servanda* and *clausula rebus sic standibus*. The principle of *bona fides*, is operating like a bridge between different legal systems on account of its amorphous nature and that it is based on moral-ethical values. *Bona fides* that started to play a massive role in supranational legal texts, is suitable to provide the elasticity to overcome the firmness of national legal rules and the legal dynamism that is required for the globalisation of law.

Key Words: *Bona fides,* Fair Dealing, Good Faith, The Protection of Reliance.

TEŞEKKÜR

Çok sayıda maceraya ev sahipliği yapan doktora tez yazım sürecimde, pek çok değerli insanın katkısını görmem, bir kez daha ne kadar şanslı bir insan olduğumu farketmemi sağladı. Herşeyden önce, bir parçası olmaktan gurur ve mutluluk duyduğum İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki kıymetli hocalarıma, hukuk fakültesine girdiğim günden bu yana, bana ve tüm arkadaşlarıma kattıkları değerler için bir kez daha minnettar olduğumu belirtmek isterim. Tez danışmanlığımı üstlenen İ.D. Bilkent Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı'nın değerli üyesi saygıdeğer hocam Prof. Dr. Cengiz KOÇHİSARLIOĞLU'na, her türlü soru ve sorunuma zaman ayırarak tezime bulunduğu sayısız katkı için; Prof. Dr. A. Nâdi GÜNAL'a, tez yazım sürecimde gösterdiği destek için ve öğrencisi olmaktan onur duyduğum, Prof. Dr. Haluk EMİROĞLU'na, tüm akademik hayatım boyunca bana harcadığı emek ve sağladığı sonsuz destek için teşekkür ederim. Tez savunma jürisinde yer alan sayın hocalarım Prof. Dr. Özlem SÖĞÜTLÜ ERİŞGİN, Prof. Dr. Eşref KÜÇÜK ve Prof. Dr. Kadir GÜRTEN'e de ayrıca en içten teşekkürlerimi sunarım.

İ.D. Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ndeki tüm çalışma arkadaşlarıma ve özellikle Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı'nın kıymetli üyesi Dr. Gizem ALPER'e, başa çıkmam gereken her türlü zorlukta yanımda olarak dostluğunu esirgemediği ve tezime bulunduğu değerli katkılar nedeniyle; Dr. Eric Deibel'e, tez savunmam öncesinde beni cesaretlendirmesi ve bu süreçten sonsuz keyif almamı sağlaması

nedeniyle; ve son olarak, hiçbir anımda koşulsuz sevgilerini eksik etmeyen, içinde bulunduğum her türlü zor aşamayı rahatlıkla ve mutlulukla atlatmamı sağlayan ailemin değerli üyelerine teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Öncelikle, Gözde DOĞAN'a, çocukluğumuzdan beri bana gösterdiği sabır, sağladığı destek ve sahip olduğu altın değerindeki kalbi için; her sorunumda imdadıma koşan bir süper kahraman olan Dr. Onur YORULMAZ'a, doktora sürecimin en zorlu dönemlerinde yanımda olduğu, bana gösterdiği eşi bulunmaz kardeşlik ve bana güç veren varlığı için; dayım Mehmet ÇOBANLI'ya, beni akademik hayata yönlendirdiği ve beni bugünlere getirdiği için; en önemlisi, başarımda en büyük pay sahibi olan, hakkını hiçbir zaman ödeyemeyeceğim annem, en iyi arkadaşım, Dr. Billur ÇOBANLI'ya, bulunduğu sonsuz fedakarlıklar için çok teşekkür ederim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET I
ABSTRACT III
TEŞEKKÜR V
KISALTMALAR CETVELİ XI
GİRİŞ 1
BİRİNCİ BÖLÜM: *BONA FIDES* KAVRAMI 9
I. *Fides* ve *Bona Fides* Terimleri 9
A. Antik Yunan Felsefesinde *Bona Fides* 16
B. Roma Felsefesinde *Bona Fides* 22
1. *Cicero*'nun Eserlerinde *Bona Fides* 23
2. Klasik Dönem Hukukçularına Göre *Bona Fides* 30
3. Ortaçağ *Ius Commune* Hukukçularının Eserlerinde *Bona Fides* 33
C. Doğal Hukuk Anlayışında *Bona Fides* 39
D. Çağdaş Hukuk Anlayışında *Bona Fides* 45
III. *Bona Fides*'in Diğer Kavramlarla İlişkisi 53
A. *Bona Fides* ve *Aequitas* (Hakkaniyet) 54
B. *Bona Fides* ve *Iustitia* (Adalet) 68
IV. *Bona Fides*'in İçeriği 72
A. Kavramın Objektif Açıdan Ele Alınması: Dürüstlük Kuralı 75
1. Dürüstlük Kuralı ile Ahlaka Aykırılık Arasındaki İlişki 83
2. Dürüstlük Kuralının Emredici Olup Olmadığı Sorunu 87
3. Dürüstlük Kuralı ve *Vir Bonus* İlişkisi 92
B. Kavramın Sübjektif Açıdan Ele Alınması: İyiniyet 95
C. Dürüstlük Kuralı ile İyiniyet Arasındaki İlişki 105
İKİNCİ BÖLÜM: SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA *BONA FIDES*'İN ORTAYA ÇIKIŞI 108
I. Roma Hukukunda *Bona Fides*'in Doğuşu 108
A. *Formula* Usulünün *Bona Fides* Açısından Önemi 110

1. *Iudicium Stricti Iuris* (Dar Hukuk Davası) ve *Iudicium Bonae Fidei* (İyiniyet Davası) Kavramları 120
2. *Negotium Stricti Iuris* (Dar Hukuk Sözleşmesi) ve *Negotium Bonae Fidei* (İyiniyet Sözleşmesi) Ayrımı 139
B. *Ius Gentium* ve *Ius Naturale*'nin Sözleşmelere Etkisi 144
II. *Exceptio Doli* Kavramı 157
A. Roma Hukukundaki Önemi 157
B. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı 178
1. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması 193
2. *Venire Contra Factum Proprium* (Çelişkili Davranış Yasağı) 197
ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA *BONA FIDES*'İN UYGULANMASI 206
I. Sözleşmenin Kurulması Aşamasında *Bona Fides* 206
A. Hukuki İşlemlerde *Bona Fides*'in Önemi 207
1. Hukuki İşlemlerin Geçerlilik Koşulları Bakımından 209
a. *Reservatio Mentalis* ve *Iocandi Causa* (Zihni Kayıt ve Şaka Beyanı) ... 210
b. *Simulatio* (Muvazaa) 213
c. *Error* (Yanılma) 219
2. *Condicio* (Şart) Bakımından 227
B. Sözleşme Serbestîsi ve Sözleşmelerin Rızailiği Bakımından *Bona Fides* ... 233
1. Roma Hukukunda Sözleşmeler Sistemi 239
2. Rızai Sözleşmelerin *Bona Fides*'in Gelişimine Etkisi 243
3. *Pactum*'lar Açısından *Bona Fides*'in Önemi 249
4. *Bona Fides*'ten Doğan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü 257
II. İfa Aşamasında *Bona Fides* 260
A. *Bona Fides*'e Dayanan Sözleşmelerin İfası 260
1. Fiducia (İnançlı İşlem) 262
2. Depositum (Saklama Sözleşmesi) 270
3. Mandatum (Vekâlet Sözleşmesi) 274
4. Societas (Ortaklık Sözleşmesi) 278
5. *Emptio Venditio* (Satım Sözleşmesi) 284
a. Malın Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluk 292
b. Malın Zabtı Hâlinde Ortaya Çıkan Sorumluluk 305
c. *Laesio Enormis* 311
6. *Locatio Conductio* (Kira, Eser ve İş Sözleşmeleri) 331
a. *Locatio Conductio Rei* (Kira Sözleşmesi) 332

b. *Locatio Conductio Operis* (Eser Sözleşmesi) 336
c. *Locatio Conductio Operarum* (İş Sözleşmesi) 340
7. *Stipulatio* Bakımından Bona Fides 343
B. İfa Aşamasında *Bona Fides*'in Günümüz Hukuk Düzenlerinde Genel Bir Yükümlülük Olarak Benimsenmesi Süreci 352
III. Sözleşme Sona Erdikten Sonra *Bona Fides* 363
DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZ HUKUKUNA DEK *BONA FIDES*'İN İŞLEVLERİ 372
I. *Bona Fides*'in İşlevleri 372
II. Yorumlayıcı İşlevi 372
A. Roma Hukukunda Sözleşmelerin Yorumu 374
B. Güven İlkesine Göre Sözleşmelerin Yorumu 378
III. Tamamlayıcı İşlevi 394
A. Roma Hukukunda Sözleşmelerde Boşluk Olması Hâlinde *Bona Fides*'in Önemi 395
B. Çağdaş Hukukta Sözleşmelerin Tamamlanması ve Güven İlkesi 400
IV. Düzeltici İşlevi 406
A. *Pacta Sunt Servanda* 409
B. *Clausula Rebus Sic Stantibus* 412
C. Genel İşlem Koşulları ve Haksız Şartlar 426
V. Borç Doğurucu İşlevi 434
A. *Bona Fides*'ten Doğan Yan Yükümlülükler 434
B. Taraflar Arasında Kurulan Güven İlişkisi 439
1. *Culpa in Contrahendo* 449
2. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi 469
BEŞİNCİ BÖLÜM: HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI AÇISINDAN *BONA FIDES*'İN ÖNEMİ VE BUNA İLİŞKİN ÖNERİLERİMİZ 473
I. *Bona Fides*'in Yeniden Doğuşu 473
A. Doğal Hukukun Gelişimi ve Günümüzdeki Etkisi 474
B. *Bona Fides*'in Hukuk ve Ekonomi Öğretisindeki Yeri 476
II. Hukukun Uyumlaştırılması ve *Bona Fides* 478
A. Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku Arasındaki İlişkinin *Bona Fides* Açısından Değerlendirilmesi 482
B. Amerikan Hukukunda *Bona Fides* 492
III. *Lex Mercatoria* Kapsamında *Bona Fides* 498

A. *Bona Fides*'in Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Açısından Değerlendirilmesi 508
B. UNIDROIT İlkeleri'nde *Bona Fides* 519
C. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)'nde *Bona Fides* 529
SONUÇ 534
KAYNAKÇA 544

KISALTMALAR CETVELİ

AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
A.D.	Anno Domini
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
ALI	American Law Institute
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜHFY	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
AÜSBFD	Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
Art.	Article/Artikel
ATF	Arrêts du Tribunal Fédéral
AY	Anayasa
BATİDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGE	Schweizerisches Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BK	Borçlar Kanunu
Bkz.	Bakınız
BTHAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü
c.	Cümle
C.	Cilt
C.c.	Codice Civile İtaliano
C.C.	Codigo Civil Español

C. Civ.	Le Code Civil Français
Çev.	Çeviren
CISG	The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Cod.	Codex
DCFR	Draft Common Frame of Reference
D.	Digesta
E	Esas
Ed.	Editör
Gai.	*Gaius*
GG	Grundgesetz
GÜHFD	Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
HD	Hukuk Dairesi
HGK	Hukuk Genel Kurulu
Her.	Herausgegeben von
Ibid.	Ibidem/Aynı Eser
ICC	International Chamber of Commerce/Uluslararası Ticaret Odası
İFM	İsviçre Federal Mahkemesi
Ins.	Institutiones
İÜHFY	İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları
K.	Karar
Loc. Cit.	Loco Citato/Adı Geçen Yer
MK	Türk Kanunu Medenîsi
M.Ö.	Milattan Önce
M.S.	Milattan Sonra
NWB	Niederländische Burgerlijk Wetboek
No	Numara

Nov.	Novella
Op. Cit.	Opus Citatum/Adı Geçen Eser
OR	Obligationenrecht
PECL	Principles of European Contract Law
PICC	UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts
Pr.	Principium
S.	Sayı
s.	Sayfa
S.C.	Senatus Consultum
SGA	Sale of Goods Act
StGB	Strafgesetzbuch
SÜHFD	Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
TBK	Türk Borçlar Kanunu
TKHK	Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	Türk Medenî Kanunu
Tr.	Translated by
TTK	Türk Ticaret Kanunu
UCC	Uniform Commercial Code
ULFIS	Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods
ULIS	Uniform Law of the International Sale of Goods
UNCITRAL	Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu
UWG	Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb
Vol.	Volume
WTO	World Trade Organisation
Yrg	Yargıtay
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZSS	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschicht

GİRİŞ

"bona fides est primum mobile ac spiritus vivificantis commercii"

"Bona fides, ticareti harekete geçiren güç ve ona yaşam veren ruhtur"

Casaregi[1]

"Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek *Bona Fides* İlkesi" başlıklı bu tezin konusunu, Roma hukukunda doğmuş olup, Roma hukukunun iktibası neticesinde, çağdaş hukuk sistemlerince benimsenen *bona fides*'in, Türk hukuku başta olmak üzere, farklı ülke özel hukuklarında nasıl ele alındığı ile ulusal hukuklarda karşılaşılan farklı uygulamaların temelini Roma hukukunda bulan hangi faktörlerden kaynaklanabileceği sorununa yönelik yapılacak olan inceleme oluşturmaktadır. Böyle bir konunun incelenmesi, *bona fides*'in tarihi ve felsefi kökenlerinin tespit edilmesini; bu ilkenin objektif ve sübjektif açıdan ele alınmasını; bu doğrultuda iyiniyet ve dürüstlük kuralı arasındaki ilişkinin irdelenmesini; bunların birlikte değerlendirilmesini ve dürüstlük kuralının işlevlerinin incelenmesini gerektirmektedir.

Hukuk, *Gaius* tarafından yapılmış olup *Institutiones* sisteminin çatısını oluşturan ayırıma göre, *ius quod ad personas pertinet* (insanlara ilişkin hukuk), *ius quod ad res pertinet* (mallara ilişkin hukuk) ve *ius quod ad actiones pertinet* (davalara ilişkin hukuk) olmak üzere üç kısımda ele alınabilir. Bu anlamda, tezin konusunu *ius quod*

[1] **Meyer, R.:** Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition, Göttingen: Wallstein Verlag, 5. Band, 1994, s. 62.

ad res pertinet yani mallara ilişkin hukukun oluşturması, *bona fides* ilkesinin uygulamalarının incelenmesi bakımından faydalı ve uygun görülmüştür.
Öte yandan, mallara ilişkin hukuk bakımından da konunun sınırlandırılması ihtiyacı doğmaktadır. Bu nedenle, ilgili çalışmada özellikle sözleşmeler hukuku çerçevesinde *bona fides*'in rolünün incelenmesi planlanmıştır. Zira *bona fides* ilkesinin en verimli olduğu alan karşılaştırmalı medeni hukuk açısından sözleşmeler hukuku olmaktadır. Bu alanda söz konusu ilke, beraberinde pek çok temel hukuk kuralını getirmiş ve özellikle uluslararası metinler ile gitgide önem kazanmaya başlamıştır.

Bona fides, Roma hukukundan bu yana hukukun ayrılmaz bir parçası olmuş etik ilkelerdendir. *Hugo Grotius*'un ilk olarak 1625 yılında dile getirdiği, ancak kökeni *Aristoteles*'e dayanan düşünceye göre "iyiniyet kavramı yok olduğu takdirde kişiler arasındaki tüm etkileşimler var olmayı kesecektir."[2] Yaklaşık yarım asır önce söylenmiş bu cümle, günümüzde önemini kaybetmemiştir. Roma hukukunun iktibasının devamında ulusal kodifikasyonlarda yer alan doğal hukuk etkisi, etik değerlerin önemini hep canlı tutmuş; toplumsal barış ve uyumu sağlamak adına bu değerler, pozitif hukukun da önemli bir parçası olarak kabul edilmiştir.

Öte yandan, son yıllarda küreselleşmenin ve ekonomik paradigmanın değişmesinin etkisi ile, hukukun ulusallığı da giderek daha az keskin hale gelmekte, özellikle uluslararası antlaşmalar ve "kanunlaştırmalar" ile getirilen küresel hukuk kuralları ile değişen bu ihtiyaçlara cevap vermek amaçlanmaktadır. Bu gelişmeler doğrultusunda Kıt'a Avrupası hukuk sistemi bazında da adeta yeni bir Avrupa sözleşme hukuku oluşturma denemeleri yapılmaktadır. Bu çerçevede, *bona fides* kavramının Avrupa

[2]**O'Connor, J. F.:**Good Faith in International Law, Brookfield: Dartmouth Publishing Company Limited, 1991, s. 56.

sözleşme hukukunun özü mü, yoksa birden fazla hukuk sisteminde bulunan ve diğer ulusal hukuklara da sirayet etmesi yapay olarak arzulanan bir kavram mı olduğu sorununa açıklık getirilmesi gerekmektedir. Çalışmanın konusunun "Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek *Bona Fides* İlkesi" olarak belirlenmesinin altında yatan sebeplerden en önemlisi, böylesi bir toplumsal yapıda *bona fides*'in gitgide daha çok önem kazanacağı ve bu anlamda etik ilkelerin pozitif hukuktaki yerlerinin daha da sağlamlaşacağına dair kurulan savdır.

Bona fides, esas olarak günümüzdeki iyiniyet ve dürüstlük kuralı kavramlarını bünyesinde barındıran geniş bir kavramdır. Çalışmanın kapsamı bakımından ifade ettiği anlam ise, dürüstlük kuralı ekseninde yoğunlaşmaktadır. Bununla beraber, çalışmada dilimizdeki anlamı ile dürüstlük kuralı yerine Latince *"bona fides"* terimi kullanılmış olup, bunun nedeni ise, *bona fides*'in gerek Kıt'a Avrupası gerekse Anglo-Amerikan hukuk sisteminde kimi zaman farklı kurumlar adı altında yer alan evrensel ve teknik bir kavramı ifade ediyor oluşudur.

Öte yandan, *bona fides*'in ahlaki bir standart mı, yoksa *de lege feranda* hukuk ilkesi mi olduğu özellikle Alman ve Fransız öğretisinde sıkça tartışılmaktadır. Özellikle adalet ve hakkaniyet ilkeleri ile yakından ilişkili olan bu kavram, Roma hukukunda tanıdığı koruma yolları ile hakkaniyetin sağlanmasına hizmet etmiş olan *praetor*'ların uygulamaları ile somutlaştırılmıştır. *Bona fides*'in sabit bir anlamı mevcut değildir. Zira bu kavramın sınırları keskin olmayıp adeta amorf bir yapıya sahiptir.[3] Sayısız çağdaş hukuk sisteminde yer alan böylesi bir kavramın, sınırları belirgin bir tanımının olmayışı, bu kavramın yerine getirdiği işlevleri de

[3] **Juenger, F. K.:***Listening To Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts*, Tulane Law Review, C. 69, Yıl: 1995, s. 1253-1258, s. 1254.

etkilemektedir. Bu nedenle, tezin ilk bölümünde, muğlak olan bu ilkenin tanımlanması amaçlanmıştır. Zira, *bona fides* ilkesinin kavramsal olarak anlaşılabilmesi için öncelikle bu ilkenin terim olarak ne ifade ettiği belirlenmelidir. Bu tanımlama ise felsefi ve tarihsel bir incelemeyi gerektirmektedir.

Bona fides'in gereği gibi incelenmesi için, öncelikle kavramın doğuşu ve geçirdiği evrimler ele alınmalıdır. Romalılar, *"fides"* kavramına diğer kavimlerden daha fazla önem vermiş ve bu kavrama hukuklarında geniş bir yer ayırmışlardır. Keza, *"bona fides"* ifadesi esasında totolojik bir kavram olduğundan, içinde barındırdığı anlamın da kavramın tarihsel kökeni dikkate alınarak tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, tezin kapsamında, Roma hukukundan salt tarihsel amaçlardan ziyade, bugün *bona fides*'in günümüzdeki anlamını araştırmak ve gelecekte bu evrensel etik ilkenin hukuk dünyasında sahip olacağı önem hakkında öngörülerde bulunmak adına adeta bir ışık kaynağı olarak yararlanılması hedeflenmiştir. Nitekim, etik ilkeler sosyal ve tarihsel şartlar değiştikçe değişime uğramakta; öte yandan, bunların özleri ise değişmeden günümüze taşınmaktadır. Tez kapsamında, genel norm niteliği taşıyan bir *bona fides* kuralının esasında kodifiye edilmiş hukukun değişen sosyal ve ekonomik değerlere ayak uydurmasını sağlayacak yegâne araç olduğu savunulmaktadır.

Günümüzde evrensel bir ilke niteliğinde olan *bona fides* incelenirken, *bona fides* terimi tanımlandıktan sonra, ilkenin kapsamının netleştirilmesi de gerekmektedir. *Bona fides*'in objektif ve sübjektif olmak üzere iki farklı açıdan ele alınması, çeşitli hukuk sistemlerinde rastlanılan bir durumdur. Bu anlamda, çoğu çağdaş hukuk sisteminde kavramın objektif görüntüsü, sözleşmesel ilişkilerde etik davranılmasının

sağlanması ve sözleşme özgürlüğü ilkesi nedeniyle ortaya çıkabilecek hakkaniyete aykırılıkların giderilmesi amacını taşımaktadır. Öte yandan, ilkenin sübjektif görüntüsü ise görünüşteki duruma olan haklı güvenin korunmasını sağlamaya yöneliktir.[4] Tez çalışmamız kapsamında *bona fides* objektif anlamı ile ele alınmaktadır.

Tezin konusunun *bona fides* olarak seçilmesinin bir diğer nedeni ise, Roma hukukundan gelen ve çağdaş hukuk sistemlerini şekillendiren pek çok yavru kuramın esasında bu ilkeye dayanmasıdır.[5] Keza, Roma hukukunun asırlarca yaşamasının yanında, modern hukukların güncelliklerini kaybetmemeleri de esasında bu etik ilkenin varlığına dayandırılabilmektedir.[6] Roma hukukunda söze bağlılık yani *bona fides* ilkesinin uygulamalarının göze çarptığı ilk alan sözleşmeler hukukudur. Bu nedenle, tezin kapsamı belirlenirken özellikle mallara ilişkin hukuka dair olarak sözleşmelerin üzerinde durulması amaçlanmıştır.

Bona fides, sözleşmeler hukukuna hâkim olan, sözleşmelerin kurulması; ifası ve ifası sonrasında gözetilen ve hukuk etiğine atıf yapan bir ilkedir. Roma usul hukukunda doğup gelişen bu ilke, günümüzde sözleşmelerin yorumlanması, tamamlanması ve düzeltilmesi bakımından önem taşıdığı gibi; belirli hâllerde, borç doğurucu bir özellik de göstermektedir. Romanist *bona fides* kavramının bir diğer özelliği ise, farklı hukuk sistemlerince benimsenmiş oluşudur. Yaygın inanışın aksine, sadece Kıt'a Avrupası hukuk sistemi değil, Anglo-Amerikan hukuk sistemi de *bona fides*'e

[4]**Söllner, A.:***Bona Fides: Guter Glaube*, ZSS, Romantische Abteilung, S. 122, s.1-61, s. 2.
[5]**Schulz, F.(çev. Belgin Erdoğmuş):** *Roma Hukuku'nun Prensiplerinden Sadakat,* İÜHFD, C. 48, S. 1-4, Yıl: 1995, s. 380-398, (Sadakat), s. 391.
[6]**Schermaier, M. J.:***Bona Fides in Roman Contract Law,* (ed. Zimmermann, R. ve Whittaker, S.) "Good Faith in European Contract Law," Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 63-93, (Contract Law) s. 92

sözleşmeler hukukunda büyük önem vermektedir. 1776'da Lord Mansfield, bu ilkenin tüm sözleşmelere hâkim olan ve hepsine uygulanan bir prensip olduğunu belirtmiştir. İngiliz ve Amerikan mahkemelerinde, özü itibariyle *bona fides* ile aynı fonksiyona hizmet eden çeşitli araçlar kullanılmaktadır.[7]

Bona fides, sadece ulusal hukuk düzenleri bakımından değil, küresel dünyada *lex mercatoria* araçları için de büyük önem taşımakta ve *lex mercatoria*'nın temel ilkeleri arasında sayılmaktadır. Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi/*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG), bir diğer adıyla Viyana Satım Sözleşmesi, açıkça *bona fides* ilkesini sözleşmeler hukukunun ana ilkelerinden kabul etmemekle beraber; *Principles of European Contract Law*/Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL), *bona fides*'i sözleşme hukukunun temel prensiplerinden birisi olarak düzenlemektedir. Keza, *lex mercatoria*'nın en önemli kaynaklarından *UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts*/UNIDROIT ilkeleri de, *bona fides*'i açıkça düzenlemektedir.

Her ne kadar, Roma hukukunda doğmuş ve içeriği gelişmiş olsa da, *bona fides* prensibi günümüzde gerek kamu hukuku, gerekse özel hukuk alanında karşımıza çıkan bir kavramdır. Özellikle sözleşmeler hukukunda, bu evrensel etik ilkeye verilen önem daha da artmıştır.[8] Gelecekte ise, küreselleşmenin ve dünyanın içinde bulunduğu ekonomik paradigmanın etkisi nedeniyle, adeta zorunlu hale gelen hukuk

[7]Bkz. *Carter v. Boehm* (1766) 3 Burr. 1905. (97 E.R. 1162), **Looschelders, D. ve Olzen, D. (ed. Looschelders, D., Olzen, D. ve Schiemann, G.):**J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch II, Einleitung zum Schuldrecht, § 241-243 (Treu und Glauben), Berlin: Sellier de Gruyter, 2015, § 242, No: 62.

[8]**Hürlimann-Kaup, B. ve Schmid, J.:**Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Basel: Schultess, 2. Auflage, 2010, s. 73.

kurallarının uyumlaştırılması ve Kıt'a Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukuku'nun birbirine yaklaştırılması çalışmalarının hızla artacağı öngörülmektedir.

Bu çalışmalarda ihtiyaç duyulacak mekanizmalardan birisi de, *bona fides* olacaktır. Bu nedenle bu kavramın tarihsel bir süreç içinde ele alınması, bu incelemenin ana noktasını ise, günümüzde kavramın uluslararası arenada kazandığı önem ile gelecekte ne gibi işlevler taşıyabileceğine yönelik bir değerlendirmenin oluşturması gerekliliği doğmuştur. Türk öğretisinde bu konuda daha önce yapılmış kapsamlı bir çalışmanın olmayışı, tezin konusunun "Roma Hukukundan Günümüz Hukukuna Dek *Bona Fides* İlkesi" olarak seçilmesinde ve bahsedilen şekilde planlama yapılmasında etkili olmuştur.

Tez yazımı esnasında, "tarihsel" ve "betimsel" araştırma yöntemleri birlikte izlenmiştir. Mallara ilişkin hukukta *bona fides* ilkesinin uygulama alanı bulduğu hususların, özellikle bu uygulamaların kuramsal nedenleri araştırılarak; tarihsel bir perspektif ile ele alınması amaçlanmıştır. Bu bağlamda, *bona fides* ilkesinin Roma hukukundaki doğuş sebepleri ile ilkenin cevap verdiği ihtiyaçlar, tarihsel bir yöntem izlenerek tespit edilmeye çalışılmıştır. Ayrıca, farklı ülke uygulamalarının incelenmesi bakımından, konuların ortak tarihsel bir zemine oturtularak beraberce ele alınması ve ulusal hukuklardaki farklı uygulamalar arasında bağlantı kurularak ilerlenmesi gerekmiştir.

Yapılan tarihsel incelemenin ışık tuttuğu noktaların farklı hukuk düzenlerindeki yansımaları, betimsel bir araştırma yöntemi izlenerek araştırılmıştır. Bu çerçevede, Roma hukukundan günümüze kadar gelen *bona fides* ilkesinin farklı hukuk

sistemlerindeki uygulamaları, ağırlıklı olarak tümdengelim yöntemi esas alınarak incelenmiş ve bu ilkenin gelecekteki uluslararası uygulama alanına dair bilimsel bir değerlendirmeye ulaşılmaya çalışılmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM: *BONA FIDES* KAVRAMI

I. *Fides* ve *Bona Fides* Terimleri

"Bona Fides" ifadesi, Latince iyi anlamına gelen *"bona"* ve sadakat anlamına gelen *"fides"* kelimelerinden oluşmaktadır. Bir Romalı'ya devletini diğer devletlerden ayırt eden olgu sorulduğunda, çoğunlukla bunun cevabı, Tanrılara saygıyı ifade eden *pietas* olmuştur.[9] Kişiler arasındaki ilişkilerde ise *pietas*, *fides* biçimini almış ve borçlara, özellikle de sözleşmelere sadakat anlamında kullanılmıştır.[10] Romanist düzenin ahlaki temeli olan *fides*, laik bir kavram değildir.[11] *Fides*, Roma medeniyetinde sadakat, inanç ve dürüstlük tanrıçasını sembolize etmekte olup, *Titus Livius*[12]'a göre insanların sağ elinde yaşadığına inanılmıştır.[13] *Fides*'in insanların sağ elleri ile ilişkilendirilmesinin nedeni ise, sağ elin önemli jest ve hareketleri yapması ile yine, sağ elin gizli tutulabilmesi olarak açıklanmaktadır.[14]

Fides sözcüğünün etnolojisi, dini karakterine bağlıdır. Aslında bu tanrıça *tacitum in pectore numen,* yani insanın iç dünyasındaki sadakat erdemini simgelemektedir.[15] *Fides*, dini bayram ve törenlerde sıklıkla anılmış soyut bir Tanrısal varlık olup,

[9]**Boyancé, P.:***Les Romains, Peuple de la Fides*, Bulletin de l'Associatiın Guillaume Budé, Lettres d'Humanité, S. 23, Yıl: 1964, s. 419-435, s. 419.
[10]**Ibid.**
[11]**Mommsen, T.:**Römische Geschichte, 1. Band, Berlin: Weidmannsche, 2. Auflage, 1856, s. 153, s. 209, **Freyburger, G.:**Fides. Étude Sémantique et Religieuse Depuis les Origines jusqu'à l'Époque Augustéenne, Paris: Les Belles Lettres, Collection d'Études Anciennes. Antiquité Latine, No: 35, s. 99.
[12]Roma'nın ilk asırlarına dair bilgilere *Titus Livius*'un edebî eserlerinde rastlanılmaktadır. Öte yandan, daha sonraki dönemde, Stoisist düşünce de *fides* anlayışını etkilemiştir. **Boyancé.** Op. Cit. s. 431.
[13]Roma'da organların ve uzuvların Tanrısal varlıklarla ilişkili olduklarına inanılmıştır. Örneğin, *Memoria* kulak, *Genius* ise alın ile bağlantılandırılmıştır. **Boyancé.** Op. Cit. s. 425.
[14]**Ibid.,** s. 426
[15]**Freyburger.** Op. Cit. s. 228 vd.

Roma'da bulunan Capitol tepesinde 1. Pön Savaşı[16] esnasında, M.Ö. 242 yılında inşa edilmiş bir tapınağı ve destekçileri olmuştur.[17] Roma dininde, erdemlerin büyük Tanrısal varlıklardan türediğine inanılmış; *Fides*'in de *Jupiter*'den doğduğu düşünülmüştür.[18] *Fides*'in *Jupiter* ile anılması aslında, Roma medeniyetinde ne kadar saygın olduğunun da bir göstergesidir.[19] Keza, diğer Tanrıların da *fides*'i koruduğu düşünülmektedir. İnsanlarda bulunan ruhun, Tanrının yansıması olduğu Platonik fikrine paralel olarak, *Fides*'in de *Jupiter*'in yansıması olduğuna inanılmıştır.[20] Roma dinine göre *Fides*, insanların içinde taşıdığı Tanrıdır. Öte yandan, *Fides*'in pre-Romanist döneme dayandığını söyleyen tarihçiler de mevcuttur.[21]

Fides'in önem taşıdığı alanlar: Savaşlar, uluslararası ilişkiler ve devlet içi özel ilişkiler olarak sayılmaktadır.[22] Roma'da benimsenmiş olan *fides* kavramı, sadece dürüstlüğü ifade etmemiştir. Aynı zamanda cesaret ve devlete bağlılık gibi erdemleri de içine alan bu kavram, kamu hukuku bakımından da büyük önem taşımıştır. *Fides* bahsinin işlendiği; günümüze gelen en önemli kanıtlar arasında, Yunan şair *Polibios*'un eserleri sayılabilir.[23] Özellikle, 2. Pön Savaşı'na[24] dair yazdıklarıyla

[16]1. Pön Savaşı, M.Ö. 264-241 yılları arasında; batı Akdeniz'de Roma ve Kartaca devletleri arasında gerçekleşmiştir. **Dorey, T.A.** ve **Dudley, D.R.:**Rome Against Chartage, New York: Doubleday, 1971.
[17]**Boyancé.** Op. Cit. s. 423.
[18]**Mattingly, H.:***The Roman 'Virtues'*, The Harvard Theological Review, C. 30, S.2, Yıl: 1937, s. 103-117, s.106.
[19]*Jupiter*, Yunan mitolojisinde *Zeus*'un karşılığı olup gökyüzünün Tanrısı olarak anılmakta ve baş Tanrı olarak kabul edilmektedir. **Orlin, E.M.:**Temples, Religion anf Politics in the Roman Republic, Boston: Brill Academic Publishers, 2002, s. 62.
[20]**Boyancé**. Op. Cit. s. 435.
[21]**Ibid.,** s. 425.
[22]**Freyburger.** Loc. Cit.
[23]Yaklaşık M.Ö. 208 yılında, Peleponezya (Mora)'da bulunan Megalopolis kentinde doğmuş olan *Polibios*, Akalar için diplomatlık yapmış ve Roma ile ittifak kurmak istemiştir. 168-151 yılları arasında Roma'da esir düşen *Polibios*, daha sonra Romalıların güvenini kazanarak Yunan ve Roma devletleri arasında arabuluculuk yapmış, Kartaca ile olan son savaşta önemli rol oynamış ve 146 sonrası Romalılar tarafından Yunan devletinin idaresi konusunda güvenilir bir kişi haline gelmiştir. **Wallbank, F.:**Polybius, Rome and the Hellenistic World, Essays and Reflections, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, s. 243 vd.
[24]Hanibal Savaşı olarak da bilinen 2. Pön Savaşı, MÖ 218 - MÖ 201 yılları arasında Roma ve Kartaca devletleri arasında batı ve doğu Akdeniz'de gerçekleşmiştir. **Dorey** v**e Dudley.** Op. Cit.

günümüze ışık tutan *Polibios*, Büyük İskender sonrası Hellenistik dönemde yaşananların tanığı olarak, Yunan ve Roma'da benimsenmiş *fides* algılarını karşılaştırmış ve eserlerinde sıklıkla *fides*'in önemine değinmiştir.[25] Özellikle, M.Ö. 3. yüzyılda *fides*'in önemi artmış olup, bu Tanrısal varlığın savaşlarda Romalıları koruduğuna inanılmıştır.[26] Romalıların, diğer devletlere karşı ahlaki üstünlüklerini *pietas*'a dayanan *fides* sağlamıştır.[27] 1. Pön Savaşı esnasında, Sirakuza kralı Hiero, *fides*'in Romalıların sadece dilinde olduğunu belirtse de, daha sonraki dönemlerde Roma ile ittifak yapmış ve Romanist *fides*'i yüceltmiştir.[28]

Fides sözcüğü ile aynı köke sahip olan *foedus* sözcüğü de, Roma'da halklar arasında yapılan ikili anlaşmaları ifade etmiş olup, bu anlaşmalar, sözleşen taraflar arasında barışçıl ilişkiler kurmayı hedeflemiştir.[29] Roma'da genellikle, *iustum bellum* (adil savaş) sonrasında böylesi bir *foedus* akdedilmesi tercih edilmiş, *fides publica* ise barışı ifade etmiştir.[30] Zira *fides*, içeriğinde açık ya da zımni bir pakt barındırmakta olup, hem Roma'da hem uluslararası hukuk, hem de özel hukuk ilişkilerinde önem taşımıştır. *Fides* ve buna bağlı olarak verilen sözler, ahlaki; siyasi ve dinî ilişkileri garanti altına almıştır. Romalılar, Tanrıların verilen sözlerin yerine getirilmesini sağlamak için ilişkilere müdahale ettikleri evrensel bir düzen getirmişlerdir.[31] Bu

[25]**Polybius (çev. Paton, W.R.):**The Histories, Cambridge: Loeb Classical Library Edition, I, (Books 1-2), 1922, s.21 vd.
[26]M.Ö 280-275 yılları arasında gerçekleşen Pirus savaşında, *fides*'in korunmasına sıklıkla başvurulmuştur. **Bradford, A.S.:**War: Antiquity and Its Legacy, New York: I.B. Tauris, 2014, s. 39 vd.
[27]**Boyancé.** Op. Cit. s. 421.
[28]**Monier, R.:**Manuel Élémentaire de Droit Romain, Tome I, Paris: Domat Montchrestien, 1947, (Tome I), s. 41, **Boyancé.** Op. Cit. s. 433.
[29]**Umur, Z.:**Roma Hukuku Lügatı, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1975, (Lügat), s. 75, **Burdese, A.:**Manuale di Diritto Privato Romano, Torino: UTET, 1969, s. 24, **Gallo, F.:***Bona Fides E Ius Gentium*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 115-153, (Ius Gentium), s. 131.
[30]**Boyancé.** Op. Cit. s. 428, **Gallo**. Loc. Cit.
[31]**Ibid.,** s. 429-430.

çerçevede haklı menfaatin ihlali de, eski devirlerde dahi hem toplumlar arası, hem de kişiler arası ilişkiler bakımından göz önünde tutulan *fides*'e aykırılık olarak adlandırılmıştır.[32] Bu sebeple *fides,* özellikle Roma'da egemenliğe dayalı ilişkilerde rol oynamıştır. Bunlara örnek olarak ise, özellikle *patronus-client* arası ilişkiler ya da *tutela* (vesayet) verilebilmektedir.[33] Roma'nın krallık döneminde, yeminle güçlendirilmiş bir vaadi yerine getirmemenin cezası, Tanrılara kurban edilmek olmuştur. Bundan dolayı *fides,* borcun kaynağı olarak görülmeye başlanmıştır.[34]

Fides, geçirdiği tarihsel evrim neticesinde ise, özellikle ticari ilişkiler bakımından hukuki boyuta taşınmış; teknik ve hukuki bir kurum olan *bona fides*'i doğurmuştur.[35] Yunan ve Roma medeniyetlerinde önemli *virtus* (erdem)'lardan sayılan *fides,* adaletin sağlanmasına hizmet etmiştir.[36] Verilen sözün tutulması, üstlenilen sorumlulukların kendiliğinden yerine getirilmesi ve kendisine güvenilen kişinin bu güvene uygun hareket etmesi anlamına gelen *fides Romana* da, yine *bona fides*'i ifade etmiştir.[37] *Fides*'in hukuki boyutunu edinmesinde, *praetor peregrinus* (yabancılar *praetor*'u)'un önemi de büyüktür.[38] *Bona fides*'e ilk olarak, *Cato*'nun *De Agricultura* eserinde rastlanmakta olup, bu eserde kavram, dürüstlük anlamında

[32]**Kofanov, L.:***Il Carattere Religioso-Giuridicio della Fides Romana Nei Secoli V-III A.C. sull'Interpretazione di Polibio 6-56, 6-15,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 333-345, s. 342, **Severino, E.:**La Buona Fede Sui Fondamenti della Morale, Milano: Bur Saggi, 2008, s. 26.
[33]**Kaser, M., Knütel, R. ve ve Lohsse, S.:**Römisches Privatrecht, 21. Auflage, München: C.H. Beck, 2017, s. 72, **Kunkel, W.:***Fides als Schöpferisches Element im Römischen Schuldrecht*, Festschrift Paul Koschaker, Band II, Weimar: Böhleau, 1939, s. 1-15, **Söğütlü Erişgin, Ö.:**Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016, s. 69.
[34]**Ibid.**
[35]**Boyancé.** Op. Cit. s. 435.
[36]**Severino.** Op. Cit. s. 21.
[37]**Umur.** Lügat. s. 74.
[38]**Söğütlü Erişgin**. Op. Cit. s. 70.

kullanılmıştır.[39] Keza, *fides* öncelikle dürüst bir insanın sahip olduğu sadakat erdemini ifade etmiş, daha sonra dürüst davranışları karşılamaya başlamış, en sonunda ise hukuki bir anlam edinmiştir.[40] *Fides*'in en önemli özelliği ise, hem objektif hem de sübjektif bir yapı teşkil etmesidir.[41] Zira *fides*, sübjektif olarak tarafların içsel dünyasına ilişkin bir kavram olmasına karşılık; sözleşmeler hukuku alanında objektif olarak ele alınmaktadır. Bu sayede *fides*, evrimleşerek çağımızın dürüstlük kuralının temelini oluşturmuştur.

İlk olarak M.Ö. 2 ve 3. yüzyıl basılı kaynaklarında rastlanılan *bona fides*, Roma hukuku pratiğinde kullanılmadan önce, onur ve bilinç anlamında gündelik dile yerleşmiştir.[42] Bu açıdan bu kurum, durumun gerçeğe uygunluğu ve gerçekleştirilmesi gereken davranışları ifade etmiştir.[43] Üçüncü aşamada ise *bona fides*, özel hukuk ilişkilerinde iyiniyet, doğruluk, dürüstlük, sadakat ve söze bağlılık erdemlerini karşılamaya başlamıştır.[44] Bir diğer deyişle, post-klasik dönemin sonlarında dahi, terk edilmeyerek önemini koruyan *bona fides*, ortak dilin hukuka yansımasının bir ürünü olmuştur.[45] Özellikle Katolik kilisesi bakımından çok önemsenen *bona fides*, Tanrı'nın içinde de var olan ve insanlığı daha iyiye taşıyacak

[39]**Cato.** *De Agricultura.* 14.3

[40]**Cardilli, R.:***La Buona Fede come Principio di Diritto dei Contratti: Diritto Romano e America Latina,*(ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 283-367, (Buona Fede), s. 322.

[41]**Gallo.** Ius Gentium. s. 132.

[42]**Kunkel.** Op. Cit. s. 7.

[43]**Dajczak, W.:***La Liberta di Applicazione della Clausola Generale della Buona Fede: Osservazioni Sulla Prospettiva Del Diritto Romano*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 409-429, (Buona Fede), s. 416.

[44]**Boyancé.** Op. Cit. s. 426, **Severino.** Op. Cit. s. 49.

[45]*Ins.*4.6.30 buna örnek olarak gösterilmektedir. **Bonfante, P.:** Essenza della Buona Fede in Scritti Giuridici Vari, III, Obligazioni, Communione e Possesso, Torino: 1926, s. 745, **Garbarino, P.:***Brevi Osservazioni in Tema di Azioni di Buona Fede in Diritto Giustinianeo,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 191-202, s. 202.

erdemlerin başında görülmüş, bu felsefi düşünce de, hukukun şekillenmesine etkide bulunmuştur.[46]

Fides'i karşılayan erdemler, sadece Roma medeniyetinde değil, antik çağlardan bu yana pek çok farklı kültür tarafından da benimsenmiştir. Bünyesinde iyiniyet ve dürüstlük kuralını barındıran *bona fides*'in gelişimi, tarih öncesi çağlara dayanmaktadır. İnsanların asgari bir sosyal düzen içerisinde yaşayabilmeleri için, yine asgari ölçüde yardımlaşmaya ihtiyaçları vardır. Herhangi bir kişi grubuna dâhil olmak, beraberinde çeşitli yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin ifasının mecburiyetini getirir. Burada kullanılan yükümlülük ya da borç kavramı, esasında bir kişinin karşısındakine güvenmesini, karşı tarafın ise kendisine güvenilen konuda bu güvene uygun şekilde hareket etmesini ifade etmektedir.[47] Roma'dan bu yana *bona fides*, verilen sözlerin tutulacağının garantisidir.[48] Öte yandan, unutulmamalıdır ki; *bona fides*'in öngördüğü dürüstlük ölçütü dostlar arası değil, rakipler arası dürüstlüktür.[49]

Roma kültüründe belirli bir biçimde davranma gereğinin çeşitli sebepleri mevcut olmuş; bunlar ise Yunan felsefesinin etkileri, dinî emirlerin gereği ve toplumsal dışlanmadan kaçınma arzusu olarak sayılmıştır.[50] Öte yandan, bu sebepler dahi evrenseldir. *Bona fides*, içeriği itibariyle salt batılı bir tarihi kökene sahip olmayıp; farklı isimler almakla beraber doğu felsefesinde de yer alan temel değerlerdendir.

[46]**Severino.** Op. Cit. s. 25, s. 53.
[47]**O'Connor.** Op. Cit. s. 5-6.
[48]**Boyancé.** Loc. Cit.
[49]**Rabello, M, A.:***Buona Fede e Responsabilità Precontrattuale Nel Diritto Israeliano alla Luce del Diritto Comparato*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 125-228, s. 144.
[50]**Severino.** Op. Cit. s. 49.

Eski Hint kültürü uyarınca, Romanist *bona fides*,*"dharma"* kavramının içeriğine dâhil olarak kabul edilmiştir. Dilimizde *dharma* kavramının tüm anlamlarını kapsayan bir sözcük bulunmamakla beraber, "görev", "borç" ya da "uygun davranış" karşılıkları bu anlamda ele alınabilecektir.[51] Eski Çin kültüründe ise, dürüstlük; doğruluk ve iyiniyet, Konfüçyanizm ile ilişkilendirilmektedir. Japon kaynaklarında, Budizm ve Konfüçyanizm'den etkilenmiş olan Prens Shotoku'ya göre, kişisel ahlak ve iyi davranış değerlerinin doğrunun kökeni olduğu vurgulanmaktadır.[52] *Bona fides*'i karşılayan çeşitli kavramların Musevi, Hıristiyan ve İslam felsefesinde de mevcut olduğu görülebilir.[53] Her ne kadar, teknik ve hukuki bir anlam taşıması nedeniyle kökeni olan Roma hukuku çerçevesinde incelenmekte olsa da, *bona fides* pek çok kültürde yer bulduğundan evrensel bir genel ilke olarak değerlendirilmelidir.

II. *Bona Fides*'in Hukuk Anlayışı Açısından Değerlendirilmesi

Roma hukuk tarihinde *bona fides'*in gelişiminin, bu kavramın usul hukukuna dayanması ile sosyal değerlerin bu kavram yardımı ile hukuk düzenine alınması olmak üzere, iki açıdan değerlendirilebileceği savunulmaktadır.[54] Sosyal ve etik değerlerin hukuk düzenine geçişini incelemek için ise, *bona fides*'in hukuk felsefesinde nasıl ele alınmış olduğunu görmek gerekmektedir. *Bona fides,* kökenini Antik Yunan ve Roma felsefesinde bulmaktadır. Bu anlamda ilk olarak Antik Yunan, daha sonra ise Roma felsefesinde benimsenmiş olan *bona fides* anlayışlarının incelenmesi faydalı görülmektedi

[51]**Raghaven,V.:**Sources of Indian Tradition, Vol: I, New York: Columbia University Press, 1988, s. 217.
[52]**Chan, W.:**Sources of Chinese Tradition, Vol: I, New York: Columbia University Press, 1960, s. 32.
[53]**Köse, S:***Hukuk Mu Ahlak Mı?:İslam Noktaı Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme,* İslam Araştırmaları Dergisi, S. 17, Yıl: 2011, s. 15-50, s. 35.
[54]**Oğuz, A.:***Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Lex Mercatoria-Unidroit İlkeleri'nin Niteliği,* AÜHFD, C. 50, S. 3, Yıl: 2011, s. 11-53, (Unidroit), s. 15.

A. Antik Yunan Felsefesinde *Bona Fides*

Öğretide, uluslar ve bireyler arası söz verme ve sözünü tutma geleneği bakımından, Akalara ve Hititlere dayanan ve daha sonra Mısır, Yunan, Kartaca ve Roma modellerine taşınan bir terminoloji birliği olduğu kabul edilmektedir. Keza, anlaşmaların *bona fides* yani iyiniyet ve dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılması gerektiği konusunda da, fikir birliği mevcut olmuştur.[55] Bu nedenle, Antik Yunan felsefesinde *bona fide*s'in taşıdığı yer, Roma medeniyeti açısından da önem taşımaktadır. Nitekim, Roma medeniyeti özellikle felsefe ve retorik alanlarında, çok daha eski ve kuvvetli bir geçmişe sahip olan Yunan kültüründen etkilenmiştir.[56]

Antik Yunan felsefesi incelendiğinde, önemli kavramların büyük çoğunluğunun mitolojik olarak ifade bulduğu gözlemlenmektedir. Antik Yunan felsefesinde bu açıdan önem taşıyan kavramlardan birisi, Yunan mitolojisinde adalet tanrıçasını da ifade eden, *diké* kavramıdır.[57] *Diké* de, *bona fides* gibi salt ahlaki bir kavram olmayıp; içerisinde ahlakiliği barındıran hukuki bir kavramdır.[58] Öte yandan, ahlakilik de 5. yüzyılda Sofistler ile geliştirilmeye başlanmış olup, daha sonra *Platon* ve *Aristoteles* tarafından tam olarak incelenmiştir.[59] Bu nedenle, ilk dönemler için ahlakilik ya da hukukilik olgularını birbirine karıştırmak mümkündür.

[55]**Sommerstein, A.H. ve Bayliss, A.J.:**Oath and State in Ancient Greece, Berlin : De Gruyter, 2012, s. 150.
[56]**Karagöz, H.:**Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul: XII Levha Yayınevi, 2010, s. 33.
[57]**von Lübtow, U.:***De Iustitia Et Iure*, ZSS, Romantische Abteilung, S. 108, Yıl: 1948, s. 458-565, s. 557, **Gagarin, M.:***Diké in the Works and Days*,Classical Philology, C. 88, S. 2, Yıl: 1973, s. 81-94, s. 81.
[58]**Gagarin, M.:***Diké in Archaic Greek Thought*, Classical Philology, C. 69, S. 3, Yıl: 1974, s. 186-197, s. 187.
[59]**von Lübtow.** Op. Cit. s. 494.

Yunan şair *Hesoidos,*[60] *Erga kai Hēmerai* (İşler ve Günler) adlı eserinde, *diké*'ye sıklıkla değinmiş ve *diké*'nin insani ve dini boyutlarının yanı sıra, hukuki ve ahlaki boyutlarını da irdelemiştir.[61] Öte yandan, *Heraklitos*[62] ise *diké*'yi kozmik bir güç olarak ele almıştır.[63] *Heraklitos*'a göre, bu tanrıça yalanlar ve yalancı şahitliklere karşı iyiniyet ve dürüstlüğü korumaktadır. Buna göre *diké*, evrensel doğal bir düzeni temsil etmektedir.[64]*Bona fides*, *Heraklitos*'un duyguların karşılığı olarak kullandığı ve erdemlerin en yücesi olarak görülen *lógos* kavramı ile de ilişkilidir. Nitekim, *lógos* kişilerin doğru düşünmelerini, doğru söylemelerini ve doğru davranmalarını sağlamaktadır. [65]

Diké, özellikle *iustitia* (adalet) ile ilişkili olup, bu ilişkisi bakımından, *bona fides*'i dolaylı olarak etkilemiştir. *Diké* ve adaleti simgeleyen *themis*, Yunan mitolojisinde ana-kız iki tanrıçayı ifade etmektedir.[66] *Homeros*'un eserlerinde de, *diké* ve adalet tanrıçası *themis*'in toplumun taleplerine hizmet ettiği ve bu figürlerin savunduğu değerlerin, insanları hayvanların mertebesinden ayıran özellikler olduğu belirtilmektedir. Keza, Homerik şiirler[67] incelendiğinde aslında somut varlıklar olan *diké* ve *themis*'in, soyut ahlaki ve etik kavramlar olarak kullanılmaya başlandığı dikkati çekmektedir.[68] Bu düşünceye göre, *Homeros* ve *Hesiodos diké*'yi, adil olma

[60]*Heisodos*, M.Ö.750-650 yılları civarında yaşamış olan Yunanlı şairdir. Şairin en önemli eseri "İşler ve Günler" sekizyüz den fazla satır içeren bir şiir olup, bu eserin, ekonomik düşüncenin ilham perisi olduğuna inanılmaktadır.
[61]**Orhan, Ö.:***Homeros ve Hesiodos'da Adalet Kavramının Kökenleri ve Platon'a Yansımaları*, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 13, Yıl: 2012, s. 11-38, s. 20.
[62]*Heraklistos*, M.Ö.553-475 yılları arasında Efes'te yaşamıştır.
[63]**Gagarin**. Op. Cit. s. 188.
[64]**Ibid.,** s. 193.
[65]**Severino.** Op. Cit. s. 70.
[66]**Orhan.** Op. Cit. s. 13.
[67]Bu bağlamda, özellikle M.Ö. 8. yüzyılda *Homero*s tarafından yazıldığı düşünülen *İlyada* ve *Odysseia* destanları önem taşımaktadır.
[68]**Dickie, M,W.:***Diké as a Moral Term in Homer and Hesiod,* Classical Philology, C. 73, S. 2, Yıl: 1978, s. 91-101. s. 91.

ve hileden kaçınma, doğruluk ve dürüstlük anlamında kullanmıştır.[69] *Demosthenes*'in[70] yazdıklarından günümüze gelenler incelendiğinde de, Atinalı yurttaşlar arasında, bir kimsenin yalancı şahitlik, adaletsizlik ve dürüstlüğe aykırı davranışları ile asla güç sahibi olamayacağının altının çizildiği görülmektedir.[71]

Antik Yunan'da iyiniyet ya da dürüstlük kuralı anlayışını kavrayabilmek adına, çalışmaları önem taşıyan bir başka düşünür ise *Sokrates* ve onun öğrencisi *Platon* olmuştur. *Platon*'a göre adalet erdemine sahip olan ve adil bir kişiden beklenen şekilde davranan bir şahıs, ihanet ya da borcunu ödememe erdemlerini sergilemez. Dürüstlük kuralına aykırı bu davranışlar, aynı zamanda toplumda adaletsizliğin göstergesi olmuştur.[72]*Bona fides,* çoğunlukla *Platon*'un epistemolojik çalışmalarında yer almış olup, düşünüre göre iyi olana ait bilgi, akıl ile kavranabilmektedir. *Platon,* iyinin ideasının adaletten de önce geldiğini savunmuştur.[73] Bu çerçevede *bona fides* de, aklın bir ürünü olarak görülmektedir. Yine, *bona fides* ile beraber sınırları bulanık bir başka kavram olan hakkaniyet de Antik Yunan'da önem taşımıştır. Platoncu felsefeyi benimsemiş olan *Plutarkhos, bona fides*; hakkaniyet ve adaletin sıklıkla altını çizmiştir.[74]

Yine, *Aristoteles*'in eserleri incelendiğinde de, dürüstlük kuralının önemli ölçüde yer kapladığı göze çarpmaktadır. Bu kavramın, özellikle Yunan felsefesi ve retorik bağlamında, karşılıklı güven ilişkisi çerçevesinde güçlü tarafa yükletilen zayıf tarafı

[69]**Dickie.** Op. Cit. s. 92.
[70]*Demosthenes*, M.Ö. 384-322 yılları arasında yaşamış olan Atina'lı politikacıdır.
[71]**Sommerstein ve Bayliss.** Op. Cit. s. 280.
[72]**Orhan**. Op. Cit. s. 28, Ayrıca bkz. **Platon**. *Politeia.* 442e4-443b6.
[73]**Ibid.,** s. 29. Ayrıca bkz. **Platon**. *Politeia*. 504d.
[74]Bkz. **Plutarchos**. *Agesilaus.* 28, 1-2.

koruma ve aldatmama zorunluluğunun kökeni olduğu eserlerde belirtilmektedir.[75] Öğretide, bu kavramın başta *Aristoteles* olmak üzere, çoğunlukla Yunan filozofların düşünceleri çerçevesinde, önce Yunan, sonra ise Roma toplumunca benimsendiği ve Roma hukukunun ayrılmaz bir parçası olduğu konusunda görüş birliği bulunmaktadır.[76] Bir diğer deyişle, Aristo felsefesi Roma hukukunu doğrudan etkilemiştir.[77]

Aristoteles, Platon ve diğer Atinalı filozoflarca bilinen ve ölçülülük anlamında ele alınan *epieikeia* kavramını dürüstlük, adilane davranmak ve hakkaniyet kavramlarıyla ilişkilendirmiştir.[78] Öte yandan, *epieikeia* kavramının felsefi bir kavram olup, hukuki nitelik taşımadığı da unutulmamalıdır. *Aristoteles*, genel ve soyut karakterlerine rağmen, kanunların genel bir çerçeve altında toplanamayan olaylara uygulanamayacağını savunmuştur. Dahası, yasamanın doğası gereği bazı sınırlamalara tabi olduğu ve belirsizlikleri beraberinde getirdiği düşünüldüğünde, hâkimin olaylara yaklaşımının çok dikkatli olması gerektiği ve kanunun katı bir şekilde uygulanmasının ötesinde bir muhakeme yapması gerektiği de, bu dönemde ortaya atılmıştır.[79] Bu muhakemenin yapılmasını sağlayan araçlardan birisi ise *bona fides* olmuştur.

Aristoteles, özellikle sözleşmeler bakımından gözetilmesi gereken *bona fides* ilkesini ele almıştır. Buna göre, sözleşmelerde amaçlanan değiş tokuş, uygulanan

[75]**Kremalis, D.:***Good Faith in Greek Employment Law*, Comparative Labour Law and Policy Journal, C. 32, Yıl: 2010-2011, s. 630-662, s. 631.
[76]**Coing, H.:***Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des Römischen Rechts*, ZSS, Romantische Abteilung, S. 36, Yıl: 1952, s. 24-58, s. 26, **Kremalis.** Loc. Cit.
[77]Öte yandan, *Karagöz*, Yunan felsefesinin Roma hukukuna etkisini kabul etmekle beraber; *Schulz*'un aksine, bu etkinin Roma hukukunun orijinal yapısını değiştirecek fazlalıkta olmadığını savunmaktadır. **Karagöz.** Op. Cit. s. 34.
[78]**Hamburger, M.:**Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory, New York: Biblo and Tannen, 1965, s. 93, **Coing.** Op. Cit. s. 44 vd.
[79]**Kremalis**, Op. Cit. s. 632.

denkleştirici adaletin bir yansımasıdır. Dağıtıcı adalet *(iustitia distributiva)*, her bir bireyin toplum tarafından sunulan ve paylaşılması gereken onur ya da zenginlik bütününden adil bir pay almasını ifade ederken; denkleştirici adalet *(iustitia commutativa)* ise tarafların münferit paylarını garantiye almaktadır.[80] Bir diğer deyişle, her bir tarafın aldığının karşılığında bir şey vermesi gerekmiş olup, bu ise *bona fides* ilkesinden doğmuştur.[81] *Aristoteles*'in üzerinde durduğu bir başka husus da, sözü tutmanın erdemi olmuştur. Düşünüre göre, sözünü tutmayan insan düşünceleri ile sözleri uyuşmayan bir yalancı gibidir.[82]

Helenistik felsefi akımlar arasında, *bona fides* bakımından en çok önem taşıyanlardan bir tanesi de stoisizmdir. Bilindiği üzere, *bona fides* kavramını açıklamak adına farklı kavramlardan da bahsedilmekte olup, bunlardan adalet ve hakkaniyet, özellikle Stoacı filozofların sonraki dönem eserlerinde geniş yer tutmuştur.[83] Öte yandan, Stoacı okul mensupları, *Aristoteles*'in *epieikeia* kavramını eleştirmiş ve bilge bir insanın zaten adil olacağını ve hakkaniyete ihtiyacı kalmayacağını savunmuşlardır.[84] Yine de *epieikeia* kavramı, bilge olmayan insanlar için gerekli bir erdem olarak görülebilmiştir.[85] Keza, inanç, sadakat ya da söze bağlılık anlamında kullanılan *fides*, cumhuriyet döneminin ortalarından itibaren dinî karakterinden arınıp laikleşmeye başlamış, bunda ise Stoacı felsefe etkili olmuştur.[86] Toplumsal çıkarları, bireysel çıkarlara üstün tutan stoacı felsefeye göre *bona fides*,

[80]**Aristoteles.** *Ethica Nicomachea.* 5.2, **Honsell, H.:**Römisches Recht, Salzburg: Springer, 8. Auflage, 2015, s. 19, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 531.
[81]**Gordley, J.:***Good Faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune,* (ed. Zimmermann, R. ve Whittaker, S.) "Good Faith in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 93-118, (Medieval Law), s. 106.
[82]Bkz. **Aristoteles.** *Ethica Nicomachea*.4.7.
[83]**Karagöz.** Op. Cit. s. 42.
[84]**Rist, J.M.:**The Stoics, California: California University Press, 1978, s. 267.
[85]**Kremalis.** Loc. Cit.
[86]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 69.

insanların birbirlerine duydukları karşılıklı güven ve dayanışma ilkesidir.[87] Özellikle M.Ö. 1 ve 2. yüzyıllarda Roma hukuku uygulamasını etkisi altına alan bu ilke, taşıdığı söz konusu işlevlerle en büyük güç olarak adlandırılmaya başlanmıştır.[88] Keza, *Villey* de *bona fides*'in stoisist bir anlam taşıdığını vurgulamaktadır.[89] Terminolojik açıdan farklı kavramlarla ele alınmış olsa da, iyiniyet, Antik Yunan'ın klasik çağında mevcut olmuş çoğu hukuki ilkenin temelini oluşturmuştur. Bu hususta kanunların geriye yürümezliğinden, zımni irade beyanlarıyla sözleşmelerin kurulması ve ifa edilmesi zorunluluğuna uzanan geniş bir yelpaze söz konusudur. Yunancada *kali pisti* olarak adlandırılan iyiniyet, esasında ahlaki bir emir olarak doğmuştur. Esasında Yunan *pistis* anlayışı, Romanist *fides*'i şekillendirmiş olup, *bona fides'*in gelişimine katkı sağlamıştır.[90] Buna karşılık *pistis, fides*'e nazaran dostluk ile daha çok ilgilidir.[91] İyiniyet, *christa ithi* de denilen adil ahlak ile *synallaktika ithi* olarak isimlendirilen iş etiği ve genel örf ve adeti de içerisinde barındırmaktadır. *Christa ithi*, toplumsal etik bağlamında özünde ahlaki bir emir olarak görülmüş; tüm bu etik ilkelerin ihlalleri ise, sosyal disiplini bozduğundan arzu edilmeyen davranış modelleri olarak değerlendirilmiştir.[92]

Aristoteles'in eserleri, *bona fides* kavramının sadece etik boyutunu değil, pratik yani uygulamasal boyutuna da ışık tutmuştur. *Arisoteles*'in *Physica*, *Metaphysica, Ethica*,

[87]Stoacı okul, Atina'lı *Zenon* tarafından kurulmuş olup, felsefenin amacı olarak bireysel mutluluğu hedeflemiş; ancak bunun erdemler vasıtasıyla toplumsal mutlululuğun sağlanmasıyla bulunacağını kabul etmiştir. Helenistik düşünce hareketlerinden olan bu okula göre, mutluluk doğuştan gelen etkilere ya da kaderle ilgili değildir; bilakis, kişilerin kendi ellerindedir. **Hirsch, E.(çev. Veziroğlu, S.B.):** Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara: BTHAE, 3. Tıpkı Basım, 2001, s. 185.

[88]**Oğuz.** Unidroit. s. 19.

[89]**Villey, M.:**La Formation de la Pensée Juridique Moderne: Cours d'Histoire et de la Philosophie du Droit, Paris: Montchrétier, 1975, (Pensée Juridique), s.66.

[90]**Martini, R.:***Fides E Pistis in Materia Contrattuale*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 439-449, s. 440.

[91]**Ibid.,** 448.

[92]**Villey.** Pensée Juridique. s. 633.

Politica eserlerinde yer alan kavrmların çoğu Roma sözleşmeler hukukunu büyük ölçüde etkilemiş, daha sonra *glossator*'lar tarafından şematize edilerek günümüzdeki halini almıştır.[93] Bu eserler özellikle 12. yüzyıl sonu ile 13. yüzyıl başında batı dünyasında ses getirmiş, hem ahlak felsefesi, hem de hukuk bakımından önemli bir evrime yol açmışlardır.[94]

B. Roma Felsefesinde *Bona Fides*

Romanist bir kavram olan *bona fides*, yasalarda bulunan sert ve katı hükümlerin yanında ortaya çıkmış olup, esasında çeşitli hukuk dışı değer yargılarına dayanmaktadır. Bu çerçevede, bir kişinin verdiği söz ile bağlı olması anlamına gelen *fides* olgusuna dayanan *bona fides*'in, öncelerde dinsel daha sonra ise geleneksel nitelik taşıdığı tahmin edilmektedir. Geleneksel nitelik taşımaya başladığından itibaren ise bu ilke, sözleşmeler hukuku açısından önem kazanmıştır.[95] Romalı filozofların eserleri, özellikle *fides*'in dinsel nitelik taşıdığı dönemler bakımından günümüze ışık tutmaktadır. Daha sonraları ise *fides*, dinsel ve geleneksel temelleri üzerinde yükselerek ayrı bir değer yargısı halini almış ve böylelikle de *bona fides* kavramına ulaşılmıştır.[96] Zira, Roma hukukunun kaynağı adetler olup, *bona fides* ilkesi de sosyal bir temel taşımaktadır.[97]

[93]**Hausmaninger, H.ve Selb, D.:**Römisches Privatrecht, Wien: Böhlau, 9. Auflage, 2001, s. 169, s. 56, **Gordley**. Medieval Law. s. 104, **Coing.** Op. Cit. s. 26.
[94]**Gordley.** Op. Cit. s. 106.
[95]**Monier.** Tome I. s. 28, s. 48, No: 12, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 12, **Oğuz**. Unidroit. s. 16.
[96]**Oğuz.** Unidroit. Loc. Cit.
[97]**Monier.** Op. Cit. s. 29.

1. *Cicero*'nun Eserlerinde *Bona Fides*

Romalı düşünürler arasında, *bona fides* üzerine yoğunlaşmış olan ve eserleri günümüze kadar ulaşan en önemli filozof, *Marcus Tullius Cicero*[98] olmuştur. Pratik ve içtihadi noktaları biraraya getirmekte çok iyi olan *Cicero*'nun eserleri, *bona fides* kavramının önemini de yine uygulamasal boyutta ele almaktadır. Bu nedenle *bona fides*'in anlaşılabilmesi için, *Cicero*'nun metinleri incelenmelidir. *Aristoteles*'in *epieikeia* kavramını adaletten üstün tutmasına paralel olarak, *Cicero* da *bona fides*'i her türlü hukuki iletişimin ön şartını ifade eden adaletin temeli, bir diğer deyişle *fundamentum iustitiae* olarak görmüştür.[99] Bu durum, *Cicero*'nun *De Officiis* (Görevler Üzerine) adlı eserinin 1.23. paragrafında göze çarpmaktadır:

> *"Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuipiam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem. Sed iniustitiae genera duo sunt, unum eorum, qui inferunt, alterum eorum, qui ab is, quibus infertur, si possunt, non propulsant iniuriam."*[100]

> "Adaletin temeli, verilen sözlere ve yapılan anlaşmalara sadakati ifade eden *fides* ve *veritas* (gerçeklik)'tır. Stoacılar, etimolojik olarak *fides*'in *fiat* sözcüğünden türediğini öne sürmüşlerdir. Zira, sözünü tutan kişinin söz vermiş oldukları "yapılacaktır." Bu etimoloji filolojik

[98] *Cicero*, MÖ 106 - MÖ 43 tarihleri arasında yaşamıştır.
[99] **Schermaier.** Contract Law. s. 78.
[100] Bkz. **Cicero.** *De Officiis.* 1. 23.

olarak doğru olmasa da, *fides*'in sadece inanç ya da güvenden ziyade hareketlerle gösterilebileceğini yansıtmaktadır.*"*

Bu metin değerlendirildiğinde, *Cicero*'ya göre sözün tutulmasını gerektiren hususların, *fides* (sadakat) ve *veritas* (gerçeklik) olduğu anlaşılmaktadır.[101] Bu çerçevede *Cicero*'nun parmak bastığı nokta, kuşkusuz güvene dayalı ilişkilerdir.[102] *Fides*, güven ilişkileri bakımından spesifik bir davranış yükümlülüğü getirmekte olup, bu davranış modeli ise, toplumun etik değerlerine ve sosyal algısına dayanmaktadır. Buna göre, durum ya da toplum değişirse, yükümlülüğün kapsamı da değişecektir.

Metnin bir başka önemi ise, doğal hukuk bakış açısıyla *fides*'i ele almasında yatar.[103] *Cicero*, *fides*'i *firma opinio* (katı bir fikir) olarak ele almıştır.[104] Bir başka değişle, *fides*'e ilişkin algı değişkenlik göstermez. Roma vatandaşları için, iyi davranmak anlamına gelen *bene agere* her zaman çok önemli olmuştur. *Bene agere*, aslında *inter partes* işlemlerde basiretli, özenli ve iyi bir adam yani *bonus vir*[105] olarak davranmayı ifade etmiş; sosyal ve hukuki ilişkilerde karşı tarafın korunmaya değer menfaatlerinin korunması ve onlara saygı duyulmasını gerektirmiştir.[106] *Cicero*'nun metinlerinden de, *bene agere*'nin hileli davranışın kavramsal zıttı olarak anlaşılması gerektiği çıkarımı yapılabilmektedir.

---

[101]**Schermaier.** Contract Law. s. 89, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 502, **Waldstein, W.:***Entscheidungsgrundlagen der Römischen Juristen*, (ed. Temporini, H.) "Aufstieg und Niedergang der RömischenWelt", Teil 2, Band 15, Berlin: De Grutyer, 1976, s. 3-100, s. 73.
[102]**Söllner.** Op. Cit. s. 3.
[103]**Waldstein.** Op. Cit. s. 72.
[104]**Söllner.** Op. Cit. s. 8.
[105]**De Buján, F.:** *De Los Arbitria Bonae Fidei Pretorios A Los Iudicia Bonae Fidei Civiles*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 31-59, s. 45.
[106]**Schermaier.** Op. Cit. s 82.

Cicero, *bona fides*'in felsefi anlamı ile hukuki anlamı arasında ayrım yapılması gerektiğini de belirtmiş olup, hukuki anlamda *bona fides* ilkesini, rızai sözleşmelerle sınırlı tutarak açıklamıştır. Bu hususta düşünür tarafından, hâkimin takdirine bırakılan durumlar hataya açık olarak nitelendirilmiştir. Buna göre *bona fides*, Roma hukukunu *ius strictum* yani katı hukuk kurallarına körü körüne bağlılıktan kurtaran pratik bir ilke görevi görmektedir. Düşünüre göre, katı şekilciliğin yerini ticari hayatın gelişmesiyle daha esnek kurallara bırakması bir bakıma *bona fides* ilkesi ile mümkün olmuştur.[107]

Cicero, *fides*'den çeşitli metinlerinde bahsetmiştir. Bazı metinlerinde ise *fides*'in adeta *bona fides* kavramı yerine kullanıldığı göze çarpmaktadır. *De Officiis* 3. 104 uyarınca:

> *"...Sed in iure iurando non qui metus, sed quae vis sit, debet intellegi. Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate, quasi deo teste promiseris, id tenendum est. Iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet"*
>
> "…bir söz tutarken bize düşen, sadece *metus* (korkutma) hâlinde bir kimsenin neden korkabileceğini değil, aynı zamanda bu yükümlülüğün neden kaynaklandığını göz önünde tutmaktır. Bir söz (yemin) dini kutsallıkla desteklenmiş bir güvencedir. Verilmiş resmi bir söz ise, tıpkı kişinin şahidi olan Tanrı'nın önünde verilmiş gibi kutsal olarak tutulur. Bu sorun artık tanrıların gazabını değil, ki zaten

[107]**Bauman, R. A.:**Lawyers in Roman Transitional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic and Triumvirate, München: C.H. Beck, 1985, s. 9.

böyle bir şey yoktur, ancak adalet ve sadakat yükümlülüklerini ilgilendirir."

Kimi zaman, bu metinde mevcut olan *fides* olgusunun sözleşmeler hukuku anlamında sadakat kavramından farklı gözüktüğü ileri sürülmektedir.[108] Öte yandan, metnin Latincesinde *bona fides* yerine *fides*'den bahsedilmesine karşılık; burada *fides* kavramının dini değil, etik bir nitelik taşıdığı belirtilebilir. Keza, etik kavramlar teknik kavramlara dönüşmekte olup, bunun en önemli örneği *bona fides*'tir.[109] Metin uyarınca bahsedilen "verilen sözlerin tutulması" ifadesi, esasında dinsel nitelik taşımayı bırakarak toplumsal bir özellik kazanmıştır. Bu nedenle bu metnin de sözleşmeler hukuku çerçevesinde *bona fides* algısından çok uzak olmadığı düşünülmektedir.

Fides, Roma hukukundaki pek çok yükümlülüğün temeli olarak görülmektedir. Örneğin, bir kimsenin ona tabi olanları koruma ve kollama yükümlülüğü mevcut olmuş, bu durum da *Cicero*'nun kullandığı anlamda *fides*'e[110] işaret etmiştir. Bu yükümlülük, sözleşmelerde yer alan sadakat yükümlülüğüne paralel olup, bağlayıcılığı sözün verilmesi ile gerçekleşmiştir.[111] Buna göre sözleşmeler hukukunun temeli *fides* kavramıdır. Nitekim, taraflar verdikleri sözler ile bir sözleşme ilişkisi içerisine girmekte ve kendilerini sözleri ile bağlamaktadırlar. Bir başka görüşe göre ise, *fides*'in güven ve güvenilirlik olmak üzere iki anlamı

[108] **Schermaier.** Contract Law. s. 78.
[109] **Severino.** Op. Cit. s. 47.
[110] *Cicero*'nun eserleri ele alındığında, *fides* kavramının pek çok başka anlamda kullanıldığı da göze çarpmaktadır. Örneğin, uluslararası hukukta Roma egemenliğine girmek *deditio in fidem* olarak adlandırılmıştır. Bu ifadeye uluslararası antlaşmalarda ve uluslararası ilişkileri düzenleyen belgelerde rastlanılmakta olup, bu bağlamda *fides*, sözüne sadık olma anlamını taşımaktadır. Keza, bu belgelerin çoğu Roma mitolojisindeki *fides* yani sadakat tanrıçasına adanmış ve bu belgelerin bir kısmı tapınaklarda tutulmuştur.
[111] **Schermaier.** Op. Cit. s. 79.

mevcuttur. Bunlardan birisi aktif, birisi de pasif anlam taşımaktadır. Pasif anlam ise sözü tutmayı ve karşı taraf hakkında düşünceli davranmayı gerektirmektedir.[112]

Cicero, *bona fides*'den türeyen her hükmün devamlı olarak *bona fides* standardı ile test edilmesi gerektiğini de savunmuş olup, aksi hâlde bu hükümlerin katı ve adaletsiz hale geleceğine vurgu yapmıştır.[113] Bu açıdan, *Cicero*'nun *bona fides* kavramına hakkaniyetin bir ifadesi olarak yaklaştığı da belirtilmektedir.[114] *Cicero*, *bona fides*'i hile kavramının karşıtı olarak da kullanmıştır. Düşünür, *De Officiis* adlı eserinde *"ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione"*[115] yani "iyi insanlardan olanlar iyi ve hileden uzak davranmalıdır" diyerek; *vir bonus*'un özelliklerinden birinin altını çizmiştir.[116] *Cicero*'ya göre *vir bonus* (iyi insan), karşı taraf karşısında avantaj kazanmak için onu aldatmayanı ifade etmektedir.[117] Yine aynı eserde, *"ita nec ut emat melius nec ut vendat quidquam simulabit, aut dissimulabit vir bonus"*[118] sözleriyle, iyi insanın kendisi açısından daha avantajlı olması için aldığı ya da sattığı şeylerle ilgili olarak belirli hususların varlığını ya da yokluğunu gizlemeyeceği; bir diğer deyişle, *bona fides*'e aykırı davranmayacağı belirtilmektedir.

Bu anlamda *Cicero*'nun *bona fides* kavramına bakışı, Yunan filozoflarının aksine pür teorik bir algı olmaktan çok, günlük hayata ve özellikle de hukuki sorunlara etki eder

[112]Esasında, bu düalizmin özel hukukta da mevcut olduğu söylenebilir. Nitekim, Alman hukukunda yer alan *Treu und Glauben* kavramı da, aktif ve pasif anlamlar içermekte ve bir bütün olarak değerlendirilmektedir. **Ibid.**
[113]Bkz. **Cicero.** *De Officiis.* 3, 67.
[114]**Schermaier.** Contract Law. s. 69.
[115]Bkz**. Cicero.** *De Officiis.* 3. 70.
[116]*Vir bonus* hakkında bkz. Birinci Bölüm- IV-A-3, **Falcone, G.:***La Formula "Ut Inter Bonos Bene Agier Oportet et Sine Fraudatione E La Nozione di "Vir Bonus"*, Fundamina, C. 20, Yıl: 2014, s. 258-279, s. 258.
[117]**Cardilli, R.:**Bona Fides Tra Storia E Sistema, Torino: Giappichelli, 3. Edizione, 2014, (Bona Fides), s. 12.
[118]Bkz. **Cicero.** *De Officiis.* 3, 61.

niteliktedir. Bütün bunlarla beraber, *Cicero*'nun eserleri incelendiğinde dahi, *bona fides*'in spesifik bir formüle ya da spesifik kuralları olan hukuki bir kuruma indirgenmesi mümkün olmayacaktır.[119]

Cicero'nun *bona fides* ile ilgili olarak rastlanılan hukuki metinlerinden en önemlisi ise, *Epistulae ad Atticum* (Atticus'a Mektuplar)[120] eserinde bulunmaktadır.[121]*Ad Atticum* VI.1.15 uyarınca:

> *"de Bibuli edicto nihil novi praeter illam exceptionem de qua tu ad me scripseras nimis gravi praeiudicio in ordinem nostrum.' ego tamen habeo isodunamousan sed tectiorem ex Q. Muci P. L edicto Asiatico, EXTRA QVAM SI ITA NEGOTIVM GESTVM EST VT EO STARI NON OPORTEAT EX FIDE BONA, multaque sum secutus Scaevolae, in iis illud in quo sibi libertatem censent Graeci datam, ut Graeci inter se disceptent suis legibus. breve autem edictum est propter hanc meam diairesin quod duobus generibus edicendum putavi. quorum unum est provinciale in quo est de rationibus civitatum, de aere alieno, de usura, de syngraphis, in eodem omnia de publicanis; alterum, quod sine edicto satis commode transigi non potest, de hereditatum possessionibus, de bonis possidendis, vendendis, magistris faciendis, quae ex edicto et postulari et fieri solent. Tertium de reliquo iure dicundo agraphon reliqui. dixi me de eo genere mea decreta ad edicta urbana accommodaturum.*

[119]**Schermaier.** Contract Law. s. 70.
[120]M.Ö. 68-44 yılları arasında yazıldığı düşünülen eser, on altı kitaptan oluşmuştur.
[121]**Cardilli.** Bona Fides. s. 31.

itaque curo et satis facio adhuc omnibus. Graeci vero exsultant quod peregrinis iudicibus utuntur…"

"*Bibulus*'un[122] *edictum*'u[123] uyarınca, mektubunda söylediğin 'aşırı katılıkla düzenimize yansıdığı' dışında yeni bir şey yok. Oysa benim, kendi eş kuvvetteki *edictum*'umda da bir hüküm var ki; bu daha az açık ifade edilmiş hükme (*Publius*'un oğlu *Q. Mucius*'un Asyatik *edictum*'undan alınmış) göre "yapılmış anlaşmanın *bona fides*'i sağlamadığı söylenemez." *Scaevola*'yı pek çok husus bakımından takip ettim, -Yunanların özgürlük fermanı olarak gördükleri de dâhil olmak üzere- Yunanlar birbirleri arasındaki çelişkileri kendi kanunlarına göre giderirler. Ama benim *edictum*'um bölümleme yöntemim nedeniyle kısaldı, bunun iki başlık altında yayınlanmaya değer olduğunu düşündüm; ilk olarak bir eyalette şehirlerin muhasebeleri, borç, faiz oranı, sözleşmeler, *publicani* hakkında tüm düzenlemeler ile ilgili olarak münhasıran uygulanabilir. Diğerleri ise, bir *edictum* olmadan uygun biçimde düzenlenemeyecek olan da dâhil olmak üzere, teamül gereği mahkeme önüne çıkarılan ve *edictum*'a göre karar verilen miras, *bonorum possessio*, satış ve *magistra*'nın faaliyetleridir. Üçüncü bir ayırım, yargısal işlerin kalan bölümünü içerir ki, ben bunları yazmadım. Bu tür işler konusunda kararlarımı Roma'da verilenlere uygun vermem gerektiğini belirttim. Ben de böyle yapıyor ve

[122]Bahsedilen kişi, Romalı politikacı *Calpurnius Bibulus* olup, *Bibulus*, özellikle Suriye eyaleti ile ilgili olarak çıkardığı *edictum*'da *bona fides*'ten bahsetmiştir. **Cardilli.** Bona Fides. s. 33.
[123]*Edictum, imperium* sahibi magistraların kendi yetki çevrelerindeki kararlarını halka duyurmalarını ifade etmektedir. **Umur.** Lügat. s. 63.

herkesi tatmin ediyorum. Yunanlarsa, Romalı olmayan yargıçları olduğundan daha coşkuludurlar…."

Bu metinde *Cicero, bona fides*'i hukuki anlamda kullanmış olup, bu açıdan *Scaevola*'nın *edictum*'una atıf yapmıştır. Söz konusu metnin önemi ise, *bona fides*'in anlaşmalar bakımından esas alınacağına açıkça değinilmesidir. Metne göre, *bona fides*'in gözetilmesi, bir anlaşmanın gereklerinin yerine getirilmesinin *conditio sine quo non*'udur.

2. Klasik Dönem Hukukçularına Göre *Bona Fides*

Roma'da *fides* kavramı, hukuki hayatta *bona fides* olarak somutlaşmış, yani maddi olarak belirlilik kazanmıştır. *Bona fides*'in bu evrimi ise çeşitli etkiler neticesinde gerçekleşmiş olup, bunlardan ilki kavramın ahlaki değerlere dayanıyor oluşudur.[124] Nitekim, Roma tarihinde düşünürler, *bona fides* ile *boni mores* (iyi ahlak) kavramlarını bir arada kullanmışlardır.[125] Adilane davranmak ve dürüstlük gibi çeşitli hukuki ilkeler de bu kavramlardan türemiş ve gelişmiştir.[126] Roma'da *Pontifex Maximus* yani dönemin en büyük din adamı olan *Quintus Mucius Scaevola*, *bona fides*'i *"summa vis"*, bir diğer ifade ile en büyük güç olarak nitelendirmiş; bu anlamda *bona fides* ise, kişinin çevresine karşı dürüst ve vefalı olması anlamına evirilmiştir.[127] *Scaevola*'nın eserleri incelendiğinde, "güven" ve "dürüstlük"

[124]Dürüstlük kuralı ile ahlaka aykırılık kavramlarının ilişkisi için bkz. I. Bölüm-IV-1.
[125]Roma hukukunda, *boni mores* ya da *bona fides*'e dayanan işlemler ayrıca kategorize edilerek; *negotia bonae fidei* olarak ele alınmıştır. Bkz. II. Bölüm-I-2.
[126]**Kremalis.** Loc. Cit.
[127]**Oğuz.** Unidroit. Loc. Cit.

kavramlarının esas olduğu dava *formula*'larının en yüksek güce sahip olduğu anlaşılmaktadır.[128]

Roma hukukunun katı şekil kurallarıyla bezeli yapısı, değer yargılarına dayalı adalet anlayışına olan ihtiyacı artırmıştır. Zira, yapısal hukuk anlayışı, hakların kesin olarak belirlenmiş hukuki koşulların yerine getirilmesi ile ileri sürülmesini ifade ederken; değer yargısı içeren hukuk anlayışı ise, doğaları gereği kesin olarak tanımının yapılamayacağı, muğlak hukuki ilkelere dayanmaktadır. Bu ilkelerden en önemlisi ise *bona fides*'dir.[129] Roma hukukunun bu yönde gelişmesinin nedeni başta şekli hukuka odaklanan *Proculianus*'lar ile değer yargılarına ağırlık veren *Sabinianus*'lar olmak üzere farklı okulların varlığı ile açıklanmaktadır.[130] Keza, *Sabiniani* ve *Proculiani, bona fides*; *aequitas* (hakkaniyet); *boni mores* (iyi ahlak); *utilitas* (amaca uygunluk) ve *bonum commune* (toplumsal fayda) gibi sosyal değerler üzerinde önemli çalışmalar yapmışlardır.[131] Öte yandan, farklı okul mensuplarının tüm bu çalışmaları, Roma hukuk ilminin dinamik kalmasını sağlayarak günümüze tutmuş olduğu ışığı kuvvetlendirmiştir.

Bu farklı düşünce sistemleri daha sonraları ise, septikler ile stoacı felsefeden etkilenen *veteres* hukuk uygulaması tarafından da incelenmiştir.[132] *Bona fides*'in hukuki bir anlam edinmesini sağlayan büyük etkenlerden bir tanesi de, *veteres* hukuk

[128]**Ibid.,** s. 17.
[129]**Oğuz.** Loc. Cit. s. 18.
[130]*Proculianus* okulu, adını *Capito*'nun öğrencisi olan *Proculus*'dan alırken; *Sabinianus* okulu ise, *Labeo*'nun öğrencisi olan *Sabinus*'dan almaktadır. Ünlü hukukçulardan *Celsus Proculianus* olarak değerlendirilmekte, *Gaius* ve *Pomponius* ise *Sabiniani* arasında sayılmaktadır. **Umur.** Lügat. s. 189, **Jörs, P., Kunkel, W. ve Wenger, L.:**Römisches Recht, Heidelberg: Springer, 3. Auflage, 1949, s. 30, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 35, **Monier.** Tome I. s. 84, **Karagöz.** Op. Cit. s. 17**, Sherman, C.P.:***The Study of Law in Roman Schools*, Yale Law Journal, C.1, S.1, Yıl: 1908, s. 499-512, s. 501.
[131]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 37.
[132]Yunan felsefesinde doğan ve doğal hukuk kavramı üzerine yoğunlaşan Stoa okulu, Romalı filozofları ve onların *bona fides*'e bakış açılarını önemli ölçüde etkilemiştir. **Villey, M.:**Le Droit Romain, Paris: Puf, 2012, (Droit Romain), s.50, **Karagöz.** Op. Cit. s. 42-43, **Elmalı, O., Özden, H, Ö.:**İlkçağ Felsefesi Tarihi, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 3. Baskı, 2013, s. 176.

uygulaması tarafından ilkeye sıklıkla başvurulmuş olmasıdır. *Veteres* (eskiler) adı verilen hukukçular, Roma'nın ilk dönem hukukçuları olup, rahip hukukçular ile laik hukukçulardan meydana gelen grubu ifade etmiştir.[133] Nitekim, klasik dönem hukukçularının somut olayın çözümü sırasındaki hukuk yaratma faaliyetleri büyük oranda *veteres* pratiği neticesinde şekillenmiştir.[134] İlk dönem hukukçuları, pozitif hukukun dışarısında yer alan başlıca alanlardan stoacı felsefe, ahlaki değer yargıları, Roma gelenekleri ile Roma'nın sosyo-politik ve sosyo-ekonomik dinamiklerinden etkilenmişlerdir.[135] Öte yandan, stoacı felsefe uyarınca, doğal hukuk gereği en yüksek gücü ifade eden *bona fides* ilkesine karşılık; katı ve kesin sınırlarla belirlenmiş kurallara dayanan hukuki kurumlara ağırlık verilmesini savunan ve septiklerden[136] etkilenen düşünce de Roma'da yayılmaya başlamıştır. Buna karşın, hukukun genel ilkelerinden sayılan *bona fides* ise önemini her daim korumuştur.[137]

Klasik dönem hukukçuları da, Roma hukukunun yaratıcı gücü olan *veteres* uygulamasından etkilenerek *bona fides*'i hemen her toplumsal düzende benimsenen ahlaki değerler ile açıklamışlardır.[138] Buna göre, *bona fides*, bir kimsenin *benignum* (iyi), *humanum* (insani), *pium* (hürmetli) olmasını gerektirmiştir.[139] Bununla beraber objektif *bona fides* ilkesi, ileride ayrıntılı olarak değinileceği üzere, klasik dönem hukukçularının uygulamalarıyla somut olay bazında ve somut sözleşme tipleri bakımından laikleşerek şekillenmeye başlamıştır. Klasik dönem hukukçularının

[133]**Monier.** Tome I. s. 48, **Karagöz.** Op. Cit. s. 5, **Oğuz.** Unidroit. Loc. Cit.
[134]**Wolff, H.J.:**Roman Law An Historical Introduction, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1951, s. 101 vd.
[135]**Wieacker, F.:***Offene Wertungen*, ZSS**,** Romanistische Abteilung, C. 94, Yıl: 1977, s. 1-42, (Offene Wertungen), s. 3.
[136]Septik ya da şüpheci felsefe, diğer okulların aksine, "neyi ne kadar bilebiliriz?" sorusuna cevap verememişlerdir. Aslında Sofist felsefe tarafından başlatılan bu yaklaşım, daha sonra sistematize edilmiştir. **Elmalı ve Özden.** Op. Cit. s. 211.
[137]**Oğuz.** Op. Cit. s. 19.
[138]**Schiller, A.A.:**Roman Law Mechanisms of Development, Berlin: Walter de Gruyter, 1978, s. 283
[139]**Wieacker.** Op. Cit. s. 5

cumhuriyet dönemi sonlarından itibaren *bona fides* kavramına ağırlık vermelerinin bir diğer nedeni ise, aynı dönemde Roma'daki yabancı kavimlerle olan ilişkilerin artması ve yabancılar *praetor*'u olan *praetor peregrinus* kurumunun etkileridir.[140] Stoacıların görüşlerinden ve *veteres* hukuk uygulamasından etkilenen klasik dönem hukukçularının hukuk yaratma faaliyetleri neticesinde, *bona fides* dinsel yapısından tam olarak sıyrılarak laik bir işleve kavuşmuştur.

3. Ortaçağ *Ius Commune* Hukukçularının Eserlerinde *Bona Fides*

Bona fides, sadece klasik dönem Roma hukukçuları tarafından değil, ortaçağ *ius commune* hukukçularınca da üzerinde sıkça durulan bir kavram olmuştur.[141] Öte yandan, gerek klasik Roma hukuku, gerekse Kanonik hukuk çerçevesinde *bona fides*'den bahseden ortaçağ hukukçuları da, bu kavramı diğer hukuki kavramlar gibi kolaylıkla tanımlayabilmiş değillerdir.[142] Bu açıdan incelenmesi gereken temel unsur mahkeme kayıtları olup, bu durum ise teknik ve tarihsel sebeplerden ötürü mümkün değildir. Bu nedenle ortaçağ hukukçularınca *bona fides* kavramının ne anlam taşıdığını araştırmak konusunda mediyeval akademik literatür ile sınırlı kalınmaktadır.[143]

Kanonik hukukçular, *bona fides*'i *prima facie* Hristiyan ahlakçılığı çerçevesinde açıklamaya çalışmışlardır. Bu açıdan *bona fides,* iyiniyet ve iyi irade anlamında kullanılmış ve dinî bağlamda kullanılan *fides* kavramı, hukuki anlamı ile

[140] *Ius gentium'un bona fides* ilkesinin gelişimine etkileri için bkz. II. Bölüm-I-B
[141] *Ius commune*, ortaçağdan itibaren Avrupa devletlerince benimsenen Roma hukukunun, bu devletlerde ortak hukuk olarak uygulanmasını ifade etmektedir. **Umur.** Lügat. s. 100.
[142] Kanonik hukukta *"ecclesia vivit lege Romana"* (kilise Roma hukukuna göre yaşar) ifadesi hayat bulmuştur. **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 59.
[143] **Gordley.** Medieval Law. s. 93.

bağdaştırılmıştır.[144] *Decretalis Gregorii IX*[145] de sözleşmelere her halükarda uyulmasını ve *bona fides*'in gözetilmesini öngörmektedir.[146] Zira, Kanonik hukuk anlayışına göre *"*Tanrı, basit bir laf ile yemin arasında fark gözetmez."[147]

Kanonik hukukçular, çoğunlukla klasik Roma hukuku metinleri ışığında, *bona fides'*in medeni hukuk bakımından sonuçlarını pasif olarak kabul etmişlerdir. Öğretide ise bu durum, medeni hukukun teknik ve kafa karıştırıcı karakterine bağlanmaktadır.[148] Buna ek olarak, Kanonik hukukçuların ilgilendikleri asıl sorun ise medeni hukukçuların aksine, bir sözleşmenin davaya vücut verip vermeyeceğinden ziyade, bu durumun bir günah yani Tanrısal hukukun ihlalini teşkil edip etmediği olmuştur.[149] Bu noktada, Kanonik hukukçuların, *bona fides* kavramının anlaşılması açısından özel bir yenilik getirmedikleri sonucuna varılabilecektir. Nitekim, sözünü tutmak ya da kimseyi aldatmamak gibi genel ilkeleri kabul etmek kolay olup, asıl önem taşıyan ise bu ilkeleri sistematize etmek ve olaylarla bağdaştırmaktır.

Bununla beraber ortaçağ hukukçuları arasında, özellikle *Bartolus*[150] ile onun öğrencisi olan *Baldus*'un görüşleri önem taşımaktadır.[151] *Baldus*'un *bona fides* algısı

[144]Bkz. **Hostiensis**. *Decretalium Commentaria*, No: 11, 1581. X2, 26, 17.
[145]*Liber extra* da denilen bu metin, Ortaçağ Kanonik hukukunun önemli bir kaynağı olup, 1230'da Papa *Gregory IX* tarafından hazırlanması istenmiştir. Papa Gregory IX, 1145-1170 yılları arasında Kutsal Roma İmparatorluğu'nda yaşamıştır.
[146]Bkz. *Decretales Gregorii* IX, 1.35.1.
[147]**Gordley**. Op. Cit. s. 114.
[148]**Ibid.**
[149]**Ibid.**
[150]*Bartolus de Saxoferrato*, 1313-1357 yılları arasında ortaçağ Roma hukukuna büyük katkılarda bulunmuş olan İtalyan hukukçudur. *Bartolus, postglossator* ya da *kommentator* ekolüne mensuptur. Genellikle konuları çeşitli ayırımlara tabi tutarak sistemleştiren ve *Corpus Iuris Civilis*'i *glossa* adı verilen notlarla açıklayan *glossator*'lardan sonra gelen bu grup, *glossa*'ları şerh ederek bunların pratik ihtiyaçlara cevap vermesi için çalışmalar yapmıştır. **Umur.** Lügat. s. 27, s. 80, s.162, **Tahiroğlu, B. ve Erdoğmuş, B.:** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul: Der Yayınevi, 22. Baskı, 2014, (Roma Hukuku), s. 100 vd. **Kaser, Knütel ve ve Lohsse.** Op. Cit.s. 10, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 61.
[151]*Baldus de Ubaldis* ise, *Bartolus*'un öğrencilerinden olup, 1327-1400 yılları arasında İtalya'da yaşamıştır.

büyük oranda *Aristoteles*'in görüşlerine dayanmıştır.[152] Bu nedenle, *Baldus*'un, göreceli olarak *bona fides*'e ayrı bir bakış açısı getirdiği savunulabilmektedir.[153] *Baldus*, sıklıkla *aequitas* ile *bona fides* kavramlarını birbiri yerine kullanmıştır. Buna ek olarak, niyet/bilinç olgularını da *bona fides*'in bir parçası olarak kabul etmiştir.[154] Örnek olarak, kimsenin başkası aleyhine zenginleşmemesi prensibini, *bona fides*'e dayandıran hukukçu; *aequitas*'ı ise iyiniyetli bir hayat için kuralların kuralı yani adeta bir *"regula regulorum"* olarak tanımlamıştır.[155] Burada eklenmesi gereken husus ise, iyiniyetten kasıtın dürüstlük kuralına uygunluk olması gerektiğidir. *Baldus*'un görüşleri, özellikle *Aristoteles*'in eşitlik prensibine yaklaşmaktadır. Öğreti ise, *Baldus*'un bu görüşlerini kullanarak "doğal hukuk gereği hiç kimse başkası aleyhine zenginleşmemelidir" ya da "sözleşmelerde *bona fides*'in dikkate alınması hakkaniyet gereğidir" gibi kimi yerde zımni; kimi yerde ise, açıkça kabul edilmiş olan Roma hukuku ilkelerini kurallaştırmıştır.[156] Bu dönemde *bona fides*, etik bir kavram olarak insan davranışlarına yön vermek; değiştirmek ve düzeltmek amacı gütmüştür.[157]

Baldus öncesi ortaçağ hukukçuları da, *bona fides* ile *aequitas* kavramlarını aynı anlamda kullanmış ve bu kavramların üç farklı unsuru ihtiva ettiğine işaret etmişlerdir. Bunlar: Hukuki ilişki içerisindeki tarafların sözlerini tutması, hukuki ilişki içerisinde bulunan bir tarafın diğerini yanıltmaması ve son olarak, her iki tarafın açıkça üstlenilmemiş de olsa, bir diğer ifade ile, zımnen dahi olsa dürüst bir kişinin yükleneceği borçlarla bağlanmasıdır. Bu bağlamda, örneğin çok sıkı pazarlık

[152]**Wilson, J.D.:***Baldus de Ubaldis*, The Yale Law Journal, C. 12, Yıl: 1902, s. 8-20, s. 17.
[153]**Pennington, K.:***Baldus de Ubaldis*, Rivista Internazionale Di Dritto Comune, C. 8, Yıl: 1997, s. 35-61, s.39.
[154]**Horn, N:**Aequitas in den Lehren des Baldus, Köln: Böhlau, 1968, s. 103.
[155]**Gordley.** Medieval Law. s. 108.
[156]**Ibid.**
[157]**Severino**. Op. Cit. s. 49.

ederek diğer taraf karşısında avantaj kazanmak *bona fides*'in ikinci unsuruna aykırı görülmüştür.[158]

Baldus da *bona fides*'in unsurlarından söze bağlılığın önemine dikkat çekmiştir. Keza, *dolus* hâlinde *bona fides*'e ihanet edilmekte olup, *aequitas* tesis edilememekte; böylelikle de bir taraf zarara uğramakta ve sözleşme ile amaçlanan karşılıklı adalet gerçekleşememektedir. Zira, hukukçuya göre söze ihanet etmemek sadakat erdeminin bir gereği iken; yalan söylememek ise dürüst olmak erdeminin bir gereğidir. Tüm bu erdemler ise *bona fides*'in içeriğine dâhildir. *Baldus*'a göre hâkimler *bona fide*s'i iki sebepten dolayı dikkate almalıdır; bunlardan ilki bir sözleşmenin bağlayıcı olup olmadığının tespiti, ikincisi ise tarafların borçlarının içeriği ile bunların yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesidir.[159]
Bu açıdan *bona fides*'in *dolus*'un yokluğu ve tarafların doğal hakkaniyete uygun davranması olmak üzere iki boyutu dikkat çekmektedir.[160] *Baldus* öncesi hukukçular da *bona fides*'i sadakat ile hileden kaçınmak erdemi ile ilişkilendirmiş olmalarına rağmen genel bir ilke koymamışlardır. Bununla beraber *Baldus*, *bona fides*'i kimsenin başkası aleyhine menfaat kazanmaması, hileden kaçınmak ve söze bağlılık gibi ilkelerle açıklamıştır.[161]

Ortaçağ hukukçularına göre *bona fides*'in gözetilmesinin ikinci koşulu ise, taraflardan birinin diğerini yanıltarak dürüstlük kuralına aykırı davranışlarla onun karşısında avantaj kazanmamasıdır. Buna göre, *bona fides*'in varlığından söz edebilmek için hile ya da *dolus* mevcut olmamalıdır. Bu durum, *"bonam fidem in*

[158]**Gordley.** Medieval Law. s. 94.
[159]**Ibid.,** s. 109.
[160]**Horn.** Op. Cit. 103.
[161]**Gordley**. Op. Cit. s. 114.

contractibus considerai aequum est" yani "sözleşmelerde dürüstlük kuralının dikkate alınması hakkaniyet gereğidir" şeklinde açıklanmaktadır.[162] Bu anlamda, *dolus* ile karşılaşanlar için, hukuki başvuru yolu açık görülmüştür.[163]

Ortaçağ hukukçularının *bona fides*'i açıklarken yararlandıkları en önemli kavram, Roma hukuku metinlerini incelerken şematize ettikleri *dolus* olmuştur. Bu şema, öncelikle *Glossatorlar*[164] tarafından yapılmış olup, özellikle *Vacarius*, *Azo* ve *Accursius*'un görüşleri doğrultusunda düzenlenmiştir. Daha sonraları *Baldus* da, *dolus* kavramı üzerinde durmuş olup, *dolus*'u *bona fides*'in zıttı olarak kabul etmiştir.[165]

Ortaçağ hukukçularının *bona fides*'in bir unsuru olarak gördükleri diğer öge ise, sözleşme ile üstlenilen zımni yükümlülüklere uygun davranmaktır.[166] Bu unsur da, esasında *aequitas* ve dolaylı olarak i*us gentium* ile ilişkilidir. *Odofredus*'a göre, sözleşmede kararlaştırılan hususları yerine getirmek *bona fides*'in bir gereği olup, kararlaştırılmayan hususlar bakımından ise doğal olarak ne gerekiyorsa o ifa edilmelidir. Bir başka deyişle, bu tür zımni hükümler doğal olarak bir sözleşmenin içeriğine dâhildirler. Zira, bunlar *ius gentium* tarafından öngörülen doğal bir sebep ile doğmuşlardır.[167] *Baldus*'a göre de, tarafların *bona fides*'den doğan zımni yükümlülükleri mevcuttur. Öte yandan, *Baldus* bunların kaynağının eşitlik ilkesi

[162]**Masetto, G.P.:***Brevi Note Sull'Evoluzione Storica della Buona Fede Oggetiva*, (ed. Macario, F., Miletti F, M.) "Tradizione Civilistica e Complessità del Sistema: Valutazioni Storiche e Prospettive della Parte Generale del Contratto," Milano: Fogia, 2006, s. 291-343, s. 295.
[163]**Gordley.** Medieval Law. s. 100, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 508.
[164]*Glossatorlar*, *Corpus Iuris Civilis*'i metnin kenarına aldıkları notlarla açıklamaya çalışan hukuk ekolüdür. Ne var ki *glossatorlar, Corpus Iuris Civilis*'i bir dogma olarak kabul edip araştırma yoluna gitmeksizin açıklamaya çalışmışlardır. *Glossatorlar*'ın sonuncusu ise 1260 yılında ölen Accursius'tur. **Umur.** Lügat. s. 2, **Çelebican, Karadeniz, Ö.:** Roma Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 17. Baskı, 2014, (Roma Hukuku), s. 88 vd. **Tahiroğlu ve Erdoğmuş.** Roma Hukuku. s. 100 vd.
[165]**Horn.** Op. Cit. s. 104.
[166]**Ibid.,** s.103, bkz. IV. Bölüm-IV-A.
[167]Bkz. **Odofredus:** *Lectura Super Digesto Veteri*, Bologna: 1552.

olduğunu belirtmiş; sözleşmelerde eşitliği gözetecek hususların doğadan ve sözleşmenin özünden geldiğini savunmuştur.[168] Ortaçağ hukukçuları, *bona fides*'i tam olarak tanımlamamakla beraber, klasik Roma hukuku metinlerinde yer alan kuralları, "açık hükümler olmadığında sözleşmeye dâhil edilecek olan koşulların, sözleşmenin doğasından kaynaklanması gerektiği" şeklinde sistematize etmiş ve bunun nedeni olarak, *bona fides* ve *aequitas* kavramlarını göstermişlerdir.[169] *Azo*'ya[170] göre de, her sözleşmenin kendi doğal bir tipi mevcuttur ve her bir taraf *bona fides* ile *aequitas* uyarınca bunu gözetmelidir.[171] Bununla beraber, sözleşmenin unsurları üzerinde çoklukla duran ortaçağ hukukçuları, sözleşmenin özü ve doğası ile *bona fides* arasındaki ilişkiyi açıklamada daha öteye gidememişlerdir.[172]

Baldus'un önceliğinde Kanonistler, her tür sözleşme bakımından tarafların dürüstlük kuralının getirdikleri ile bağlı olmak zorunda olduklarını dile getirmişlerdir. Öte yandan, Kanonik hukukçuların soyut hukuki ilkelerle usul hukukçuları kadar ilgilenmedikleri, bu nedenle de aynı oranda ilerleme kaydedemedikleri savunulmaktadır.[173] *Bona fides*'i tam olarak tanımlayamamayan *Baldus* öncesi hukukçular, yalnızca *bona fides*'in uygulanması gereken durumları tarif ve şematize etmişlerdir.[174] Bu hukukçular, kişilerin *bona fides*'e göre davranma yükümlülüğü olduğunu belirtmiş olmalarına karşın, bu yükümlülüğün içeriğini açıklamakta soyut kavramlardan öteye gidememişlerdir. Bununla beraber, somut olaylar bakımından

[168]**Gordley.** Medieval Law. s. 110.
[169]**Ibid.,** s. 103.
[170]Bolognalı *Azzo* olarak da bilinen İtalyan hukukçu, 1150-1230 yılları arasında yaşamış ve *glossator'*lar ekolüne mensup olarak çalışmalarını sürdürmüştür.
[171]Bkz. **Azo.** *Summa Codicis*, Cod. 4.54.
[172]**Gordley.** Op. Cit. s. 105.
[173]**Ibid.,** s. 106.
[174]**Ibid.,** s. 117.

tarafların nasıl davranmaları gerektiği ise, klasik dönem Roma hukuku metinleri sistematize edilerek, *aequitas* perspektifinden bireysel bir biçimde açıklanmıştır.[175]

Bu hukukçularca kabul edilen üç kuralın, birbirlerinden bağımsız olduğu da ileri sürülmüştür.[176] Kanımızca, Roma usul hukukunda doğmuş ve gelişmiş bir kavram olan *bona fides* bakımından, ortaçağ hukukçularının çalışmalarını da görmezden gelmek mümkün değildir. Ortaçağ hukukçuları tarafından benimsenen; verilen sözün tutulması, karşı tarafın aldatılmaması ve sözleşmede açıkça üstlenilmeyen zımni bir takım yükümlülüklere aykırı davranılmaması unsurları, birbirlerine *bona fides*'in doğal hukuka dayanması ve *aequitas*'la olan ilişkisi nedeniyle sahip olduğu içkin etik karakterinden doğmaları bakımından bağlıdır. Nitekim, hukukçuların faaliyetleri neticesinde oluşturulan bu şema, dürüstlük kuralının günümüz hukukundaki işlevlerini gözler önüne sermektedir.

C. Doğal Hukuk Anlayışında *Bona Fides*

Antik Yunan ve Romalı hukukçuların *bona fides* kavramına bakışı incelendikten sonra, *bona fides* ilkesini anlayabilmek adına, doğal hukuk anlayışını benimseyen düşünürlerin görüşlerini de ele almak gerekmektedir. Esasında Antik Yunan ve Roma felsefesi de, doğal hukuk anlayışı etrafında şekillenmiştir. Buna göre, doğal hukuka uygun olmayan kurallar meşru olmayıp meşru kurallar ise geçerliliklerini insanın da bir parçası olduğu doğanın evrensel yasalarından ve *ratio* (ortak akıl)'dan

[175]**Racine J.B., Sautonie, L. Tenenbaum, A. ve Wicker, G.:***Good Faith,* (ed. Fauvarque-Cosson, B. ve Mazeaud, D) "European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules", Sellier: Munich, 2008, s. 150-203, s. 154.
[176]**Gordley.** Medieval Law. s. 94.

almaktadır.[177] Bir diğer deyişle, *ratio naturalis* doğa kanunlarınca belirlenen ve tüm insanlık bakımından ortak olarak geçerli olan kuralları ifade eder.[178] Öte yandan, günümüzde *ratio naturalis* ise, sağduyu *(common sense)* sahibi ve hukuki düşünen insan aklına işaret etmektedir.[179] Doğal hukuk anlayışı, çok eski dönemlerden beri var olan ve türlerine göre düzen, ahlak ve hukuk arasında bağlantılar kuran, ampirik bir düşünüş tarzı olarak açıklanmaktadır.[180] En basit anlamı ile akıl yoluyla bilinebilen yani rasyonel kurallar olarak tanımlanan doğal hukuk, özellikle etik ilkelerin hukuk kuralları ile ilişkisinin anlaşılmasında önem taşımaktadır.[181] Keza, bu rasyonel kuralların belirlenmesi de, esasında bir etik sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır. Dürüstlük kuralı da, hukuk kuralı halini almış bir etik ilkedir. Zira, *bona fides*'in özünü oluşturan *fides* kavramı, doğal hukuk açısından kişilerin beraberce barış içerisinde yaşayabilmeleri için temel bir değer olarak görülmüştür.[182]

Doğal hukukun adaletle ve adaleti sağlamaya yardımcı olan *bona fides*'le olan ilişkisi *Digesta* metinlerinde de karşımıza çıkmaktadır.[183] Doğal hukuk, klasik hukukçularca doğru ve iyi olan anlamında kullanılmış olup toplumsal bütün ilişkilere uygulanmış; bu bakımdan, *mores populi romani* (Roma toplumunun ahlakı) ile de ilişkilendirilmiştir.[184] *Paulus*'a ait D.1.1.11 uyarınca:

---

[177]**Di Marzo, S. (çev. Umur, Z.):**Roma Hukuku, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954, s. 25, **Karagöz.** Op. Cit. s. 46.
[178]**Umur.** Lügat. s. 179.
[179] **Finnis, J.:**Natural Law and Natural Rights, New York: Oxford University Press, 2. Edition, 2001, s. 194.
[180]**Hirsch.** Op. Cit. s. 76.
[181]**Aral, V.:**Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları,İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 197 vd., **Bix, B.:***Natural Law Theory: The Modern Tradition*, (ed. Coleman, J. L. ve Shapiro, S.) "The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy", Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 62-103, s. 63, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 478.
[182]**Söğütlü Erişgin**. Op. Cit. s. 70, **Waldstein.** Op. Cit. s. 77.
[183]**Villey**. Droit Romain. s. 49.
[184]**Burdese.** Op. Cit. s. 18, **Villey.** Droit Romain. s. 50, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 460.

"Ius pluribus modis dicitur: uno modo, cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale. altero modo, quod omnibus aut pluribus in quaque civitate utile est, ut est ius civile. nec minus ius recte appellatur in civitate nostra ius honorarium..."

"*'Ius* ifadesi çeşitli anlamlarda kullanılır. Bir anlamıyla hukuk her zaman adil ve iyi olandır ki; bu *ius naturale*'dir, diğer bir anlamıyla ise bir *civitas*'ta herkesin ya da çoğunluğun menfaatine olandır ki; bu da *ius civile*'yi ifade eder. Bizim *civitas*'ımızda hukuka *ius honorarium* denmesi de yanlış değildir…"

Aslında, klasik doğal hukukçu filozofların başında *Cicero* sayılmakta olup, *Cicero*'nun mensubu olduğu doğal hukuk okulu'nun *bona fides* kavramını ele alışı incelendiğinde, karşımıza yine Antik Yunan'dan gelen *epieikeia* kavramı çıkmaktadır.[185] Özellikle *Plato* ve *Aristoteles*'in görüşlerinin etkili olduğu bu doğal hukuk anlayışına göre *epieikeia*, değişmeyen ve sonsuza kadar süren bir kavram olduğundan her olaya uygulanabilmektedir.[186] Doğal hukuk, *veritas* (gerçek)'ın ne olduğunu araştırmakta olup, bu akıma göre *fides*, *veritas*'a ulaşılmasını sağlar. Nitekim *fides*, taraflar arası ilişkilerde şüphenin giderilmesini, bir diğer deyişle tarafların davranışlarının öngörülebilmesini sağlamaktadır.[187] Bu doğrultuda, klasik dönem *Digesta* metinlerinde de doğal hukuk etkisine sıklıkla rastlanmakta, *in rerum*

[185]**Hirsch.** Op. Cit. s. 78.
[186]**Kremalis.** Loc. Cit., **Bix.** Loc. Cit.
[187]**Severino**. Op. Cit. s. 119.

natura esse (eşyanın doğasından kaynaklanmak) objektif gerçekliğin bir ifadesi olarak ele alınmaktadır.[188]

Daha ileriki dönemde doğal hukuka sistematik formunu vermiş olan Aziz *Thomas Aquinas*[189] ise, önemli eseri *Summa Theologiae*'da doğal hukuk yani *ius naturale*'yi, çeşitli hukuk türleri arasında ayrı bir kategori olarak değerlendirilmiştir. Bu noktada özellikle doğal hukukun, her ne kadar Tanrısal hukuk ile bağlantılı olarak görülse de, özünde bağımsız olarak ele alındığına dikkat çekmek gerekmektedir. Zira doğal hukuk, kimi zaman Tanrı'nın buyruğu olan ilkelere benzetilmekte ise de, esasında laik bir nitelik taşımakta ve ahlaki bir temele oturmaktadır.[190] Öte yandan, doğal hukukla ilgili pek çok noktaya değinen *Aquinas*, doğal kanunların her insan için aynı olmadığını da ileri sürmüştür. Buna göre, her insanın doğası gereği yöneldiği tüm hususlar doğa kanunları ile yönetilmektedir. Her bir birey de farklı yönelimlere sahip olduğundan bunlara uygulanacak hukuk da farklı olmalıdır.[191] Bu noktada ise düşünür, esasında *ius* ve *lex* yani hukuk ve hukuk kuralı ayrımının altını çizmektedir. İnsanlığa uygulanacak kanunlar değişse de, *ius naturale*'nin tüm kavimler, bir diğer deyişle tüm insanlık için ortak ve yeknesak olduğu kabul edilmektedir.[192]

16. ve 17. yüzyılda İspanya'da neoskolastik bir grup hukukçu, Roma hukukunu *Aristoteles*'in ve *Aquinas*'ın ahlak felsefesi ile sentezlemek istemiştir.[193] Bu hukukçuların vardıkları sonuçların çoğu da, sözleşmelerin kökeninin doğal hukukta

[188]**Robaye, R.:**Le Droit Romain, Louvain-la-Neuve: Academia-Bruylant, 5. Édition, 2016, s. 30, **Waldstein.** Op. Cit. s. 35.
[189]*Tommaso d'Aquino* olarak da bilinen düşünür, 1225-1274 yılları arasında yaşamış bir filozof, teolog ve hukukçudur.
[190]**Friedman, F. :**Legal Theory, London: Stevens and Sons Publishing, 1949, s. 28.
[191]**Dyson.** Op. Cit. s. 120.
[192]Bkz. **Aquinas**. *Summa Theologiae.* IaIIae 94.
[193]**Stein, P.:**Roman Law in European History, Cambridge: Cambridge University Press, 1999, s. 95.

yattığını savunan *Hugo Grotius*[194] ya da *Samuel von Pufendorf*[195] gibi doğal hukuk okulu mensupları tarafından benimsenmiştir. Keza, *Jean Domat* ile *Robert Pothier* gibi Fransız hukukçular da teorilerini bu kişilerden aldıkları ilham ile geliştirmişler; bununla beraber bu hukukçular, kendi görüşleri ile Roma hukuku metinlerini bağdaştırma çabasına girmediklerinden *aequitas* ya da *bona fides* terimlerini daha seyrek kullanmışlardır.[196] Örneğin, *Domat* da, tıpkı *ius commune* hukukçuları gibi, bir sözleşme ilişkisinde tarafların sadece açıkça belirtilenlerle değil; aynı zamanda hakkaniyetin gerektirdiği tüm yükümlülüklerle yüklendiğini savunmuştur.[197] Bunun sebebi ise, söze bağlılık; *dolus*; eşitlik ya da sözleşmenin doğası gibi kavramların altında doğal hukukla sentezlenmiş Romanist *bona fides* olgusunun yatıyor oluşudur.

Doğal hukuk kurallarının içeriğinin nasıl belirleneceği ise, her zaman tartışma konusu olmuştur. *Thomas Hobbes*[198] ile başlayarak *John Locke* ile devam eden toplumsal sözleşmeciler ile diğer klasik doğal hukukçu düşünürler de, doğal hukuk ilkelerinin nasıl belirleneceğini saptayamamışlardır.[199] *Hobbes*, siyasi teorisini anlattığı *Leviathan* adlı eserinde, doğa hâlinde *"homo homini lupus"* yani insanın, insanın kurdu olduğunu belirtmiştir. Buna göre, *bona fides*'in gözetilme yükümlülüğü, insan doğasındaki bu defoyu tamir etmeye yönelik bir etmen olarak düşünülebilir. Gerek *Hobbes*, gerekse devamında yer alan doğal hukuk okulu mensupları, bu ilkelerin doğada varlıklarını koşulsuz kabul etmişlerdir. Bu anlamda

[194]*Grotius*, 1583-1645 yılları arasında Hollanda'da yaşamış ve özellikle uluslararası hukuk alanında çalışmalar yapmıştır. *De Jure Belli ac Pacis* (Savaş ve Barış Hukuku) adlı eseri günümüzde önemini hala korumaktadır.
[195]*Samuel Freiherr von Pufendorf*, 1632-1694 yılları arasında yaşamış olan Alman hukukçu, filozof ve iktisatçıdır. **Villey.** Droit Romain. s. 51.
[196]**Gordley.** Medieval Law. s. 115.
[197]Bkz. **Domat, J.:** Les Loix Civiles dans Leurs Ordre Naturel, 1697.
[198]**Hobbes, T. (ed. Brooke, C.):**Leviathan, London: Penguin Classics, 2017, Chapter 12.
[199]**Hirsch.** Op. Cit. s. 82.

dolus'un yokluğunu ifade eden *bona fides*, doğal hukukun bir gereği olarak kabul edilebilecektir.

Doğal hukukun özellikle Roma hukukundaki hakkaniyet anlayışı üzerindeki etkisi çok önemli bulunmaktadır. İnsanlar, esas itibariyle yürürlükte olan hukuk kurallarını ifade eden pozitif hukuktan üstün olan ve Tanrı, etik ya da doğadan kaynaklanan hukuk olarak açıklanabilen doğal hukuka akılları vasıtasıyla ulaşabilmektedirler.[200] Klasik anlamda doğal hukuk teorisinin temel olarak iki tezi olduğu ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, etik geçerliliğin hukuki geçerliliğin bir ön şartı oluşudur. İkincisi ise etik düzenin doğanın düzeninin bir parçası oluşunu ifade etmektedir.[201]

Buna göre, hukuk sadece pozitif hukuku değil; aynı zamanda doğal hukuk ilkelerini de kapsamaktadır. Öte yandan, doğal hukuk salt ahlaki sebeplerden değil, pratik zorunluluklardan da ötürü de zaman ve mekândan bağımsız olarak geçerliliğini korumaktadır.[202] Bu görüşe göre hakkaniyet ise, hâkim tarafından yorumlanan doğal hukuktan başka bir şey değildir.[203] Doğal hukukun yorumlanması aşamasında, yine etik bir ilke olan *bona fides* kavramına başvurulmaktadır. Kanunlarda yer almasa bile, *bona fides*'i hukuki ilişkilerde gözetmek doğal hukuk gereğidir.

Örneğin, *bona fides*'in *Code Napoléon* olarak da bilinen 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu *Le Code Civil des Français* (C. Civ.)'ye giriş nedeni doğal hukuktur.[204] *Bona fides,* 19. yüzyılda yapılan kodifikasyonlarla pozitif hukukun bir parçası hâline

[200]**Tella, y, J, F, M. (tr. Peter Muckley):**Equity and Law, Boston*:* Martinus Hıjhoff Publishers, 2005, s. 171.
[201]**Coleman, J. ve Murphy, J.:**Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence,Colorado: Westview Press, 1989, s. 14.
[202]**Aral.** Op. Cit. s. 208.
[203]**Coleman ve Murphy.** Loc. Cit.
[204]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1166.

getirilmiş olup, doğal hukuka dayanan ve insanoğlu tarafından değiştirilemeyen bir değer olarak benimsenmiştir. Bu nedenle, *bona fides* kavramının tarihi gelişimi incelenirken, özellikle doğal hukuk okulu mensuplarının ve pozitivist hukukçuların görüşlerinin değerlendirilmesi büyük önem taşımaktadır. *Bona fides*, kodifikasyonlarla pozitif hukuka alınan bir doğal hukuk ilkesi olup, taşıdığı bu özelliği ile evrensel niteliği sayesinde, günümüzde önemini giderek artırmaya devam etmektedir.

D. Çağdaş Hukuk Anlayışında *Bona Fides*

Bona fides, sadece klasik doğal hukuk anlayışı için değil, çağdaş hukuk anlayışı için de büyük önem taşıyan bir kavramdır. Zira, hukukun asıl amacının adalet olduğu kabul edildiğinde, hukuki kurumları incelemek için kendisi de bir değer olan adalet kavramı başta olmak üzere, pek çok farklı kavrama başvurmak gerekmektedir.[205] *Bona fides* de bu kavramlardan bir tanesidir. Değerler, hukuk felsefesinde ideal olanın varlık biçimi olarak açıklanmaktadır. *Bona fides* ise, bu anlamda içeriğinde dürüstlük ve sadakat değerlerini barındıran bir üst değer olarak görülebilmektedir. Değerler, duyum dışı ve normatif objeler olup, içeriklerinin açıklanması için uygulamalarının incelenmesi gerekmektedir.[206] Keza, değer kavramı süje yani insan olmadan anlamlandırılamamakta, kişilerarası ilişkiler boyutunda mevcut olan değerleri incelemek için, bu değerlerin kişi davranışlarında somutlaştırılması lazım gelmektedir.[207] *Bona fides*'in içersinde bulunan değerlerden doğruluk, insanların iç dünyasına ilişkin iken; dürüstlük ise çevreye ilişkin bir değeri ifade etmektedir. Değerlerin rölativitesi, onların formüle edilişini güçleştirse de, aslında esas olan

[205] **Aral.** Op. Cit. s. 47.
[206] **Ibid.,** s. 53.
[207] **Kuçuradi, I.:** İnsan ve Değerleri, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013, s. 60.

objektif değerlerin varlığının yanında, kişisel değerlendirmelerin değişmesidir. Bu nedenle, doğal hukuka dayalı değerler evrensel olarak kabul edilebilecek niteliktedir.[208]

Hukuk felsefesi bağlamında, etik ilke ya da etik değer olarak kabul edilip edilmeyeceğinin tespiti için *bona fides*'in çağdaş hukuk felsefecilerince nasıl ele alındığını incelemek ve etik kavramı üzerinde durmak gerekir. Etik problemler, "adalet nedir?", "doğru nedir?", "değerli nedir?" gibi felsefenin yüzyıllardır üzerinde yoğunlaştığı teorik tartışmaları ifade etmektedir. Özellikle son yirmi yıldır gündemde olan etik, felsefenin bir alt dalı olup hukuk ve etik arasında da yakın bir ilişki mevcuttur.[209] Bu yakın ilişki dolayısıyla, hukuk kurallarının kendi içlerinde etik değerler ya da ilkelere yer verebildiği görülmektedir.

Bona fides kavramı esasında, Roma'dan günümüze dürüstlük, sadakat ve güveni yansıtmaktadır. Bu açıdan, etik değerler ve güven arasındaki ilişkiyi kurmak da önem taşımaktadır. Hukuk felsefesine göre güven, etik değerleri bilen bir kişinin, ilişkide olduğu karşı tarafın eylemlerini doğru değerlendirmesi sonucu, o kişinin değersiz bir eylemde bulunmayacağından emin olmasını belirtmektedir.[210] İlk bakışta karmaşık görünen bu ifade, esasında sözleşmesel ilişkiler bakımından karşı tarafta uyandırılan haklı güvenin *bona fides* ya da dürüstlük kuralı uyarınca korunmasının felsefi temelini yansıtmaktadır.

[208]**Aral.** Op. Cit. s. 77.
[209]**Yüksel, M.:***Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış,* AÜSBFD, C. 57, S.1, Yıl: 2002, s.177-195, s. 178.
[210]**Kuçuradi, I.:**Etik, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2011, s. 188.

Bir davranış standartı olarak *bona fides,* ahlaki standartlarla da ilişkilendirilmektedir. Keza, iyi ahlak ile kötü ahlak arasındaki sınırın belirlenmesi ahlaki amaçlara ulaşılmasını sağlamakta; *bona fides* ise bu anlamda yol gösterici olmaktadır.[211] Bizzat bir ahlaki değer olarak iyiniyet, hukuki-etik bir prensip olarak görülmektedir. Bu anlamda *bona fides* dürüstlük, sadakat, söze bağlılık gibi pek çok ahlaki ilkeyi bünyesinde taşıyan bir şemsiye prensip olarak değerlendirilebilecektir. Genellikle bu ilke taraflardan birinin, diğerinin menfaatini göz önüne alması biçiminde anlaşılmaktadır. Öte yandan, *bona fides* esasında ahlaki değerlerin hukuk kurallarına nüfuz etmesini sağlayan bir araç konumundadır.[212] Tüm bu açıklamalardan dolayı, *bona fides*'in hukuk kuralı halini almış bir etik ilke olduğu sonucuna varılabilecektir. Buna karşılık bir görüşe göre, *bona fides*'in diğer hukuk kurallarından daha ahlaklı, etik ya da adil olması zorunlu değildir.[213] Bu görüşe katılmak mümkündür. Zira, *bona fides* kurumunun hukuk düzenlerinde kabul edilmesinin nedeni, böylesi etik bir ilkenin kabulünün, işlem hayatını kolaylaştırması bakımından Roma hukukundan bu yana avantajlı görülmesidir. Yine de ekonomik böylesi bir avantaj, ilkenin ahlaki ve etik oluşunu değiştirmeyecektir.

Bona fides kurumunun ahlak ile olan ilişkisi çerçevesinde, hukuk ve ahlakın birbirinden ayrı olması gerektiğini savunan düşünürlerin varlığı da dikkate alınmalıdır. Hukuk ve ahlakın ayrılması, çağdaş hukuk felsefecilerinden özellikle *Bentham*[214] ve *Austin*[215] ile ilişkilendirilmekte olup, bu kişilerin görüşleri esasında

[211]**Severino.** Op. Cit. s. 65.
[212]**Hesselink, M.W.:***The Concept of Good Faith,* (ed. Hartkamp, A.S, E.H. Hondius, C.A. Joustra, C.E. du Perron ve Veldman, M.) "Towards a European Civil Code" Boston: Kluwer Law International, 2004, s. 471-498, s. 473.
[213]**Ibid.,** s. 492.
[214]**Bentham, J.:**A Fragment of the Government, Oxford: Clarendon Press, 1891, s. 100 vd.
[215]**Austin, J**.:Lectures on Jurisprudence, Or, The Philosophy of Positive Law, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005, s. 80 vd.

olan hukuk ile ideal hukukun farklı olduğu biçiminde anlaşılmalıdır.[216] Bu açıdan bakıldığında, ahlaki ilkelerin hukuka nüfuz ederek hukuk kuralı halini alması fikrinin hukuki pozitivizm ile de çelişmediği söylenebilir. Zira, hukuk kuralı halini alan bir etik değer de aslında olan hukukun bir parçası olarak yerini almış bulunmaktadır. Keza, Romanist *fides* kavramının her ne kadar *aequitas naturalis* ile paralel olduğu, diğer bir ifade ile *ius naturale*'den kaynaklandığı söylenebilse de, kavramın gerekleri pozitif hukukla çelişmemiştir.[217]

Bir hukuki pozitivist olarak tanımlanamayan *Dworkin*'e göre ise hukuk, kurallar; ilkeler ve politikalardan oluşmaktadır.[218] Hukuki pozitivistlerin görüşlerine karşılık, *Dworkin*'e göre ilkeler, ahlakiliğin ve hakkaniyetin yansımaları olduklarından hukuken bağlayıcıdırlar. Buna göre, ahlaki ilkelerin hukuki olmasını sağlayan husus, bizatihi hakkaniyet ya da adaletin gereklerine uygun oluşlarıdır.[219] *Bona fides* de pozitif hukuk içerisinde yer almasa dahi etik bir ilke olarak hukuken bağlayıcı olmalıdır.

Aynı zamanda ahlaki bir ilke olarak kabul edilebilecek olan *bona fides* de, diğer ilkelerin ve kuralların hakkaniyete ve adalete uygun olup olmadıklarının tespitinde yardımcı bir görev üstlenmektedir. Keza, çağdaş hukuk felsefecileri de *bona fides*'i açıklamak için *Aristoteles*'in *epieikeia* (hakkaniyet) kavramına başvurmaktadırlar. Zira bazı sistemler, hakkaniyet ile *bona fides* arasında ayrım yapmamakta, iki kavrama da aynı objektif standart gözü ile bakmaktadırlar.[220] Öte yandan

[216]**Kelsen, H.:**Reine Rechtslehre, Wien: 1960, s. 5 vd., **Uygur, G.:***Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?*, AÜHFD, C. 52, S.3, Yıl: 2003, s. 145-175, s. 150.
[217]**Honsell.** Op. Cit. s. 23,**Waldstein.** Op. Cit. s. 77.
[218]**Dworkin, R. :**Taking Rights Seriously, Cambridge: Harvard University Press, 1977, s. 58.
[219]**Uygur.** Op. Cit. s. 158.
[220]**Hesselink.** Loc. Cit.

hakkaniyetle bir tutulsun ya da tutulmasın, *bona fides* özel hukuk bakımından vazgeçilmez bir ilkedir.

Esasında *bona fides'*in bir norm mu, oldukça önem taşıyan bir ilke mi, bir davranış standartı mı olduğu konusunda görüş ayrılıkları mevcuttur. Bu bilgiler ışığında ise, *bona fides'in* etik-ahlaki bir davranış standartı getiren bir doğal hukuk ilkesi olduğu sonucuna varılabilecektir. Öte yandan, pozitif hukuka da pratik sebeplerle alınan bu evrensel ilke, kanunlarda yazılı olarak yer almasa dahi tüm hukuk sistemlerinde uygulanmalıdır. Diğer bir yandan, özellikle medeni kanunlarda bulunan *bona fides* hükümlerinin içeriğinde etik bir ilke barındıran bir genel norm prototipi olma niteliği taşıdığı söylenebilir.[221] Klasik dönem hukukçularının faaliyetlerinden bu yana, hukuk yaratırken pozitif hukuku aşan ve pozitif düzenin ötesinde kalan siyasal, sosyal ve ekonomik gerçekliklerden faydalanılmakta olup, bu değerlerin en önemli örnekleri ise *bona fides*, *aequitas* (hakkaniyet), *ius naturale* (doğal hukuk) ve *utilitas* (amaca uygunluk) olarak göze çarpmaktadır. Hukuk dışı alanlardan türeyen bu değerler, somut olay bağlamında hukuksallaştırıldıklarından, bunlara açık değer *(offene Wertungen)* ya da norm öncesi düzen öğeleri *(vorpositive Ordnungselemente)* olarak da nitelendirilmektedir.[222]

Bu noktada belirtmek gerekir ki, genel norm ile kastedilen *lex generalis* yani genel hüküm olmayıp, Alman literatüründe *"Blankettnorm"* ya da *"Generalklausel"* olarak adlandırılan genel kuraldır.[223] Keza, İsviçre öğretisinde de *bona fides*'e ilişkin

[221]**Roth, G.:**Münchener Kommentar: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 2a, § 241-432, München: C. H. Beck, 4. Auflage, 2003, § 242, No: 3.
[222]**Wieacker.** Offene Wertungen. s. 5 vd., **Behrends, O. (Her. Avenarius, M., Meyer-Pritzl, R. und Möller, C.):**Institut und Prinzip, Band I, Göttingen: Walstein, 2004, s. 58.
[223]**Egger, A.:**Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,, Einleitung, Arts. 1-10, Zurich: Schulthess, 1930, Art. 2, No: 2, **Honsell, H. (ed. Honsell, H., Vogt, N. P. ve Geiser, T.):** Basler Kommentar, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2014, Art. 2, No:3, **Merz, H. (Her. Meier-Hayoz,**

genel hüküm niteliğinde olan İsviçre Medeni Kanunu *Schweizerisches Zivilgesetzbuch* (ZGB) 2. maddesinin, diğer kanun hükümlerinin nasıl uygulanacağını etkileyen; bunların teleolojik olarak yorumlanmasını gerektiren ve taraflara uymaları gereken genel ödevler öngören bir genel norm olduğu kabul edilmektedir.[224] Bu tür normlara, İngilizce olarak içeriklerinin tamamının ancak içtihatlarla gözle görülebilir hale gelebileceği normları ifade eden *"open norm"* ya da *"open ended norm"* adı da verilmektedir.[225] Genel norm, içeriğini oluşturan normatif olgu unsurlarının belirsiz olduğu ve bu belirsizliğin normun somut olaya uygulanması aşamasında ortaya çıktığı norm olarak tanımlanmaktadır.[226] Öğretide bir görüşe göre, *bona fides*'e ilişkin normlar genel norm değildir. Zira *bona fides*'in işlevi aslında hâkimlerin beklenen görevleridir. Keza bu sebeple, Alman hukukunda olduğu gibi *Fallgruppen* (olay grupları) biçiminde *bona fides*'alt kategorilerini oluşturmak da, bu hâlde *bona fides* ancak somutlaştırmayla anlam kazanacağından faydasızdır. Aksi hâlde alt kategoriler paralel bir hukuk sistemine dönüşecektir.[227] Bununla beraber, *bona fides* somutlaştırılmaya muhtaç bir ilke olduğundan bu görüşe katılmak mümkün değildir.[228] Borç ilişkilerinin temeli olan *bona fides*, ifa öncesi, sonrası ve esnasında karşımıza çıkan uygulamaları, hakkın kötüye kullanılması

A.): Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bern: Stämpfli, 1996**,** Art. 2, No: 29, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 114, **Kocayusufpaşaoğlu., N.:**Borçlar Hukuku, Cilt I, İstanbul: Filiz Kitabevi, 6. Bası, 2014, (Borçlar Hukuku), s. 501, **Larenz. K.:**Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allegemeiner Teil, München: C.H. Beck, 14. Auflage, 1987, (Schuldrechts), s. 126, **Gürzumar, O. B.:**Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, (Zorunlu Unsur), s. 33.

[224]**Tercier, P.:** Traité de Droit Privé Suisse, II/1, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008, s. 177-179, No: 493-496, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 70.

[225]**Vogenauer, S.:**Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Oxford: Oxford University Press, 2. Edition, 2015, (Unidroit), s. 176, **Brändli, S.:***Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme Eine rechtvergleichende Untersuchung am Beispiel digitaler Herausforderungen*, Schriften zum Medien und Immaterialgüterrecht, S. 105, Yıl: 2017, s. 39-60, s. 46.

[226]**Gürzumar.** Loc. Cit.

[227]**Hesselink.** Op. Cit. s. 492.

[228]**Chappuis.** Art. 2, No: 11, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 113, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Loc. Cit.

yasağı, sözleşmedeki yan yükümlülükler, kanuna karşı hile gibi pek çok olay grubu bakımından somutlaştırılarak uygulanmaktadır.[229]

Keza, getirilen bu eleştiriler aksine, *bona fides*'in genel norm olması savını güçlendirmektedir. Bir norma genel norm diyebilmek için, normun içeriğinde yer alan unsurların anlamlarının, zaman; yer; içerisinde bulunulan teknolojik paradigma; sosyal çevre gibi pek çok farklı etmene göre değişebilir olması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile, genel normun içeriğinin anlamlandırılmasında hukuk dışı disiplinlere de başvurulmalıdır. Bu anlamda dürüstlük kuralının standart bir hukuki norm olmadığı, bir genel norm niteliği taşıdığı belirtilebilecektir.[230] Yine, bir davranış standartı getirdiğinden, *bona fides* kurumunu düzenleyen genel normlar aynı zamanda standart normu olarak da adlandırılmaktadır.[231] Genel normlar bakımından çoğunlukla yorum boşlukları *(Erkenntnislücken)* ya da İsviçre'de adlandırıldığı gibi hüküm içi boşluklar ortaya çıkmaktadır.[232] Bir kanun hükmünün olaya uygulanması için gerekli unsurları barındırmayan, hâkime araştırma yükümlülüğü yükleyen hâllerde hüküm içi boşluklardan söz edilmektedir.[233] Keza, Alman hukukunda genel normların kanun koyucu tarafından planlanmış bir kanun boşluğu yarattığı da kabul edilmektedir. Bu hâlde ise hâkimin takdir alanı genişlemektedir. Görüldüğü üzere, *bona fides'*in işlevi bu durumda da hâkimin beklenen görevi içerisinde kalmakta, bu nedenle de *bona fides*'in genel norm olmadığına yönelik olarak getirilen itiraz anlam ifade etmemektedir.

[229]**Larenz.** Schuldrechts. s. 127 vd.
[230]**Whittaker, S. ve Zimmermann, R.:***Surveying the Legal Landscape* in (ed.Zimmermann, R. ve Whittaker, S.) "Good Faith in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 7-63, s. 30.
[231]**Merz.** Art. 2, No: 29.
[232]**Gürzumar.** Zorunlu Unsur. s. 34.
[233]**Oğuzman, K ve Barlas, N.:**Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 23. Bası, 2016, s. 71.

Çağdaş hukuk felsefecilerine göre, özellikle objektif iyiniyet normatif bir kavram olarak görülmektedir.[234] *Bona fides* bu anlamda sadece kamu hukuku bakımından değil, başta sözleşmeler hukuku olmak üzere borçlar hukuku hatta özel hukukun tümü açısından en yüksek norm olarak değerlendirilebilmektedir. Bundan ötürü, *bona fides* prensibine zımnen dahi atıf yapmayan bazı kuralların bile özünde bu etik ilkeye dayandığı belirtilebilmektedir.[235] Öğretide bir görüş, *bona fides*'in hukukun genel ilkelerinden olduğunu savunurken; bir görüşe göre ise yazılı hukuk kuralı hâline getirilmemiş olsa dahi uygulanacağından *bona fides* bir doğal hukuk ilkesidir.[236]

Kanımızca, *bona fides*, doğal hukuka dayanan bir etik ilke niteliğinde olup, hukukun genel ilkesi mertebesine yükselmiştir. Etikte rasyonalist olan *Immanuel Kant*'a göre, etik bilgi akıl bilgisi olarak yorumlanmalıdır.[237] Bu anlamda, pratik aklın eseri olan *bona fides* gibi değerlerin giderek önem kazanacağı; zira, somut olayların çeşitliliği ile teknolojik ve sosyal gelişmelerin hızla ivme kazanması nedeniyle kanun koyucunun rolünün gitgide zayıflamak durumunda olacağı akla gelmektedir.[238] Bu çekinceyi gidermek adına, hâkime verilen takdir yetkisi ise, artmak zorunda kalacak olup, bu durum, Kıt'a Avrupası hukuk sisteminin Anglo-Amerikan sistemine yaklaşması sonucunu doğuracaktır.

---

[234]**Gernhuber, J. ve Grunewald, B.:**Burgerliches Recht, Ein Systaematisches Repertorium, München: 1998, s. 106.
[235]**Hesselink.** Op. Cit. s. 473.
[236]*Honsell* ve ZGB Art. 2 ilk görüşü desteklerken; *Gürzumar* ve *Hatemi, bona fides*'in bir doğal hukuk ilkesi olduğunu savunmaktadır. **Gürzumar.** Op. Cit. s. 38.
[237]**Özlem, D.:**Etik: Ahlak Felsefesi, İstanbul: Notos Yayınevi, 2014, s. 147, **Kant, I. (çev. Kuçuradi, I., Gökberk, Ü., Durusoy, G., Akatlı, F.):**Pratik Aklın Eleştirisi, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1999
[238]**Severino**. Op. Cit. s. 64, **Hüpers, B.:**Karl Larenz- Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, Berlin: Berliner Wissenschafts Verlag, Band 49, 2008, s. 33.

Keza, Roma hukukunda yer alan *Digesta* metinleri de esasında hukuki içtihatları içermekte; bu yönüyle tümevarım yöntemini izlemiş olan Roma hukuku, sistematik olarak tümdengelim yöntemini izlemekte olan Kıt'a Avrupası hukukundan ziyade, Anglo-Sakson hukuk sistemine kaynaklık etmektedir. Son dönemde artan Kıt'a Avrupası ile Anglo-Amerikan hukuk sistemlerinin birbirlerine yaklaştırılması girişimlerinde ise, uygulama ve terminoloji farklılığı nedeniyle çeşitli problemler ve tıkanıklıklar ortaya çıkmaktadır.[239] İşte, bu olası sorunları önlemek için ihtiyaç duyulabilecek aracın ise, Kıt'a Avrupası pozitif hukuku bakımından bir genel norm niteliği taşıyan; ancak özünde doğal hukuka dayanan ve *bona fides* olarak kavramlaştırılan genel etik ilke olduğu savunulmaktadır.[240]

III. *Bona Fides*'in Diğer Kavramlarla İlişkisi

Uygulamada oldukça önem taşıyan ve fakat içeriğinin tam olarak belirlenmesi çok zor olan *bona fides* kavramının anlaşılabilmesi için, bu kavramın benzer ve yakın kavramlarla ilişkisinin ortaya konulması gerekmektedir. Bu açıdan *bona fides* ile *aequitas* (hakkaniyet) ve *iustitita* (adalet) kavramları arasındaki ilişkinin derinlemesine incelenmesi faydalı olacaktır. Nitekim, bu üç kavram arasındaki dinamikler, Roma hukukundan beri tartışılmakta olup, bu ilişkilerin aydınlatılması ise, kavramların işlevlerinin anlaşılması açısından zorunludur.

[239] **Racine, Sautonie, Tenenbaum ve Wicker.** Op. Cit. s. 29.

[240] İlkeler ile genel normlar, somutlaştırılmaları bakımından mahkeme kararlarına ihtiyaç göstermeleri bakımından benzeşmektelerdir. Öte yandan, bir görüşe göre, ilkelere uyulmaması mümkündür. Bu nedenle, ilkelerin bağlayıcı olabilmesi için, ya genel norm niteliğinde düzenlenmeleri ya da genel bir kabul ile benimsenmeleri gerekmektedir. *Bona fides* ise, doğal hukuka dayanan yapısı ve tarihsel gelişimi neticesinde evrensel olarak benimsendiğinden, genel norm olarak düzenlenmemiş dahi olsa dikkate alınmalıdır. **Brändli.** Op. Cit. s. 47.

A. *Bona Fides* ve *Aequitas* (Hakkaniyet)

Roma hukukunun amacı her zaman toplam faydanın maksimize edilmesi olmuş; öte yandan, aynı zamanda hukuk kurallarının ya da varılan hukuki yargıların genel bir adalet duygusuna uygun olması da istenmiştir. Adaletin sağlanması için gereken ölçüt ise, somut olay adaletini sağlayan hakkaniyet kavramıdır. *Aequitatis ratio,* Roma hukukunda adalet duygusu olarak dış dünyaya yansımıştır.[241] Zira, Roma hukukundan günümüze gelen *"summum ius summa iniuria"*[242] düşüncesine göre, katı ve şekilci hukuk kurallarının tüm somut olaylara aynı biçimde uygulanması, adaletten çok adaletsizlik yaratmaya yarayacaktır.[243] Bu nedenle hukuku uygulayan makamın, bu kuralları somut olay koşullarını dikkate alarak uygulaması adaletin sağlanmasına hizmet edecektir.[244] *Bona fides* ile *aequitas* öğretide birbirine çok yakın kavramlar olarak değerlendirilmekte olup, hakkaniyet kavramının sınırlayıcı bir işlevi olduğu düşünülmektedir. *Bona fides* ise hakkaniyetin sağlanmasında yol gösterici bir nitelik taşımakta ve gerek Roma hukuku, gerekse çağdaş hukuklarda hakkaniyet ile fonksiyonel açıdan bağlantılı görülmektedir

Aequitas kavramı, Türk hukuk literatüründe "hakkaniyet" ya da "nasafet" sözcükleri ile ifade edilir.[245] *Aequitas* sözcüğü etimolojik olarak incelendiğinde, bu sözcüğün Latince eşitlik ve düzlüğü ifade eden *"aequus-a-um"* sözcüğünden türemiş olduğu görülmektedir. Dahası, *aequitas* kavramının etimolojik kökeninin Sanskritçe ve Yunanca'ya dayandığı ve Sanskritçe bir ya da tek anlamına gelen *aikya* ile Yunanca

[241]**Di Marzo.** Op. Cit. s. 23.
[242]Bkz. **Cicero.** *De Officiis.* 1. 33, **Honsell**. Op. Cit. s. 11.
[243]**Buckland, W. W.:**A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinans,Cambridge: Cambridge University Press, 1950, (Roman Law), s. 55.
[244]**von Lübtow.** Op. Cit. s. 473.
[245]**Gürten, K.:**Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, (Hakkaniyet), s. 29.

uygun, eşit, olası anlamına gelen *eíkós* sözcüğüyle bağlantılı olduğu bilinmektedir.[246] Yunanca *epiekieia* kavramı da buradan gelmektedir. Bu etimolojik inceleme sonucunda, *aequitas* sözcüğünün özünde eşitliği ifade ettiği sonucuna varılabilir. Nitekim, bu veri kavramın doğasıyla ilgili önemli ipuçları da vermektedir. Zira hakkaniyet, hukukun kişilere eşit şekilde koruma sağlamasına hizmet eden önemli bir olgudur. İngiliz hukukunda mevcut olan "eşitlik hakkaniyettir" deyişi de bu yargıyı doğrular niteliktedir.[247]

Buna göre, hakkaniyetin hukuk kurallarının konuluş aşamasında, somut olayların bazı şart ve özelliklerinin önceden bilinememesi nedeniyle ortaya çıkacak olan sakıncaları ortadan kaldırmak amacıyla benimsenen bir kavram olduğu söylenebilir. Toplumsal gelişmeler ve değişimler, hukuk kurallarının ilk anlarında öngörülemeyen bazı değer ve etkilere sahip olmasına neden olabilmektedir. Bu hâlde, karar mekanizmalarının yalnızca dönemin pozitif hukukuna dâhil olan kurallara dayanarak işlemesi adalete aykırı sonuçlar doğurabilecektir. Karar verirken, hukukun genel amacı ve kuralların özündeki anlamlar değerlendirilmelidir. Bu çerçevede hakkaniyet kavramının özellikle hukukun uygulanması bakımından önem taşıdığı göze çarpmaktadır.

Nitekim, *Aristoteles* de adalet ve *epieikeia* kavramlarına çok önem atfetmiş olup, *epieikeia*'yı ağırlıklı olarak üstün tutmuştur. *Aristoteles, epieikeia*'yı adil olana tercih etmiş ve zaten hakkaniyetli olanın adaleti içinde barındırdığını belirtmiştir. *Aristoteles*'e göre *epieikeia* kavramı, kanun hükümlerinin içerisinde doğası gereği bulunan muğlaklık ve soyutluğun getirdiği sakıncaları ortadan kaldıran ve tarafların

[246]**Tella.** Op. Cit**.** s. 22.
[247]Orjinali için bkz. *equality is equity.*

menfaatlerini dengeleyen bir işleve sahip olmuştur. Bu kavram ile ulaşılmaya çalışılan, adeta yargıcın tüm çevresel faktörleri öngörüp değerlendirmesini ona göre yapabilseydi varacağı sonuçtur.[248] Bu anlamda, *epieikeia* kavramının Antik Yunan adalet sisteminin kusurlarını giderici bir fonksiyona sahip olduğu söylenebilmektedir.

Cicero ise *aequitas* kavramını, kimi zaman adil, doğru, haklı anlamına gelen *iustum*; kimi zaman ise doğruluk, fazilet, erdem anlamına gelen *rectum* kavramları ile paralel olarak kullanmıştır.[249] *Digesta*'da yer alan ve *Celsus*'a ait olan bir ifadeye göre ise *"ius est ars boni et aequi"*[250] yani "hukuk iyiyi ve hakkaniyetli olanı bulma sanatıdır."[251] Bu anlamda, *ius civile*'nin düzeltilmeye muhtaç olduğu hâllerde karşımıza çıkan *aequitas* ile *bonum et aequum* kavramları, aslında eş değer olarak değerlendirilebilmektedir.[252] Keza, öğretide de bu kavramların birbirinin soyundan geldiği konusunda şüphe yoktur.[253] İnsanoğlunun somut olaylar bakımından hakkaniyete ulaşma çabası çağlar boyunca devam etmiş olup, günümüzde de hâlen sürmektedir. Hukukun genel amacının iyiye ve hakkaniyetli olana ulaşmak olduğu görülmektedir. Hakkaniyeti sağlamak adına hâkimin ihtiyaç duyabileceği en faydalı kılavuzlardan bir tanesi, *bona fides* ilkesidir. [254]

[248]Bkz. **Aristoteles.** *Ethika Nicomachea.*1l37b.
[249]**Gürten**. Hakkaniyet. s. 59.
[250]D.1.1.1 pr., **Honsell**. Op. Cit. s. 19.
[251]Öte yandan, burada bahis konusu *"ars"* sözcüğü günümüz anlamında sanat değil, Yunanca *"techne"* olarak ifade edilen beceri anlamında kullanılmıştır. Zira, bu değerler kullanılarak verilen kararlar iyi ve hakkaniyetli kararlar olup, neticede adaleti sağlamaktadırlar. **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 28, **Villey.** Droit Romain. s. 48, **Pringsheim, F.:***Bonum et Aequum*, ZSS, Romantische Abteilung, C. 52, Yıl:1932, s. 78-155, (Bonum et Aequum) s. 84, **Koçhisarlıoğlu, C., Söğütlü Erişgin, Ö.:**Roma Özel Hukuku Uygulamaları, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2016, s. 10.
[252]**Schermaier.** Contract Law. s. 87, **von Lübtow.** Loc. Cit.
[253]**Busnelli, F.D.:***Note in Tema Di Buona Fede ed Equità*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 225-257, s. 226, **Pringsheim.** Op. Cit. s. 79.
[254]**Busnelli.** Loc. Cit.

Gaius'un *Institutiones*'inde bulunan belirli metinler bakımından, *"ex aequo et bono"* ile *"bona fides"* kurumlarının aynı anlama gelip gelmediği tartışılmaktadır. Gai. *Ins.* 3.137 metni uyarınca:

> *"Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in uerborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur."*

> "Bunun gibi, bu sözleşmelerde taraflar karşılıklı olarak sorumludur. Zira, her birisi diğerine hakkaniyetin gereklerini ifa etmekle yükümlüdür; öte yandan, sözlü borçlar bakımından bir taraf sözleri söylerken diğeri kabul eder ve bir taraf böylelikle bir borç yaratırken diğeri yükümlülük altına girer."

Bu metin ile beraber *Gaius*'un *Institutiones*'indeki diğer metinler incelendiğinde, aslında hakkaniyetin gereklerinden kastın *bona fides*'in gerekleri olduğu görülmektedir.[255] Nitekim, ifanın ölçütünü belirleyen husus, hakkaniyet değil *bona fides*'tir. Öte taraftan, *bona fides*'e uygun ifa ile de, hakkaniyetin sağlanmasına hizmet edilmektedir. Bu metin, Roma hukukunda *bona fides* ile *aequitas*'ın aynı anlamda kullanılacak denli ilişkili bulunduğunun bir göstergesidir.[256] Keza, *bonum et aequum* ifadesindeki *bonum* sözcüğü de *bona fides'*e işaret etmektedir.[257]

[255]Gai. *Ins.* 3.155.
[256]**Sansón Rodriguez, M.V.:***La Buena Fe en el Ejercicio de los Derechos y en en Complimiento de los Obligaciones desde La Perspectiva Del Derecho Privado Romano,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 293-258, s. 299.
[257]**Pringsheim.** Bonum et Aequum. Loc. Cit.

Roma hukukunda hakkaniyet kavramı yer ve zamana bağlı olarak farklı anlamlara gelebilmiş olup, uygulamadaki önemi ise her zaman yüksek olmuştur. *Aequitas*, içerisinde iki basit anlamı barındırmaktadır. Bunlardan ilki, *fides* yani söze bağlılık iken; ikincisi ise belirli davranış standartlarına uymayı ifade etmektedir.[258] *Ius civile* döneminin formalist ve katı olan örf-adet ve hukuk kurallarından oluşması, özellikle klasik Roma hukuku kurallarının ötesinde olan bir olguya olan ihtiyacı artırmıştır. Dolayısıyla, pozitif hukukun ötesinde, kişilerin gerçek anlamda adalet kavramına mümkün olduğunca yakınlaşmasını sağlayacak ayrı bir kriter olan hakkaniyet hızla gelişmiş ve Roma hukukunun temel kavramlarından biri hâline gelerek, günümüz hukukundaki yerini de sağlamlaştırmıştır. Hakkaniyet, bu noktada pozitif hukuka dönüşmüş olmasa dahi, sosyal bilincin taleplerine cevap vererek; hukukun yaratılmasında, yorumlanmasında ve değiştirilmesinde rol oynayacak bir kavram durumuna gelmiştir.[259]

Bununla beraber, klasik dönem incelendiğinde, *ius civile*'nin Roma vatandaşlarına özgü kurallar içerdiği de göze çarpmaktadır. Öte yandan, cumhuriyet döneminin sonlarına doğru Roma'da ilkçağların olağan *civitas* sınırları aşılmış, yabancı kavimlerle olan ilişkiler genişlemiştir. Ayrıca, sosyal ve ekonomik hayatta ticaretin yeri de oldukça fazlalaşmıştır. Bu yapısal dönüşüm, *ius civile*'nin yetersiz kalmasına neden olmuş, kavimler hukukunu ifade eden *ius gentium* ortaya çıkmış ve özellikle *aequitas* kavramına olan ihtiyacı ve bu kavramın uygulamasını artırmıştır.[260] Bu

[258]**Schermaier.** Contract Law. s. 88.
[259]**Tella.** Op. Cit. s. 24.
[260]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 91 vd., **Emiroğlu, H.:**Ius Gentium (Kavimler Hukuku), Ankara: Değişim Yayınevi, 2007, (Ius Gentium), s. 30 vd., Bkz. II. Bölüm-I-B.

devire dek kamu hukuku ile karışmış görünen özel hukukun da kendine özgü temeller üzerine kurulmaya başlanması bu zamana denk gelmektedir.[261]

M.S. 2. yüzyıl sonlarında ise, Roma yurttaşları arasındaki hukuki uyuşmazlıkları çözen *praetor urbanus* (şehir *praetor*'u) tarafından karara bağlanan uyuşmazlıklar bakımından da *ius gentium* kökenli *aequitas*'ın gözetilmesi hukuki bir devrim niteliğindedir.[262] Zira, hukuk kurallarının somut olayların özelliklerine göre yorumlanarak uygulanması ihtiyacı vatandaş olan ya da olmayan her birey için söz konusu olmuştur. Bu hâlde *praetor*, adeta hakkaniyetin bir temsilcisi hâline dönüşmüştür. Roma hukukunda hakkaniyetin sağlanması için başvurulan yegâne ilke ise *bona fides* olmuştur. Keza, *bonum et aequum* ifadesinde yer alan *bonum'*un sağlanabilmesi de, *praetor'*un takdir yetkisi vasıtasıyla söz konusu olmuştur.[263] Roma hukukunda yer alan *aequitas* kavramının, hukukun eşitlikçiliğine de hizmet ettiği de görülebilir. Nitekim, eşitlik, hakkaniyet ilkesinin gelişimindeki en büyük etkenlerden biri olup, adaletin göstergeleri arasında değerlendirilmektedir.

Özellikle klasik dönemde kendisini gösteren *Sabinianus* ve *Proculianus* okulları arasındaki fikir ayrılıkları, hakkaniyet kavramı üzerinde de yoğunlaşmıştır. *Proculianus* okulu, lafzi yorumun önemini kabul etmiş ve hukuk kurallarını bu anlayışa göre uygulamanın gereğini savunmuştur. *Sabinianus* okulu ise, *Proculianus* okulunun aksine, kanunları katı lafızlarının çok ötesinde yorumlamıştır. Bu açıdan, iki okul da çalışmalarının büyük bir kısmını hakkaniyet arayışına ayırmış olsalar da; ilkenin kavramsal olarak gelişmesi bakımından *Sabiniani*'nin çalışmaları oldukça

[261]**Gürten.** Hakkaniyet. s. 49.
[262]**Busnelli.** Loc. Cit.
[263]**Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 94.

önem taşımaktadır.[264] Yine, Roma'da *praetor*'ların yanı sıra *iurisprudentia* yani hukuk bilimi de, *aequitas* olgusunu anlamaya ve hukuk düzenine yerleştirmeye çalışmıştır.[265]

Bu noktada, özellikle *bona fides*; *animus* (hukukun ruhu); *utilitas* (fayda) ve *honestas* (dürüstlük) ilkeleri, hakkaniyet kavramından türemiş olan ilkeler olarak temel alınmıştır.[266] Keza, *Ulpianus*'a göre hukuk *"ex boni et aequi scientia"* yani "iyilik ve hakkaniyet bilimi" olarak açıklanmıştır.[267] Tüm bu bilgiler ışığında, *bona fides* olgusunun hakkaniyet kavramından türediği ve somut olay bakımından adalete ulaşma çabasına hizmet ettiği sonucuna varılmaktadır. *Bona fides* ilkesinin bu işlevi ise, çağdaş hukuk düzenlerine büyük ölçüde yansımıştır.

Buna karşılık, *Pringsheim*'a göre *aequitas* ve *bona fides* arasında doğrudan bir ilişki yoktur. Buna göre *aequitas*, hukukun eleştirilmesi ve yorumlanması için bir araç olarak sadece geçmiş hukuklar ve gelecek hukuklar arasında bağlantı sağlar.[268] Öte yandan, bu işlevlerin gerçekleşmesi için de alt mekanizmalara ihtiyaç olup, bunlardan en önemlisi *bona fides*'tir. *Bona fides* ile *aequita*s arasındaki ilişki *Digesta* metinlerinde de açıkça göze çarpmaktadır. *Tryphonus*'a ait bir metinde, *"bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat"* yani "sözleşmelerde dikkate alınması gereken *bona fides*, hakkaniyetin en yüksek ölçüsünün mevcudiyetini gerektirir" denilerek, bu ilişki gözler önüne serilmektedir.[269] Buna

[264]**Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 94.
[265]*Iurisprudentia*, hakkaniyet ve adalete uygun olduğu müddetçe uygulanması gereken haklı ve haksızın bilgisi olarak tanımlanmaktadır. **Umur.** Lügat. s. 99, **Monier.** Tome I. s. 91, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 462.
[266]**Tella.** Op. Cit. s. 29.
[267]D.1.1.10.2.
[268]**Pringsheim, F.:**Aequitas und Bona Fides, Milano: Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacre Cuore, 2. Serie, Vol. 33, 1931, (Bona Fides), s. 194.
[269]D. 16.3.31.pr.

göre, *aequitas* menfaatlerin dengelenmesini ifade etmekte; *bona fides* ise, buna denk tutulmaktadır.[270] *Postglassator*'lardan *Baldus* da *"bona fides aequitatem desiderat"* yani *"bona fides* hakkaniyeti gerektirir" diyerek, bu düşünceyi devam ettirmiştir.[271] Öğretide, *Baldus*'un da *aequitas* ile *bona fides*'i aynı anlamda kullandığı ileri sürülmektedir.[272]

Aslında *bona fides* kurumu, *aequitas* kavramı tarafından içselleştirilmiştir. Roma hukukunun post-klasik dönemi bakımından da, *aequitas* kavramı farklı bir öneme sahip olmuştur. Klasik hukuk dönemi sonundan itibaren *bona fides*, yerini dereceli olarak *aequitas naturalis* (doğal hakkaniyet)'e bırakmıştır.[273] Bu durumun pek çok sebebi olduğu düşünülebilse de, kuşkusuz aralarında en önemlisi *bona fides* kavramının *formula* usulü ile sıkı sıkıya bağlı oluşudur. *Formula* usulü kullanılmamaya başlandıktan itibaren, *bona fides* kurumu da diğer etik ilkelerle bir rekabete girmiştir.[274] Keza, çağdaş hukukta da *bona fides*'in *aequitas*'ı içerisine aldığı ve objektifleştirdiği kabul edilmektedir.[275]

Bu anlamda, *aequitas* ve *bona fides*'in, özellikle *boni mores* (iyi ahlak) kavramı ile ilişkilendirildiği görülmektedir.[276] Özellikle, bu dönemde Hristiyanlık'ın Roma üzerindeki etkisi hakkaniyet kavramı üzerinde de yoğunlaşmıştır. Bu nedenle, hakkaniyet çoğunlukla *humanitas* (insaniyet), *benignitas* (iyilik), *pietas* (dindarlık)

[270]**Busnelli.** Loc. Cit.
[271]**Horn**. Op. Cit. s.103.
[272]**Busnelli.** Op. Cit. s. 227.
[273]**Waldstein.** Op. Cit. s. 75.
[274]**Schermaier**. Contract Law. s. 89.
[275]**Wolf, M. ve Neuner, J.:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München: C. H. Beck, 10. Auflage, 2012, s. 232, **Busnelli.** Op. Cit. s. 230.
[276]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s 29, **Schermaier.** Op. Cit. s. 88.

ya da *clementia* (merhamet) gibi kavramlarla bir tutulmuştur.[277] Bu kavramların türetilmesinde, doğalcı ve kozmolojik metafizik odaklı insan anlayışına karşı Hristiyan antropolojisi ile oluşan yeni insan anlayışının etkili olduğu savunulmaktadır.[278]

Esasında *aequitas, humanitas* ya da *benignitas* gibi ilkeler *bona fides*'e göre daha kapsamlı ve esnek olarak değerlendirilebilirler. Taraflar arası sadakat ile *fair dealing* yani "dürüst iş yapma"[279] kavramlarını barındıran *bona fides* ise şekillendirdiği hukuki kurumlar ve doğurduğu yavru kurallar ile Kıt'a Avrupası medeni hukukuna miras kalmıştır.[280] Görüldüğü üzere, hakkaniyetin "iyilik"; "dürüstlük"; "iyiniyet" kavramlarını barındıran *bona fides* ile olan ilişkisi, dinin etkisiyle de kuvvetlenmiştir.

Öte yandan, klasik sonrası dönemde Hristiyanlık'ın yaygınlaşması ile birlikte hakkaniyet kavramına yüklenen yeni anlamlar ile *aequitas*'ın zayıf tarafın korunması adına katı kurallarda değişiklik yapma işlevi de belirginleşmiştir. Roma hukukunun geç dönemlerinde, her ne kadar anlayış farklılıkları olsa da, *aequitas* kavramı önemini korumuştur. *Iustinianus* döneminde Roma hukukunun düzenlenmesi ve kodifikasyonu amacıyla *Corpus Iuris Civilis*'in oluşturulması ise, Roma'da yer alan hakkaniyet anlayışının açıkça ortaya konması bakımından önem taşımaktadır.

---

[277]Bu durum, özellikle Roma'daki hukukçu sınıfı ifade eden *prudentes*'in çalışmalarıyla ortaya çıkmıştır. **Buckland.** Roman Law, s. 55, **Karagöz.** Op. Cit. s. 70, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 483, **Palma, A.:***Violazione del Criterio Della Buona Fede E Risarcibilità del Danno Conseguente: Brevi Profili Comparatistici*,(ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 27-49, s. 28.

[278]**Tella.** Op. Cit. s. 31.

[279]*Fair dealing* kavramı, *Oğuz* tarafından "dürüst davranma" olarak çevrilmektedir. Bu ifadenin "dürüst iş yapma" şeklinde anlaşılması da mümkündür. İtalyanca *correttezza* olarak adlandırılan kavram, hem Türk Medeni Kanunu (TMK) madde 2 anlamında dürüstlük kuralını; hem de dürüst davranma yükümlülüğünü içermektedir. Öte yandan, *bona fides*'in tüm bu kavramları karşılayan genel bir ilke olduğu savunulmaktadır. Bu nedenle, çalışmada bu teknik kavramların üst başlığı olarak, Latince *"bona fides"* kullanılmaktadır. **Oğuz.** Unidroit. s. 11.

[280]**Schermaier.** Contract Law. s. 89.

Nitekim, *ius aequum'*un birincil hukuk kaynağı olarak kabul edildiği bu dönemde, *bona fides* bir standart olarak belirlenmiş olup, bu standardın temelini ise *aequitas* oluşturmuştur.[281]

Ortaçağda hakkaniyet ve *bona fides* kavramları birlikte düşünülmüş olup, bu durum özellikle uluslararası ticaret hukukunu ifade eden *lex mercatoria*'nın tarihsel ve modern gelişiminde büyük rol oynamıştır.[282] Bununla beraber, Kanonik hukuktaki hakkaniyet algısını ifade eden *aequitas canonica, bona fides'*in düzeltici işlevini üstlenmiştir.[283] Ortaçağ hukukçusu *Aquinas* da, hakkaniyeti *Aristoteles'*in *epiekeia* kavramı olarak kullanmıştır. Kanunlar genel hatlarıyla hazırlanmış olup, somut olayda kanun koyucu durumu öngörebilseydi, o kuralın uygulanmasını tercih etmeyeceği şartlar ortaya çıkabilmiştir. Bu anlamda, *Aquinas*'a göre *aequitas* kavramı somut olayda böylesi bir kuralın uygulanmamasını ifade etmiştir.[284] *Baldus* da hakkaniyet kavramına iki farklı anlam yüklemiştir. Bunlardan ilki, *aequitas in specie* yani özel hakkaniyet olup, *Aristoteles* ile *Aquinas*'ın anlayışına paralel olarak şartların gerektirmesi hâlinde kanundan sapabilme imkânı veren olguyu yansıtmaktadır. Buna ek olarak *Baldus*, *aequitas in genere* yani genel hakkaniyet kavramını da ele almıştır. Bu kavram ise, basit bir ifadeyle somut olayın şartları ve kanunun özünü dikkate alarak adil bir sonuca ulaşmak anlamına gelmektedir.[285] Bu açıdan düşünüldüğünde *aequitas in genere* genel bir ilkeyi ifade ederken; *aequitas in specie*, bu ilke ile amaçlanan sonuca ulaşmak için izlenecek yolu ifade etmiştir. Bu açıdan *bona fides* ise *aequitas in genere* ile hedeflenen amaca daha yakın görülmektedir.

[281]**Racine, Sautonie, Tenenbaum ve Wicker.** Op. Cit. s. 154, **Schermaier.** Loc. Cit.
[282]**Meyer.** Op. Cit. s. 61.
[283]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 13.
[284]**Gordley**. Medieval Law. s. 108.
[285]**Horn.** Op. Cit. s. 36.

Öte yandan, *Baldus* da *bona fides*'in hakkaniyeti kapsadığını belirtmektedir. Hakkaniyet *bona fides* olgusunun bünyesinde yer almakta olup, salt sadakat ve salt *dolus*'un yokluğundan ayrı tutulmalıdır.[286] Buna göre, *bona fides*'in çeşitli katmanları vardır. İlk bakışta *dolus*'un yokluğunu ifade eden *bona fides*, daha derin anlamıyla hakkaniyetin sağlanmasını da içermektedir. Keza, hakkaniyetin uygulaması olan özel hukuk ilişkilerinde orantılılık ilkesinin kökeni de *bona fides*'tir.[287]

Hakkaniyet ile *bona fides* arasındaki ilişkinin tarihsel boyutu, çağdaş bir takım sorunların incelenmesinde de önem taşımaktadır. Bu sorunlar, iki kavram arasındaki fonksiyonel yakınlıktan ileri gelmektedir. Alman hukukunda *Codex Maximilanus Bavaricus* kapsamında *Treu und Glauben* (dürüstlük) kuralı, ilk olarak hakkaniyet ilkesi olarak kabul edilmiştir.[288] Günümüzde, Alman Medeni Kanunu *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB)'da *bona fides* ve *aequitas*'ın farklı kavramlar olarak ele alındığı söylenebilse de; *Treu und Glauben* kuralını düzenleyen BGB § 242, hakkaniyetin sağlanmasına da hizmet etmektedir.[289]

Türk-İsviçre hukukunda[290] ise, hâkimin takdir yetkisini kullanması gerektiğinde, hakkaniyete göre karar vereceği düzenlenmiştir.[291] Mehaz ZGB ve Türk Medenî

[286]**Gordley.** Op. Cit. s. 109.
[287]**Merz.** Art. 2, No: 375.
[288]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 2.
[289]**Racine, Sautonie, Tenenbaum ve Wicker.** Op. Cit. s. 154.
[290]**TMK 4:***"Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."*
ZGB 4:*"Wo das Gesetz das Gericht auf sein Ermessen oder auf die Würdigung der Umstände oder auf wichtige Gründe verweist, hat es seine Entscheidung nach Recht und Billigkeit zu treffen."*
[291]743 sayılı Türk Kanunu Medenisi'nde (MK) hakkaniyet kavramı, "hak ve nısfet" olarak anılmıştır. Bir görüşe göre, bu kavramlar farklı olup, eş anlamlı olarak kullanılmamakta, hak terimi takdir yetkisinin kullanılması anlamına gelirken nısfet ifadesinin ise sübjektif bir adalet duygusuna işaret etmektedir. Öte yandan, hâkim görüş ise bu iki kavramın bir bütün olarak hakkaniyet anlamına geldiğini savunmaktadır. **Akipek, J ve Akıntürk, T.:**Türk Medenî Hukuku I, Başlangıç Hükümleri,

Kanunu (TMK) 4. madde uyarınca, "kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir."[292] Doğruluk ve güven ilkesini ifade eden dürüstlük kuralı ile hâkimin hakkaniyete uygun olarak kullanacağı takdir yetkisi arasında da bağlantı vardır.[293] Nitekim, *bona fides* hakların kullanılmasının ve borçların yerine getirilmesinin biçimini ve yöntemini saptamaktadır.[294] Keza, özel hukuk ilişkilerinin içeriğini düzenleyen ZGB 2 I ile TMK 2/I hükümleri de bir yanıyla hakkaniyetin sağlanmasına hizmet etmekte olup, *aequitas, bona fides*'in vazgeçilmez bir unsuru olarak görülmektedir.[295] Görevi bakımından takdir yetkisi de aynı amaca hizmet etmektedir. Keza, Alman hukukunda BGB § 242 hükmünün bir yetki normu olduğu da savunulmaktadır.[296] TMK 4 kapsamında hakkaniyet ise, hâkimin somut olay koşullarını ve menfaatler dengesini dikkate alması biçiminde açıklanmaktadır. Görüldüğü üzere, çağdaş hukukumuzdaki hakkaniyet olgusu Romanist *aequitas*'tan farklı değildir.[297]

Öte yandan, *bona fides* kuralının uygulama alanı, takdir yetkisine göre daha geniştir; zira, Türk-İsviçre hukukunda hâkimin takdir yetkisi sadece belirli olaylar ile sınırlı iken, *bona fides* tüm sözleşme ilişkilerinde gözetilmektedir. Buna ek olarak, *bona fides*, kanunun yorumlanması ile istenmeyerek meydana gelmiş olan hukuk boşluklarının doldurulmasında önem taşırken; takdir yetkisi sadece *intra legem*

İstanbul: Beta Yayınevi, 6. Baskı, 2007, s.145 vd.**Tekinay, S.S.:**Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul: İÜHFY, 1978, s. 67.

[292]Türk-İsviçre medeni hukukuna göre, bu hâller kanunda "uygun miktarda" maddi ya da manevi tazminat ödenmesini, "gerekli önlemlerin" alınmasını, ya da "önemli sebeplerin" dikkate alınmasını öngören hükümlerdir. **Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. 91.

[293]**Merz.** Art. 2, No: 83.

[294]**Edis, S.:**Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara: AÜHFY, 6. Bası, 1997, s. 204.

[295]**Egger.** Art. 2, No: 3, **Chappuis, C. (ed. Pichonnaz, P. ve Foëx, B.):** Commentaire Romand, Code Civil I, Art. 1-359 CC, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2. Édition, 2011, Art. 2, No: 1.

[296]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 114, 1162.

[297]**Altaş, H.:**Medeni Hukuk Başlanguç Hükümleri, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015, s. 355.

(kural içi) boşluklar bakımından önem arzetmektedir.[298] Yine de hâkim, hakkaniyete göre karar verirken *bona fides*'i de gözettiğinden, *bona fides* ile hakkaniyet *intra legem* boşluklar bakımından ayrılmaz bir ikilidir.

Fransız hukukunda ise *bona fides*, hakkaniyetin dış dünyaya yansıması olarak görülmektedir.[299] Fransız C.Civ.'in 1134 ve 1135. maddeleri de, bu duruma örnek olarak verilmektedir.[300] C.Civ. 1134. maddesi uyarınca sözleşmelerin *bona fides*'e uygun biçimde ifa edilmesi gerekmekte olup, onu takip eden 1135. madde[301] ise, sözleşmelerin bağlayıcılığında hakkaniyetin önemini vurgulamakta ve bu iki kavram arasındaki yakınlığa dikkat çekmektedir. [302] Alman hukukunda da, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi ahlak ve hukukun birbirinden kesin çizgilerle ayrılmadığı kabul edilmekte; bu nedenle hakkaniyetin öneminin hep yüksek olduğu savunulmaktadır.[303] Buna göre, *"Billigkeit"* olarak anılan hakkaniyet, BGB'nin farklı paragraflarında münferit olarak düzenlenmektedir.[304] Her ne kadar Alman hukukunda, hakkaniyet kavramının Romanist *aequitas*'tan daha farklı algılandığı öğretide kimi zaman savunulsa da, iki kavram içerik itibariyle aynıdır. Buna paralel olarak, BGB § 242 hükmünün de hakkaniyete aykırı durumları düzeltici ve taraflar arasında menfaat dengesi kurucu nitelikte olduğu kabul edilmektedir.[305] Bu hususta verilebilecek bir diğer örnek ise Hollanda hukukudur. Büyük ölçüde Alman

[298]**Altaş.** Op. Cit. s. 355.
[299]**Racine, Sautonie, Tenenbaum ve Wicker.** Loc. Cit.
[300]Fransız *Code Civil*, pek çok ülkeyi etkilemiştir. Örnek olarak; Romanya Medeni Kanunu'nun 970. Maddesi C.Civ. 1134'ün tercümesi olup, bu hâlde de dürüstlük kuralı ile hakkaniyet arasındaki ilişki göze çarpmaktadır. **Cosmovici, P.M. ve Munteanu, R.:***Romania*, (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 281-300, s. 284.
[301]**C.Civ. 1135:***"Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature."*
[302]Bkz. **Jacques, P.:**Regards Sur l'article 1135 du Code Civil, Paris: Dalloz, 2005
[303]**Bürgi, W.:**Ürsprung unde Bedeutung der Begriffe Treu und Galuben und Billigkeit, Bern: Stämpfli, 1939, s. 62.
[304]Borcun ifasını düzenleyen BGB §315 ve § 319, kira sözleşmesini düzenleyen § 571 ve miras hukukuna ilişkin olan § 2048 bunlardan bir kaçıdır.
[305]**Roth.** § 242, No: 46, 136, 165.

hukukundan etkilenen Hollanda hukukunda yapılan son medeni kanun reformu ile, *Niederländische Burgerlijk Wetboek* (NWB) Art. 3:12 hükmünün lafzında yer alan *bona fides* ifadesi, "makullük ve hakkaniyet ilkesi" ile değiştirilmiştir.[306]

Yine, Anglo-Sakson hukukunda yer alan *"equity"* yani hakkaniyet kavramı, gerek usul hukukunda, gerekse maddi hukukta *bona fides*'in deyim yerindeyse yerini almış olup, hukuki sorunlara çok geniş çözümler sağlamaktadır. Aslında *common law* ve *equity* arasındaki ilişki *ius civile* ve *ius honorarium* ilişkisine benzemektedir.[307] Roma hukukunda olduğu gibi, İngiliz hukukuna yön veren kavramlardan bir tanesi de hakkaniyet olmuştur. Bu sebeple 14. yüzyılda *Chancery* yüksek mahkemesi, bir diğer adıyla *curia cancellariae* ayrı bir hukuki yapı olarak ortaya çıkmıştır.[308] Tıpkı *praetor*'lar tarafından uygulanan *ius civile* gibi, *chancellor* tarafından uygulanan *common law* da *aequitas*'ın gerekleri dikkate alınarak o güne adapte edilmiştir. Bütün bu açıklamalar ise, Roma hukukundan günümüze, ortaçağda kimi zaman aynı anlamda kullanılan *bona fides* ve hakkaniyet kavramlarının yakın ilişki içerisinde olduğunu ortaya koymaktadır. Hakkaniyetli bir sonuca ulaşmak için, buna elverişli ve etkin bir mekanizma olan *bona fides* ilkesi uygulanmakta; bu durum ise evrensel bir özellik göstermektedir. Bu nedenle Romanist *bona fides,* amacı itibariyle *aequitas'*ı içerisinde barındırmaktadır.

[306]**Looschelders ve Olzen**.§ 242, No:1193, **Racine, Sautonie, Tenenbaum ve Wicker.** Op. Cit. s. 154.
[307]**Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 11.
[308]**Uoqing, L.:***A Comparative Study of the Doctrine of Estoppel: A Civilian Contractarian Approach in China,* Canberra Law Review, C.1, Yıl: 2010, s. 1-28, s. 2.

B. *Bona Fides* ve *Iustitia* (Adalet)

Bona fides prensibinin, sadece hakkaniyet anlamındaki *aequitas* ile değil; aynı zamanda *iustitia* yani adalet ile de yakından ilişkisi vardır.[309] Adalet, pozitif hukukçular bakımından tanımlanması çok zor bulunulan bir kavram iken; doğal hukukçular ise adaletin insan doğası, insan aklı, kimi zaman ise insan sezgisinden çıkarılabilecek bir olgu olduğu görüşündedirler.[310] *Ulpianus,* D.1.1.10. pr. metninde adaleti, *"constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi"* "herkese kendi hakkını vermek konusunda devamlı bir irade" olarak tanımlamıştır.[311] Bir diğer ifade ile adalet, hukukun idesi ve ideali[312] olup, hukuk düzeninin benimsediği bir değer ölçütünü ifade etmektedir.[313]

Hugo Grotius, özellikle Roma sözleşmeler hukukunu inceledikten sonra, *bona fides*'in adaletin temeli olduğu sonucuna varmıştır.[314] Keza, *Grotius*'a göre sözüne bağlılık, adaletin bir gereğidir.[315] Öte yandan, kavramın adalet ile olan ilişkisinin, hakkaniyet kavramından ayrı bir ortamda değerlendirilmesi mümkün değildir. Hakkaniyet kavramının özünde "adalet" ile yakın ilişkili olduğu açıktır. Keza, yabancı literatürde kimi zaman bu iki kavram aynı anlamda kullanılmaktadır. Bu kavramlar arasındaki sınırın bulanık olduğu belirtilmekte, adalet kavramı bir yönüyle

[309]**von Lübtow.** Op. Cit. s. 474.
[310]**Güriz, A.:***Adalet Kavramı*, (ed. Güriz, A.) "Anayasa Yargısı-Anayasa mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler", Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 13-20, (Adalet), s. 15.
[311]**Waldstein.** Op. Cit. s. 100.
[312]Bununla beraber, örneğin Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nde doğan ve tüm dünyaya yayılan hukuk ve ekonomi öğretisine göre, hukukun amacı adalet değil ekonomik etkinliktir. Öte yandan, *bona fides*, ekonomik etkinliğe de hizmet eden bir kavramdır. **Posner, R.:**Economic Analysis of Law, New York: Wolters Kluwer, 9. Edition, 2014, s. 10 vd.
[313]**Edis.** Op. Cit. s. 12.
[314]**Keller, A.:***Debating Cooperation in Europe From Grotius to Adam Smith,* (ed. Zartman, W., Touval, S,) "International Cooperation: The Extents and Limits of Multilateralism", Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 15-40, (Europe), s. 19.
[315]**Güriz.** Adalet. s. 13.

doğrudan kurumlara ve ilkelere hâkim olması gereken moral düşünceyi ifade ederken; hakkaniyet kavramının hukuk kurallarının esnek ya da eksik bıraktığı noktalarda, somut olayın gereklerine göre karar verilmesini gerektiren olgu olduğunun altı çizilmektedir.[316] Bu aşamada adalet idesi, *bona fides* ile amaçlanan moral ide olarak görülebilecektir. Bir diğer deyişle, *bona fides*'in yöneldiği yegâne amaç adalet olup, gerçek adalete ulaşmak için ise hakkaniyetin sağlanması gerekmektedir.

Roma hukukunda mevcut olan hakkaniyet anlayışı ile ilgili önemli bir nokta: Roma'nın ilk dönemlerinde *aequitas* kavramının "hakça koşullar" ya da "adilane koşullar" olarak algılanmış oluşudur.[317] Bunun nedeni, Roma'nın ilk dönemlerinde hakkaniyet kavramının, günümüze göre daha az sıkı olmakla beraber eşitlik ilkesi olarak algılanışıdır.[318] Keza, kavramın etimolojik kökeni de bu durumu göstermektedir. İngilizce *"fairness"* olarak ifade edilen bu kavram, aslında çoğu hukuki kaynakta hakkaniyet olarak da ele alınmaktadır. Bununla birlikte hakkaniyet yani *"equity"* ile "adilane koşullar" yani *"fairness"* kavramları farklı anlamlara gelmektedir. Hakkaniyet kavramı, soyut kuralın somut olaya uygulanması sonucunda somut olay adaletinin sağlanması anlamına gelirken; "hakça koşullar", içinde bulunulan koşulların adilane olmasını ifade etmektedir.

Buna göre, hakkaniyet kavramının söz konusu olabilmesi için, soyut bir hukuk kuralı ve bu kuralın uygulanacağı somut bir olay olmalı, bu kuralın somut olaya uygulanmasının ise adalete uygun bir sonuç vermeyeceğine inanılmalıdır. Öte yandan, "adilane koşullar" içerisinde eşitliği barındırmakta ve özellikle yargılama

[316]**Gürten.** Hakkaniyet. s. 31.
[317]**Buckland.** Roman Law. Loc. Cit.
[318]**Schermaier.** Contract Law. s. 91.

koşulları bakımından kişilerin içerisinde bulundukları şartların eşit olmasını gerektirmektedir. Ne var ki, her iki kavramın da ulaşmak istediği esas amaç adalet idesidir.[319] Gerek hakkaniyetin, gerekse adilane koşulların yaratılabilmesi için ise *bona fides* ilkesine başvurulmaktadır. Bir diğer deyişle *bona fides*, Romalı hukukçuların kararlarını dayandırdığı temel iken adalet ise bu karar süreci neticesinde ulaşılmak istenen amaçtır.[320]

Aristoteles'in denkleştirici adalet *(iustitia commutativa)* ve dağıtıcı adalet *(iustitia distributiva)* kavramları da, esasında *bona fides*'i anlamak bakımından önem taşımaktadır.[321] Denkleştirici adalet, herkesin içinde bulunduğu koşullara göre payına düşeni almasını öngörürken; dağıtıcı adalet ise, herkese eşit olarak davranılmasını öngörmektedir.[322] Öte yandan, gerek denkleştirici adalet; gerekse dağıtıcı adalet özünde eşitlik değerine dayanmakta ve bunu amaçlamaktadır. Bir diğer deyişle, denkleştirici adalet *aequitas*'ı ifade eder.[323] *Bona fides* de, somut olay bakımından kişilerin eşit ve adilane koşullara sahip olmasını garanti altına alan bir değer olduğundan denkleştirici adaleti sağlamaktadır.

Glossatorlar'ın, *Aristoteles*'in çalışmalarına aşina olmamalarına karşılık; ortaçağ hukukçularının, özellikle de *Baldus* ve *Aquinas*'ın eserlerinde *Aristoteles*'in düşüncelerine paralel hususlara sıklıkla rastlanmıştır. 13. yüzyıl sonunda *Petrus de Bellapatica*, 14. yüzyılda ise *Baldus*, sözleşmede adaletin sağlanması için her sözleşmenin bir *causa* (hukuki sebep)'sı olması gerektiğinin altını çizmiştir.[324]

[319]**Nussbaum, M.:***Equity and Mercy*, Philosophy and Public Affairs,C. 22, S. 2, Yıl: 1993, s. 83-125. s. 96.
[320]**Waldstein.** Op. Cit. s. 92.
[321]**Edis.** Op. Cit. s. 11.
[322]**Güriz.** Adalet. s. 14.
[323]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 74.
[324]**Gordley**. Medieval Law. s. 112.

Baldus'a göre *causa* olmazsa, hakkaniyet de sağlanamaz. Zira, amaç denkleştirici adaleti sağlamak olup, kimse diğeri aleyhine zenginleşmemelidir. Kanonik hukukta dahi *causa*'sı olmayan sözleşmeler bağlayıcı olmamıştır. Bu durum ise *bona fides*'in bir gereği olarak görülmüştür.[325]

İngiliz sözleşme hukukunda ise ortaçağ *common law* ürünleri olan *"promise"* ve *"consideration"* kurumları mevcuttur.[326] Denk değerlerin değişimini ifade eden ve Romanist *causa* kurumuna karşılık gelen *consideration* kavramı, sözleşen taraflara ahlaki bir sorumluluk yüklememektedir. Her ne kadar Fransız hukuku ve diğer romanist hukuklarca benimsenmiş dahi olsa, *causa* kavramı da, muğlak bir kavram olduğu gerekçesiyle pek çok hukuk sisteminde eleştirilmekte; özellikle *common law*, Nordik hukuklar ve Alman hukukunda önem taşımamaktadır. Öte yandan, gerek *causa*, gerekse *consideration* kavramları *bona fides* ile yakından ilgili olup, sözleşmelerde denkleştirici adaletin sağlanmasına yöneliktir. Nitekim, bir sözleşmenin bağlayıcı olması için, bir hukuki sebebinin olması ya da sözleşen taraflar arasında bir menfaat değiş tokuşunun gerçekleşmesi, sözleşmesel adalet duygusunu tatmin etmektedir.

Öte yandan, *Thomas Aquinas*'ın düşüncesine göre de hakkaniyet sahibi olan hukuki anlamda adil olandan daha üstündür; zira, hakkaniyet bünyesinde doğal adaleti de barındırır.[327] Bu anlamda, hakkaniyetin işlevinin, soyut ve sınırları belirsiz olan doğal hukuk ilkelerini pozitif hukuka bağlamak olduğu belirtilebilir. Bu düşünceye göre de hakkaniyet ile adalet aynı bütünün iki eş parçası sayılmakta; adalete ulaşmak

[325]**Gordley.** Medieval Law. s. 113.
[326]**Baker, J.H.:**An Introduction to English Legal History, Oxford: Oxford University Press, 2005, s. 339.
[327]**Nussbaum.** Loc. Cit.

için hakkaniyete ulaşmak gerektiğinden yine başvurulacak kaynak başta *bona fides* olmak üzere, doğal hukuka dayalı ilkeler olmaktadır. Görüldüğü üzere, *fides* ve *bona fides*, doğal düzenin bir parçası olarak *aequitas* ve *iustitia* ile yakından ilgilidir.[328]

Bunlara ek olarak, son dönemde sosyal adalet kavramı da önem kazanmıştır. Sosyal adalet, toplumsal ilişkilerin ortak bir "iyi" sağlanması adına düzenlenmesini ifade etmektedir. *Bona fides*, sadece dağıtıcı ve denkleştirici adalet değil, aynı zamanda sosyal adalet idesine de hizmet etmektedir.[329] Nitekim, sosyal adalet toplumsal faydayı bireysel faydadan üstün tutmakta, sözleşmeler hukukunda *bona fides*'in gözetilmesi ise kimi zaman bireyler açısından dezavantajlı sonuçlar doğurabilecek dahi olsa toplumsal algının yaratılmasında ve toplumsal iş hayatının devamında ekonomik açıdan faydalı olmaktadır. Açıklanan bu sebeplerle, *bona fides* kuralından adaletin sağlanması amacına yönelik olarak sıklıkla yardım alınmaktadır.

IV. *Bona Fides*'in İçeriği

Roma hukukunda *bona fides* ilkesi, objektif ve sübjektif olarak iki ayrı bağlamda kullanılmış olup, iki farklı kavramı bünyesinde barındırmaktadır. Nitekim, *"fides"* sözcüğü bir yanı ile sadakat ya da vefayı ifade ederken; bir yanı ile de inanç ve güvenin korunması anlamına gelmektedir. Buna göre, ilki kişilerin başkalarına karşı sahip oldukları ahlaki yükümlülükleri yansıtırken, ikincisi ise iki taraflı ilişkilerde karşı tarafın güvenilirliği konusunda duyulan inanca işaret etmektedir. *Bona fides*

[328] **Waldstein.** Op. Cit. s. 76.
[329] **Güriz.** Adalet. s. 12.

kavramının içerdiği bu iki durumun *ius commune* döneminden itibaren ise, dürüstlük kuralı ile iyiniyet olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir.[330]

Çağdaş hukuklardaki bu çatallanma Türk-İsviçre hukukunda da mevcuttur. Bu durum, özellikle 743 sayılı eski MK devrinde kendini göstermiştir. Kanunun 2. maddesi "Herkes haklarını kullanmakta ve borçlarını ifada hüsnüniyet kaidelerine riayetle mükelleftir. Bir hakkın sırf gayri izrar eden suiistimalini kanun himaye etmez." düzenlemesini getirmiş olup, 3. maddede ise "Bir hakkın doğumu için kanunen hüsnüniyet şart kılınan hâllerde asil olan, onun vücududur. Ancak, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmiyen kimse hüsnüniyet iddiasında bulunamaz." ifadesi yer almıştır. Bu terminoloji, dürüstlük kuralı kavramının objektif hüsnüniyet; iyi niyet kavramının ise sübjektif hüsnüniyet olarak ele alınmasına sebep olmuştur.

Buna karşılık, 2001 yılında yürürlüğe girmiş olan 4721 sayılı TMK, terminolojide bir düzeltmeye giderek, objektif-sübjektif iyiniyet ayrımına duyulan ihtiyacı ortadan kaldırmıştır. Bu doğrultuda, Roma hukukundan gelen *bona fides*'in yansıması, objektif anlamda dürüstlük kuralında görülürken; sübjektif anlamda ise iyiniyet kavramında ortaya çıkmıştır. Öte yandan, bu iki kavram, her ne kadar uygulamada farklı problemlere farklı teknik çözümler getirmekte ise de, ikisinin de özünde *bona fides* bütüncül olgusundan türediği savunulabilir. Bu nedenle, *bona fides*'in anlaşılabilmesi için bu kavramların beraberce ele alınması gerekmektedir.

Fransız C.Civ. de *"bonne foi"* kavramını düzenlemektedir. Etimolojik olarak tam anlamı ile *"bona fides"* ya da "iyiniyet" anlamına gelen bu ifade, aynı zamanda

[330]**Akkanat, H.:**Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010, s. 24.

borçların ifası ve sözleşmelerin yorumlanmasında dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etme gereğine de işaret etmektedir. Fransız hukukunda *bona fides*, sadakat; dürüstlük ve işbirliği yükümlülüğünü ifade etmektedir.[331] Keza, Fransız hukukunda da, eski medeni kanun döneminde yer alan ayrıma benzer bir biçimde *"bonne foi objective"* ve *"bonne foi subjective"* ayrımı mevcuttur.

Fransız hukukundan başka, Alman hukuku da BGB bünyesinde objektif bir kavram olan ve dürüstlüğü ifade eden "*Treu und Glauben"* ile sübjektif iyiniyeti ifade eden *"Guter Glaube"* arasında bir ayırım yapmaktadır.[332] Bununla beraber, özellikle ortaçağ kaynaklarında *Treu und Glauben* kavramının *bona fides* karşılığında kullanıldığı bilinmektedir.[333] Keza, *Treu s*adakat anlamına gelirken; *Glauben* ise inanca işaret etmekte öte yandan bu iki kavram beraberce objektif bir kavram olan dürüstlük kuralını ifade etmektedir.[334] Yine, buna benzer şekilde İtalyan hukukunda*"buona fede"* kavramı, *"buona fede oggettiva"* ve *"buona fede soggettiva"* olarak; bir diğer deyişle Fransız hukuku ile aynı şekilde hem öznel hem de nesnel biçimde ele alınmaktadır. Tüm hukuk sistemleri, tarafların iyiniyetlerinin araştırılması bahsinde tarafların niyetlerinin öznel olarak yorumlanmasını kabul etmekte; ancak *bona fides*'in uygulanması noktasında ise nesnel bir yorumu esas almaktadır.

Avusturya Medeni Kanunu *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* (ABGB) ise,*"Redlichkeit"* (dürüstlük) kavramını, iyiniyeti de karşılar biçimde kullanmaktadır. Öte yandan, diğer Kıt'a Avrupası hukuklarında Türk-İsviçre

[331]**Bénabent, A.:**Droit Civil: Les Obligations, Paris: Montchrestier, 2005, s. 214.
[332]**Roth**. Op. Cit. § 242, No:10, **Larenz.** Schuldrechts. s. 125.
[333]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 18.
[334]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 140.

hukukunda olduğu gibi genel nitelikli bir iyiniyet hükmü olmadığı vurgulanmalıdır.[335] Bununla beraber, gerek objektif; gerekse sübjektif anlamda *bona fides*'in, Kıt'a Avrupası hukuklarınca benimsendiği görülmektedir. Buna paralel olarak, Anglo-Amerikan hukukunda da farklı isimler almakla beraber hem objektif hem de sübjektif *bona fides*'e işaret eden pek çok kural mevcuttur.

A. Kavramın Objektif Açıdan Ele Alınması: Dürüstlük Kuralı

Roma hukukunda *"neque malitiis indulgendum est"* kuralı geçerlidir.[336] Buna göre, hilekârlığa ve kötülüğe hukuk tarafından izin verilemez; tahammül edilemez.[337] Bu genel kural, esasında, Roma hukukundaki dürüstlük kuralının temelini gözler önüne sermekte ve çağdaş hukuklardaki yansımalarını da açıklamaktadır. Dürüstlük kuralı, hukuki ilişkilerde kişilerin sadık ve makul bir davranış standardı benimsemesi ve bu açıdan karşı tarafın korunmaya değer menfaatlerini göz önüne alarak hareket etmesi gerektiğine işaret eden ve makul güvenin korunmasını amaçlayan ana kuraldır.[338]

Dürüstlük kuralı, özünde adeta bir sözleşme gibi, sosyal ilişkide bulunan taraflar arasında bir *iuris vinculum* yani hukuki bir bağ yaratmaktadır.[339] Taraflar arasında mevcut olan bu bağ, sözleşmeden bağımsız olarak bazı ek yükümlülükler de sağlamaktadır. Dürüstlük kuralı aslında doğruluk ve güven ilkesini ifade eder. Sözleşme ilişkilerinde, taraflardan her birinin verilen söze bağlı kalacağı düşüncesi objektif *bona fides*'in gereğidir. Sözleşme, bir tarafın sözüne sadık kalacağı; diğer tarafın da buna güveneceğinden hareketle taraflar arasında bir güven ilişkisi

[335] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 28.
[336] D.6.1.38.
[337] **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 169.
[338] **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 70, **Wittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 30.
[339] **Robaye.** Op. Cit. s. 192.

yaratmaktadır. Bu nedenle, *pacta sunt servanda* (ahde vefa ilkesi) objektif *bona fides*'e dayanmaktadır.[340] Roma hukukundan bu yana, bu ilkenin önemi büyüktür. Nitekim, Roma hukukunda klasik anlamda sözleşmeden dönme imkânının mevcut olmayışı buna kanıt olarak gösterilmektedir.[341]

Hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde düzenleyici bir norm olarak karşımıza çıkan dürüstlük kuralı, esasında borçlunun borcunu yerine getirirken davranışlarını düzenleyen ve bunlara sınırlama getiren bir kural olup, hukuka ahlaki ve etik bir temel kazandırmaktadır.[342] Yine, *von Tuhr*'a göre bu kural borçların çoğunun ifasına ve ifasına ilişkin kararlar bakımından taraflara ve hâkime emredilen bir kuraldır.[343] Dürüstlük kuralı ile, hâkim, aslında zıt menfaatleri dengelemekte ve bir değer ölçümü yapmaktadır. Keza, haklar ve borçlar geliştikçe sadakat, inanç, özen, bilgi verme ve açıklama yükümlülükleri gibi ek yükümlülükler de gelişmektedir. Bu nedenle zaman ilerledikçe *bona fides*'e olan ihtiyaç hem artmakta, hem de bu kavramın içerisini doldurmak daha karmaşık bir hale gelmektedir. Bu aşamada, sözleşmesel ilişkileri düzenleyen bir davranış normunu ifade eden hukuk tekniği araçlarından olan *bona fides*'in, hukukun genel ilkesi mertebesine yükseltilmesi gerekip gerekmediği de tartışmaya açık bulunmaktadır.[344]

Öte yandan, dürüstlük kuralının yasal düzenlemeye bağlanmış olması dahi gerekmediği, bağlanmış olsa bile lafzından bağımsız olarak kendisine hareket alanı bulduğu ve bundan ötürü de genel bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmesi

[340]**Edis.** Op. Cit. 290.
[341]**Schermaier.** Contract Law. s. 92.
[342]**Akyol, Ş.:**Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006, s. 3.
[343]**von Tuhr, A. (çev. Edege, C.):**Borçlar Hukuku, Cilt I-II, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1952, s. 53.
[344]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 39.

gerektiğini savunanlar da mevcuttur.[345] Keza, *bona fides* mantıksal bir araştırmanın ürünü olmadığı gibi, bilgi konusu da değildir; aksine, tespitinde genel hayat tecrübeleri ve etik esas alınmaktadır.[346] Bu noktada, *bona fides'*in hukukun genel ilkelerinden birisi olarak değerlendirilmesi gerektiği; adaletin ve hakkaniyetin sağlanması gereken durumlarda başvurulabilecek en makul ilkenin *bona fides* olduğu savunulabilir. Zira *bona fides*, hukuki sorunlara güncel cevaplar ve çözüm yolları önerebilecek olan ve sosyal iletişimi kaliteli hale getiren bir ilham perisine benzetilmektedir.[347] Kanımızca, objektif anlamıyla *bona fides*, gerek içerisinde barındırdığı *culpa in contrahendo, pacta sunt servanda* ya da *clausula rebus sic standibus* gibi yavru kuramlar, gerekse etik bir temele dayanan genel norm oluşu dolayısıyla hukukun genel ilkesi sayılmalıdır. Türk hukukunda Anayasa (AY) 138/I uyarınca, hâkimlerin hukuku uygularken yazılı hukuk kurallarının yanında hukukun genel ilkelerini de dikkate alması gerektiği kabul edilmektedir. Bunlardan en önemlisi ise, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağıdır. Her ne kadar bu kavramlar TMK'da düzenlense de, hukukun genel ilkesi olarak kamu hukukunu da bağlamakta, bu durum ise normlar hiyerarşisine aykırılık yaratmamaktadır.[348] Buna benzer olarak, Alman Anayasası *Grundgesetz* (GG) § 20 de sosyal devlet ilkesi çerçevesinde *bona fides* kuralının Anayasal güvenceye bağlandığının kanıtı olarak görülmektedir.[349]

Bona fides'in yarattığı yavru kuramların içeriği kanunlaştırılmakta olduğundan, genel bir *bona fides* normu olmasa dahi bu alt kategorilerin uygulanacağı; bu nedenle, *bona*

[345]**Barlas, N.:***Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 3, Yıl: 1997, s. 191-208, s. 200.
[346]**von Tuhr.** Op. Cit. s. 53.
[347]**Roth.** § 242, No:74, **Whittaker ve Zimmermann.** Loc. Cit.
[348]**Gürzumar.** Zorunlu Unsur. s. 66.
[349]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 146-147.

fides'e özel olarak ihtiyaç olmadığı da düşünülebilir. Keza, mahkemeler de doğrudan *bona fides*'i uygulamak yerine kararlarını diğer kuramlara dayandırmaktadırlar.[350] Ne var ki, Aristotelyen doğal hukuk anlayışına göre yüce ve üst bir norm olan *bona fides*'in yaratıcı gücünün göz ardı edilmesi mümkün değildir. Kanımızca, zamanla sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda, yavru kuramların yetersiz kaldığı yerler ortaya çıkacak; yeni kuralların yaratılması ihtiyacı doğacak, bu yeni kuralların yaratımında ise yararlanılabilecek en önemli genel ilke dürüstlük kuralı olacaktır.

Bona fides kavramı, sınırları belirsiz ve bulanık bir kavram olarak görülmektedir. Öte yandan bu kavram, diğer belirli içeriğe sahip kavramlar ve ilkelerin içerisine girdiği ve bu bağlamda yorumlandığı müddetçe etkili olarak ifade edilebilmektedir.[351] Dürüstlük kuralı, hem borçlu hem de alacaklıya yüklenmiş olan ve güven ilkesinin de dayandığı temel bir kuraldır. Hem hukuki işlemlerden doğan, hem de kanundan doğan hak ve borçların kapsamının belirlenmesinde büyük rol oynayan bu prensip, özellikle sözleşmelerin yorumlanması; tamamlanması; düzeltilmesi ya da yan yükümlülüklerin belirlenmesi bakımından günümüz borçlar hukuku uygulamasında önem taşımaktadır.[352] Dürüstlük kuralının, özel tarafların sözleşmesel ilişkilerinin üzerine adeta bir gölge gibi çöktüğü savunulmaktadır.[353]

Dürüstlük kuralının kapsamının belirsizliği sebebiyle, bu kavramın açıklanabilmesi için bir takım ölçütlerin belirlenmesi gerekmektedir. Bu ölçütler ise, Roma hukukundan bu yana, somut olaydan soyut bir bakış açısına ulaşılarak saptanmalıdır.

[350]**Hesselink.** Op. Cit. s. 495.
[351]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 38.
[352]**Akyol.** Op. Cit. s. 6.
[353]**Whittaker, ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 13.

Dürüstlük kuralının temel ölçütlerinin, sadakat; dürüstlük ve makul davranma olduğu belirtilebilir.[354] Sadakat ölçütü, Romanist *bona fides* kuralının temelinde yatan ana sebep olup, verilen sözlerin yerine getirilmesini ifade etmektedir.[355] Dürüstlük ölçütü ise, tanımlanması en güç ölçüt olup, kavramın içeriği sübjektif olarak değişmektedir. Öte yandan, objektifleştirilmiş bir değer olarak dürüstlük, sözleşmesel ilişkilerde karşı tarafın bilmemesi durumunda ona zarar verecek bilgilerin açıklanması olarak düşünülebilmektedir. Nitekim, dürüstlüğün epistemolojik mi, yoksa ahlaki-etik bir erdem mi olduğu konusunda tartışma olmakla beraber; bu erdemin temel amacının "doğru" olgusuna ulaşmak olduğu noktasında tartışma yoktur.[356] Bu nedenle dürüstlük, karşı tarafın makul ve meşru menfaatlerini gözeterek, bilgi sahibi olması gereken durumlarda doğruyu söylemek olarak ifade edilmektedir. Keza, Roma hukukundan beri *dolus* (hile)'dan kaçınmak dürüstlük kuralının temel gereklerinden kabul edilmektedir.[357] Dürüstlük kuralının bir diğer ölçütü ise, makul davranmaktır. Makul davranmak, esasında davranışlarda amaçtan sapılmamasını ifade etmekte olup, bünyesinde bir takım alt ölçütleri de barındırmaktadır. Bunlar ise, çelişkili davranışlarda bulunulmaması; karşı tarafın makul beklentilerine uygun davranılması ve taraf mefaatleri arasında amaca aykırı, aşırı bir dengesizlik yaratılmasından kaçınılması olarak sayılabilmektedir. Bir diğer deyişle, bu ölçüt, Romanist *aequitas* kavramına işaret etmektedir.[358]

Buna karşılık, *Aristoteles*'e göre bazı kavramların tanımı yapılamamakta, bu kavramlar ancak bazı diğer kavramların dışlanması ile ifade edilebilmektedirler.

[354]**Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 70 vd., **Wittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 30.
[355]**Schulz.** Sadakat. s. 380 vd.
[356]**Carr, D.:***The Human and Educational Significance of Honesty as an Epistemic and Moral Virtue*, Educational Theory, C. 54, S. 1, 2014, s. 1-15, s. 4.
[357]**Horn.** Op. Cit. 103.
[358]**Gordley**. Medieval Law. s. 114 vd.

Dürüstlük kuralı da bunlardan bir tanesidir. Keza, dürüstlük kuralına aykırı davranışlar hakkında fikri olmayan şahıslar, dürüstlük kuralını tanımlayamayacaktır. "Dürüstlük kuralına uygun" ifadesi muğlaklığı nedeniyle ancak spesifik uygulamaların çeşitliliği sayesinde anlaşılabilecektir.[359] Örneğin, maldaki ayıbı hileli olarak gizleyen bir satıcının varlığı, *bona fides* gereği "maldaki maddi gerçekleri bütünüyle açıklamak" gerektiği sonucuna varılmasını sağlayacaktır. Keza, keyfî olarak sözleşmeyi sona erdirme yetkisini kullanan birinin varlığı hâlinde de "sözleşmenin *bona fides* uyarınca sebepsiz yere sona erdirilemeyeceği" kanısına varılacaktır.[360] Esasında soyut bir kavram olan dürüstlük kuralı, sözleşme hukukunda pek çok pratik sorun bakımından somutlaşmaktadır.

Bu durum sadece Kıt'a Avrupası hukuklarında değil, Anglo-Amerikan hukukunda da aynı şekilde değerlendirilmektedir. Sanıldığının aksine *bona fide*s, Kıt'a Avrupası hukuku ile *common law*'u ikiye bölmemektedir.[361] Kıt'a Avrupası'ndaki kadar kompakt ve genel olmasa da, Anglo-Amerikan hukukunda da hakkaniyet kavramı ile yoğrulmuş bir *bona fides* kuramı, sözleşmelerin ifasında karşımıza çıkabilmektedir. İngiliz ve Amerikan hukukunda *bona fides* ya da dürüstlük kuralı genelde zıt kanıt yöntemi kullanılmak suretiyle *bad faith* yani kötü niyet ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışların dışlanmasıyla açıklanmaktadır. Buna göre, *good faith* ya da *bona fides* dışlayıcı bir kural olarak görülmekte olup, bu hâlde *bona fides*, heterojen hâlde bulunan tüm *mala fides* hâllerinin dışlanması suretiyle ulaşılabilen bir bilinç yapısını

[359]**Summers, R.S.:***The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General Account*, (ed. Zimmermann, R. ve Whittaker, S.) "Good Faith in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 118-145, (America), s. 127.
[360]**Ibid.**
[361]**Hesselink.** Op. Cit. s. 498.

ifade etmektedir.[362] Bir diğer deyişle, *bona fides*'e uygun olanlar yerine, uygun olmayan davranışlar üzerinde yoğunlaşılması ve bu kavramın aksi kanıt yöntemi ile açıklanması önerilmektedir.[363] Öte yandan, bu dışlayıcı tanımın sözleşmesel ilişkilerde maddi adaleti garantiye almak amaçlı yapılan bir açık uçlu kavramsallaştırtmayı ifade ettiği de belirtilmektedir.[364]

Tüm bunların yanında, dürüstlük kuralının esasında ikincil bir niteliğe sahip olduğu da söylenebilmektedir.[365] *Bona fides*, somut olaylarda ihtiyaç hâlinde başvurulması gereken bir kuraldır. Bir diğer deyişle dürüstlük kuralı, bu kuralı benimseyen ülkelerde dahi son çaredir.[366] Keza, dürüstlük kuralı, hâkimin kanun yaratması ve boşluk doldurmasında dikkate alacağı bir ölçüt olma ödevini de yerine getirmektedir. Bununla beraber, *bona fides*'in uygulanmasında aşırıya kaçılmaması ve uygulamanın keyfîliğe yol açmaması gerektiği unutulmamalıdır. Dürüstlük kuralı, kanun hükümlerini yumuşatıcı bir işlev üstlenmeyip, yalnızca zorunlu hâllerde, açıkça bir hakkaniyet ihlali olan yerlerde uygulanmalıdır. Dürüstlük kuralının bu niteliği, onun hukukun genel ilkesi olma vasfı ile çelişmez.

Dürüstlük kuralı, Türk hukukunda TMK 2/I uyarınca düzenlenmektedir. Buna göre "Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır." İsviçre hukukunda, mehaz ZGB 2 I hükmünün de bir davranış kuralı getirdiği *(Verhaltensnorm/règle de comportement/regola di comportamento)*

[362]**Summers, R.S.:***"Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code,* Virginia Law Review, C. 54, Yıl: 1968, s. 195-267, (UCC), s. 206, **Söllner.** Op. Cit. s. 43.
[363]**Summers.** America. s. 125.
[364]**Zeller, B. ve Andersen, C.B.:***Good Faith: The Gordion Knot of International Commerce*, Pace International Law Review, C. 28, Yıl: 2016, s. 1-28, s. 6.
[365]**Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 71.
[366]**Schäfer, H.B., Aksoy, H.C.:** *Alive and Well, The Good Faith Principle in Turkish Contract Law,* European Journal of Law and Economics, C. 42, S. 1, Yıl: 2016, s. 73-101, s. 78.

ve taraflar arasında bir güven ilişkisi kurduğu kabul edilmektedir.[367] Öte yandan, dürüstlük kuralının ne olduğu hakkında herhangi bir ipucu kanunda mevcut değildir. Bu açıdan gerek Türk-İsviçre, gerekse diğer Kıt'a Avrupası hukukları ile Anglo-Amerikan hukukunda, Roma hukukunun esnek ve gelişmeye açık yapısı esas alınmalı; *bona fides* ilkesinden sıklıkla, ancak keyfîliğe yol açmayacak biçimde yararlanılmalıdır.[368]

Dürüstlük kuralının hâkimlere çok geniş takdir alanı bıraktığı ve yargısal aktivizme sebep olabileceği doğrudur. Nitekim, Sovyet Rusya'da devrim sonrası *Blankettnorm*'larda büyük artış görülmüştür.[369] Öte yandan, kanunlarda sürekli değişiklik yapılması ekonomik açıdan çok maliyetli olacağından, dürüstlük kuralı gibi genel bir norma her zaman ihtiyaç vardır. Aksi hâlde, kanunlar sosyo-ekonomik değişikliklere adapte olamayacak ve hukuk kurallarının etkinliği azalacaktır.[370] Bununla beraber, sosyal etik ve değerlere dayanan böylesi bir hükmün kişilere objektif bir takım davranış kriteryası getirdiği de açıktır.[371] Bu kural, sosyal hayatta dürüstlük ve sadakati sağlamak ile sosyal ilişkilerin düzenlenmesine hizmet etmektedir.[372] Bu nedenle, kuralın ortaya çıkış nedeni olan Roma hukukundaki etmenlerin incelenerek; dürüstlük kuralının evrensel bir biçimde uygulanması gerekmektedir.

[367]**Tercier.** Op. Cit. s. 165, No: 462-463, **Egger, A. (ed. Egger, A., Escher, A., Haab, R. Ve Oser, H.):**Zürcher Kommentar, Schultess, 2. Auflage, Zürich, 1978, s. 64, Art. 2, No:1.
[368]**Hesselink.** Loc. Cit.
[369]**Schäfer ve Aksoy.** Op. Cit, s. 75.
[370]**Ibid.**
[371]**Tercier**. Op. Cit. s. 167, No: 469.
[372]**Ibid.,** s. 168, No: 470.

1. Dürüstlük Kuralı ile Ahlaka Aykırılık Arasındaki İlişki

Bu noktada, akla gelebilecek olan sorulardan bir tanesi de dürüstlük kuralı ile ahlaka aykırılık arasında bir ilişki olup olmadığıdır. Nitekim, dürüstlük kuralının salt hukuki değil, aynı zamanda sosyal ve ahlaki bir temeli olduğu da kabul edilmektedir.[373] Öğretide, muğlak doğası gereği *bona fides*'in pratikte esas itibariyle ahlaki alanda işlev gösterdiği de savunulmaktadır.[374] Davranış kurallarının belirgin niteliği bakımından, formalizm ile materyalizm akımları karşımıza çıkmaktadır. Formalistlere göre, kuralların içeriklerinden bağımsız olarak genel bir buyruk şeklinde belirlenmesi gerekirken; materyalistler, kuralların konuluş biçimlerini de önemsemektedirler.[375] Kuralların konuluş biçimleri, rasyonel ya da duygusal olabilmekte; duygusal etmenlerin başında ise, ahlak gelmektedir.

Ahlaka aykırılık, Roma hukukundan günümüze bir geçersizlik sebebi olarak düzenlenmektedir.[376] *Ius civile*'nin dayandığı *mores civitatis*, toplumdaki genel davranış kurallarını ifade etmiş; Roma'da bu kuralların hukuk düzenince dikkate alınabilmesi için bunların "ahlaki kanun" olarak nitelendirilmeleri gerekmiştir. Böylece, ahlaka aykırı, bir diğer deyişle *contra bonos mores* olan hukuki işlemler geçersiz sayılmıştır.[377] Roma hukukunda *contra bonos mores* hukuki işlemler, *praetor*'larca tanınan *exceptio* (def'i) ya da *denegatio actiones/actionum non dare* (davanın reddi/dava hakkı vermeme) gibi koruma yolları ile geçersiz kılınmıştır.[378] Ahlaka aykırı hukuki işlemlerin geçersiz sayılması, Roma hukukunda yargıcın takdir yetkisi dâhilinde görülmüş; *bona fides*'e aykırılık ile ahlaka aykırılık hâlleri,

[373]**Barlas**. Loc. Cit.
[374]**Whittaker ve Zimmermann**. Op. Cit. s. 38.
[375]**Hirsch.** Op. Cit. s. 67
[376]**Honsell.** Op. Cit. s. 39.
[377]**Emiroğlu.** Ius Gentium. s. 127.
[378]**Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 105, **Monnier, M.:**De la Complicité en Droit Romain et en Droit Français, Faculté de Droit de Poitiers, 1872, s. 43.

çoğunlukla aynı şekilde değerlendirilmiştir. Öte yandan, Roma hukukunda ahlaka aykırılık, genellikle aile ya da miras hukuku gibi alanlar bakımından karşımıza çıkarken; *bona fides* ve *aequitas* ise borçlar ve eşya hukuku bakımından ağırlıkla dikkate alınmıştır.[379] *Papinianus*'a ait D.28.7.15 uyarınca: *"...ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est"* "…genel olarak belirtilmelidir ki; ahlaka aykırı hareketler yapmamalıyız" denilerek ahlaka aykırılığın kınandığı belirtilmiştir.

Türk Borçlar Kanunu (TBK)'nun 27. maddesinde de belirtildiği üzere: "Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür." Bu hüküm, sözleşmenin içeriğini de denetleyen bir mekanizma ortaya sermekte ve sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır.[380] Buna karşılık, dürüstlük kuralı ise sözleşmenin kuruluşunda içerik denetimi yapmayıp; geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmede tarafların davranışlarını denetlemektedir. Bununla beraber, *bona fides,* geçersiz olan sözleşmeler bakımından da tarafların özen yükümlülüklerini belirleyen bir genel kural olarak karşımıza çıkmaktadır.[381] Bu çerçevede, ahlaka aykırılığın, dürüstlük kuralının sert ve ağır bir yaptırıma bağlanmış özel hali olduğu ileri sürülebilecektir. Keza, gerek ahlak kuralları, gerekse dürüstlük kuralı etik temeli olan kuralları ifade eder.[382]

[379]**Berger, A.:**Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philedelphia: American Philosophical Society, 1953, s. 413.
[380]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 138.
[381]**Akyol.** Op. Cit. s. 14.
[382]**Edis.** Op. Cit. s. 300.

Ahlaka aykırılık, Alman hukukunda *contra bonos mores* hükmü olarak anılan BGB § 138 I[383] uyarınca düzenlenmiş olup, ahlaka aykırı işlemlerin batıl olduğu hükme bağlanmıştır.[384] Öte yandan, bu hükmün önemi son yıllarda önemli ölçüde tartışılmış olup, hükmün esasında *bona fides*'e dayandığı; ne var ki, sözleşmelerin ifasında dürüstlük kuralına uyulması gerektiğini düzenleyen BGB § 242 kuralının sonuçları oldukça esnek iken, bu hükmün sonuçlarının çok katı olduğu çıkarımı yapılmaktadır.[385] Ahlak kuralları ile *bona fides* arasındaki bir diğer temel fark ise, ahlakta aktif ve pasif olmak üzere iki süjenin varlığı aranmazken; dürüstlük kuralı bakımından bu unsurların varlığının zorunlu olduğudur.[386] Öte yandan, Alman hukukunda *Treu und Glauben* kuralı ile ahlaka aykırılık yasağı bir bütün olup *bona fides*'e aykırı hukuki işlemler bu açıdan butlan yaptırımı ile karşılaşabilmektedir.[387]

Objektif iyiniyet çerçevesinde *bona fides* kavramı, temel olarak dürüstlük erdemi ile özdeşleştirilmektedir. Sadece Kıt'a Avrupası'nda değil, Anglo-Amerikan hukukunda da pek çok kere bu sorun tartışılmıştır. Bu noktada dürüstlüğün, sadece dürüst olmayan davranışları dışladığını ve bunların da çoklukla ahlaka aykırılık teşkil ettiği sonucuna varılmıştır.[388] Ancak dürüstlük kuralı, dürüstlük erdeminden daha geniş bir kavramı ifade eder. Sözleşmesel *bona fides*, her zaman ahlaka aykırı olmak zorunda değildir. Örnek olarak, taraflardan birisi müzakere gücünü kötüye kullanırken mutlaka karşı tarafa zarar verme niyeti taşır sonucuna *a priori* varılamamaktadır.

[383]**BGB § 138:***"(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig."*
[384]**Pieck, M.:** *A Study of the Significant Aspects of German Law,* Annual Survey of International and Comparative Law, C. 3, S. 1, 1996, s. 111-176, s. 113.
[385]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 29.
[386]**Edis.** Op. Cit. s. 300.
[387]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 491, **Medicus, D. ve Petersen, J.:**Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg: C.F. Müller, 11. Auflage, 2016, s. 67.
[388]**Summers**. America. s. 128.

Hukukta *bona fides,* kişinin kendi standartlarına göre değil; tüm insanların birbiriyle hukuki işlem yaparken kabul ettikleri standartlara göre, objektif olarak belirlenmelidir. Bir davranışın dürüstlük kuralına aykırı olabilmesi için, öncelikle sübjektif olarak immoral olması gerektiği söylenebilse de, objektif açıdan bu mümkün olmaz. Bir davranış sübjektif olarak ahlaka aykırı olsa dahi, dürüstlük kuralı objektif bir değerlendirmeyi gerektirmektedir. Yine de, dürüst olmayan davranışlar sözleşmede dürüstlük kuralına aykırılığın tek halini ifade eder kanısına ulaşılamayacaktır.[389]

Ahlaka aykırılık oldukça muğlak bir kavram olup, bir görüşe göre sonuçları da zaman ve mekâna göre değişebilmektedir. Öte yandan, deontolojist ve faydacılar, ahlakın çevresel koşullara göre değişmediği, bilakis özü itibariyle evrensel bir ahlak anlayışı olduğu görüşünü savunmaktadırlar.[390] Bu bilgiler çerçevesinde varılabilecek sonuç, dürüstlük kuralının temelde ahlaki bir prensip olmakla beraber, her daim ahlaka aykırılık hâlleri ile örtüşmeyeceğidir. Bunun sebebi ise, ahlaka aykırılık kavramının hukuki bir boyut kazanmış hali olması, bu sebeple de değişime uğramış bulunmasıdır. Bu hâlde, dürüstlük kuralına aykırılık ile ahlaka aykırılığın birbirleri içine girmiş ve göreceli olarak geniş bir kesişim kümesi oluşturmuş iki ayrı davranış kümesi olduğu sonucuna varılabilecektir. Keza, ahlaka aykırılık kamu düzenini ilgilendirmekte ve bu sebeple sosyal bir boyut taşımaktadır. Nitekim, özellikle Latin Amerika'da sözleşme hukukunun sosyal fonksiyonu olduğu kabul edilmekte ve sözleşme hukukunun anayasallaştırılması eğilimi gözlemlenmektedir.[391]

[389]**Summers.** America. s. 128.
[390]**Conway, P. ve Gawronski, B.:***Deontological and Utilitarian Inclinations in Moral Decision Making: A Process Dissociation Approach,* Journal of Personality and Social Psychology, C. 104, S. 2, Yıl: 2013, s. 216-235, s. 217 vd.
[391]**Schäfer ve Aksoy.** Op. Cit. s. 81 vd.

Modern hukuklarda ahlaka aykırılık ayrı bir geçersizlik sebebi olarak ele alınsa da, etik bir doğal hukuk ilkesi olan Romanist *bona fides*, özünde ahlaka aykırılığı da bünyesinde barındırdığından, tarihsel olarak aradaki sınırın bulanık olduğu sonucuna varılabilmektedir. Bu nedenle *bona fides* ile önemli oranda örtüşen ahlaka aykırılık kavramı, sözleşmeler hukuku bakımından büyük önem taşımaktadır.

2. Dürüstlük Kuralının Emredici Olup Olmadığı Sorunu

Bu aşamada tartışılabilecek bir husus da, dürüstlük kuralının emredici olup olmadığı meselesidir. Roma hukukunda var olan *exceptio doli generalis* yani genel aldatma/hile def'inin, *bona fides*'in emrediciliğini ifade ettiği kabul edilmektedir. Türk-İsviçre hukukunda da hak ve borçların içeriğini belirleyen dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı, özel olarak düzenlenmektedir. Bu yasak, hakkını kötüye kullanan tarafı dava ya da def'i hakkından yoksun bırakmakta, bu durum ise Roma hukukundan gelen *exceptio doli generalis* veya *replicatio doli* kavramlarına karşılık gelmektedir.[392] Roma hukukunda, dürüstlük kuralına ya da hakkın kötüye kullanılması yasağına bağlanacak olan yaptırım iradi olmayıp; *ipso iure* saptanmıştır. Yaptırımın derecesi ve tipini ise, ilgili hukuki ilişkinin niteliği belirlemiştir.[393] Bu nedenle, tarihsel sebeplerle dürüstlük kuralı normlarının emredici olduğu düşüncesi akla yakın görünmektedir.

Kanunda düzenlenen her yasak ya da emirin mutlaka hukuki bir yaptırıma bağlandığını söylemek mümkün değildir. *Ordnungvorschrift* olarak da anılan düzen hükümleri, yasak veya emir içermelerine rağmen, bunlara uyulmadığı takdirde de

[392]**Berger.** Op. Cit. s. 459.
[393]**Akyol.** Op. Cit. s. 109.

yapılan işlem geçerli olmaktadır. Öte yandan, Türk-İsviçre hukuku çerçevesinde TMK'nın *bona fides* kuralını içeren 2. maddesinin düzen hükmü olmadığı kabul edilmektedir.[394] Bununla beraber, TMK 2 anlamında dürüstlük kuralının mutlak hak niteliğinde olmadığı; bu nedenle, dürüstlük kuralına dayanılarak söz konusu hak veya borçtan ayrı bir hukuka aykırılık anlayışının yaratılamayacağı da unutulmamalıdır.[395] Yine de, TMK 2 hükmünün bir davranış yükümlülüğü doğuracağı ve bu davranış yükümlülüklerinin ihlalinin sorumluluk meydana getireceği konusunda şüphe yoktur.[396]

Dürüstlük kuralının tarafların aralarında yapacağı sözleşme ile bertaraf edilebilip edilemeyeceği sorunu, aslında bu kuralın kamu düzenine ilişkin sayılıp sayılmayacağı ile de ilgili bulunmaktadır.[397] Zira, dürüstlük kuralı özel şahısların menfaatleri ile kamu menfaati arasında bir denge sağlamaktadır.[398] Öğretide bir görüş, *bona fides*'i kamu düzeni ve genel ahlak ile ilişkili saydığından bu hükmün uygulanmayacağının kararlaştırılamayacağını kabul etmektedir.[399] Nitekim, Türk hukukunda Yargıtay'ın da bu yönde kararlarına rastlamak mümkündür.[400] Buna karşılık, hâkimin bir hükmü re'sen uyguluyor olması, kamu düzenine ilişkin olmasını gerektirmeyeceğinden; dürüstlük kuralına aykırılık, medeni usul hukuku uyarınca teknik anlamda bir itiraz teşkil etmeyeceğinden ve dürüstlük kuralına aykırı olarak yerine getirilen edimlerin geri istenmesi mümkün olmayacağından bu görüş

[394]**Akyol.** Op. Cit. s. 107.
[395]**Çağlayan Aksoy, P.:**Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul: XII Levha Kitabevi, 2016, s 201.
[396]Güven sorumluluğu bunlardan bir tanesidir. **Ibid.** s. 213, Bkz. IV. Bölüm-I-B.
[397]**Honsell.** Art. 2, No:4.
[398]**Merz.** Art. 2, No: 80, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 144.
[399]**Egger.** Art. 2, No:12, **Roth.** § 242 No: 52, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 71, **Gallo, P.:**Contratto E Buona Fede in Senso Oggettivo e Trasformazioni del Contratto, 2. Edizione, Torino: UTET Giuridica, 2014, (Contratto), s. 647.
[400]Bkz. YHGK 12.05.1965, 5-D-4/203.

eleştirilmektedir.[401] İsviçre öğretisinde ise, tarafların irade özerkliği ve sözleşme özgürlüğü gereği 2. maddenin sözleşmelerin yorum ve tamamlanması bakımından uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri; bununla beraber, kamu düzeni uyarınca dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağından tamamen muaf olamayacakları düşüncesi hâkimdir.[402] Bunun sebebi ise, kamu düzeninden ziyade, dürüstlük kuralının ahlaka aykırılık ile olan ilişkisi olarak görülebilecektir.

Dürüstlük kuralına aykırı sözleşme yapılabileceğini savunanlar, kişilik haklarına ilişkin TMK 23 ya da kanuna, ahlaka veya emredici hukuk kurallarına aykırı olarak sözleşme yapılamayacağına ilişkin TBK 27 hükümlerinin emredici olduğunu; öte yandan TMK 2 hükmünün ise emredicilik özelliği bulunmadığını ileri sürmektedirler.[403] Ancak, TMK 2 hükmünde ele alınan ve Roma hukukuna dayanan *bona fides* ilkesi, esasında tarihsel olarak TMK 23 ile TBK 27 hükümlerinin de temelinde yatmakta olup, tüm bu hükümlerin birbirinden bağımsız olarak düşünülmesi mümkün değildir.

Dürüstlük kuralı, Alman hukukunda özellikle 1945'ten itibaren *Fallgruppen* (olay grupları) denilen çeşitli yavru kuramlar ortaya çıkarmış ve bu şekilde sistematize edilmiştir.[404] Buna göre *bona fides*, ifada tarafların yükümlülüklerini düzenleyici olanlarla beraber, irade özgürlüğünü sınırlayıcı kurallar da içermektedir.[405] Bir diğer deyişle, *bona fides*'in bir iç sistemi *(Binnensystem)* olduğu kabul edilmektedir. *Clausula rebus sic standibus*; *culpa in contrahendo*; güven sorumluluğu; fiili sözleşme ilişkileri; üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler ile tarafların bilgi

[401]**Edis.** Op. Cit. s. 298.
[402]**Chappuis.** Art. 2, No: 11, 25.
[403]**Akyol.** Op. Cit.. 7.
[404]**Roth.** § 242, No: 97, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 86.
[405]**Roth.** § 242, No:128-130.

verme, aydınlatma, iş birliği yapma yükümlülükleri dürüstlük kuralına dayanmakta ve dürüstlük kuralının iç sisteminden doğmaktadır.[406] Sözleşme kurulurken sözleşmeye taraf olmayan ancak edime yakınlığı olan kişilerin, daha sonra bu sözleşme ile ilgili olarak zarara uğramaları hâlinde haksız fiil hükümleri yerine daha avantajlı olan sözleşme hükümlerine dayanabilmeleri bu sayede mümkün olabilmektedir. Bu durumda da, dürüstlük kuralının emredici niteliği olduğu kabul edilmekte ve *ex officio* dikkate alınmaktadır. Yani bu hâlde, hâkim durumu re'sen dikkate alacak ve tarafların bu yönde talepte bulunması gerekmeyecektir.

Bu durum sadece Kıt'a Avrupasında değil, *lex mercatoria* araçlarında da aynıdır. Her ne kadar, Amerikan ticaret hukukunda *Uniform Commercial Code* (Yeknesak Ticaret Kanunu) (UCC) uyarınca dürüstlük kuralının açık sözleşme hükümleri ile çelişecek ya da onları yok sayacak biçimde kullanılamayacağı kabul edilse de; hukukun yeknesaklaştırma ve uyumlaştırma çabaları çerçevesinde, dürüstlük kuralı emredici olarak ele alınmaktadır.[407] PECL'in "Genel Yükümlülükler" bölümünde bulunan; eski 1.106, yeni 1.201 numaralı *"Good Faith and Fair Dealing* (Dürüstlük kuralı ve dürüst iş yapma)*"*[408] başlıklı ilkesi uyarınca, "(1) Taraflardan her biri dürüstlük kuralı ve dürüst iş yapma prensiplerine uygun hareket etmek zorundadır. (2) Taraflar bu yükümlülükten muaf tutulamaz ya da bu yükümlülüğü sınırlayamazlar." 1.201. maddenin resmi yorumlarında; dürüstlük kuralı ve dürüst davranış ya da dürüst iş yapma kavramlarının; ticari işlemlerde adalet, makullük ve nezaketi sağlamaya yönelik etik ilkeler olduğu belirtilmektedir.[409] PECL'in 1.201 numaralı maddesinin

[406]**Schäfer ve Aksoy.** Op. Cit. s. 88.
[407]**Flechtner, H.:***Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality,* Pace International Law Review, C.13, S.2, Yıl: 2001, s. 296-336, s 308.
[408]**PECL 1.201:***"(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty."*
[409]**Vogenauer.** Unidroit. s. 171.

ilk fıkrasının lafzından, sözleşmelerin hem kurulması, hem de uygulanması aşamasında *bona fides* ilkesinin gözetilmesi gerekliliği anlaşılmaktadır. İkinci fıkrada ise, tarafların dürüstlük kuralına uyma ödevini kapsam dışı bırakamayacağı veya sınırlayamayacağı düzenlenmektedir. Bu hâlde, açıkça irade özgürlüğü *bona fides* lehine sınırlanmaktadır.[410] UNIDROIT İlkeleri'nin 1.7.[411] maddesi de aynı şekilde taraflara *bona fides*'e uygun hareket etmeleri hususunda olumlu bir yükümlülük getirmektedir. İlkeye göre "(1) Taraflardan her biri uluslar arası ticarette dürüstlük kuralına uygun hareket etme ve dürüst iş yapma yükümlülüğündedir. (2) Taraflar bu yükümlülüğü ortadan kaldıramaz ya da sınırlayamazlar." Bu kural, PECL 1.201 gibi emredicidir.[412]

Bu noktada değinilmesi gereken bir konu da, *bona fides*'in uygulanmayacağının CISG kapsamında kabul edilip edilemeyeceğidir. CISG madde 6'ya göre "Taraflar, bu Antlaşmanın uygulanmamasını kararlaştırabilecekleri gibi, 12. madde saklı kalmak şartıyla, hükümlerine istisna getirebilir veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilirler."[413] Bu maddenin lafzı uyarınca, *bona fides*'e uyulmasını öngören 7. maddenin hükümlerine istisna getirilebilmektedir. Öte yandan, öğretide bir görüşe göre *bona fides* yükümlülüğüne ilişkin olarak böylesi bir belirleme yapılamaz. Zira bu hâlde, antlaşmanın uluslararası ticarette *bona fides* ışığında

[410]**Flechtner.** Op. Cit. s. 306.
[411]**UNIDROIT 1.7:***"(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty."*
[412]**Lando, O.:***CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law*, American Journal of Comparative Law, S. 35, Yıl: 2005, s. 379-401, s. 391.
[413]**CISG 12:***"Taraflardan birinin işyeri, 96. madde uyarınca beyanda bulunmuş âkit bir devlette bulunduğu takdirde, satım sözleşmesinin kurulmasını, değiştirilmesini veya mutabakatla ortadan kaldırılmasını veya bir icabın, kabulün yahut diğer herhangi bir irade beyanının, yazılı şekilden başka şekilde yapılmasını mümkün kılan bu Antlaşmanın 11. ve 29. maddesinin veya II. Kısmının hükümleri uygulanmaz. Taraflar bu maddeye istisna getiremeyecekleri gibi maddenin etkilerini de değiştiremezler."*

yeknesaklık sağlamak olan nihai amacı tehlikeye düşmüş olacaktır.[414] Roma hukukuna dayanan *bona fides* kuralının emredici olduğu ve taraflarca uygulanmayacağının kararlaştırılamayacağı düşüncesinin, etik ve pratik sebeplerle kabul edilmesi durumunda, hukukun yeknesaklaştırılması ve uyumlaştırılması bakımından etkinlik sağlanabilecektir.

3. Dürüstlük Kuralı ve *Vir Bonus* İlişkisi

Dürüstlük kuralı, kişilerin haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüst, makul ve yaptığı eylemin sonucunu bilebilen orta zekâlı kimsenin benzer bir olaydaki davranışına benzer davranmasını gerektirmektedir.[415] Dürüst, makul ve gerçekleştirdiği eylemin sonucunu bilen kimse, Roma hukukunda "*bonus vir/vir bonus"*olarak anılmıştır.[416] *Cicero*'nun hayali, tüm insalığı *bonus vir*'lerden oluşan bir topluluğa çevirmek olmuştur.[417] *Bona fides*'ten türeyen *vir bonus* kavramı, iyinin ve doğruluğun adamını ifade etmekte; zerafetten doğan erdemleri sergileyen bir şahıs olarak düşünülmektedir.[418] *Vir bonus,* Roma hukukunda *vir malus* (kötü adam)'un tersi olarak kullanılan bir değer ölçütü olmuştur.[419] Roma'nın ilk dönemlerinde ise *vir bonus* kavramı, iyi ve kötü olgusundan ziyade, *nobilitas* (asalet) ile ilişkilendirilmiş olup, bu değer ölçütü asil bir insanın davranış biçimi şeklinde algılanmıştır.[420]

[414]**Bonell, M.J.(ed. A. Giuffrè):**Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan: Giuffrè, 1987, s. 65-94, (Commentary), s. 84.
[415]**Edis.** Op. Cit. s. 291.
[416]**von Lübtow.** Op. Cit. s. 522, s. 532.
[417]**Racine, Sautonie, Tenenbaum ve Wicker.** Op. Cit. s. 152.
[418]**Boyancé.** Loc. Cit.
[419]**Cardilli.** Bona Fides. s. 7.
[420]**Ibid.,** s. 8.

Vir bonus kavramı günümüzde halen güncelliğini korumaktadır. Hukukta meydana gelen yeniliklere rağmen, halen pek çok hukuk sistemi olayları *vir bonus* ideallerine göre değerlendirmektedir.[421] Bu da esasında *bona fides*'in etik boyutunun günümüze bıraktığı önemli miraslardandır.[422]*Vir bonus,* dürüst ve objektif bir kişiyi ifade etmekte olup aynı zamanda bir sadakat ölçütü olarak kullanılmaktadır.[423] Diğer bir ifade ile, objektif anlamı ile bir hukuki ilişki içerisinde bulunan dürüst kişilerin sahip olması gereken iyiniyete işaret eden dürüstlük kuralı uyarınca, kişilerin sergilemesi gereken davranışlar da *"vir bonus"* kavramından türeyen ve iyi aile babası anlamına gelen makul, dürüst vatandaşın kökeni olan *"bonus pater familias"* ölçütüne dayanmaktadır.[424]

Bonus pater familias ölçütü, çıkış noktasını sözleşme dışı sorumluluk hukukunda bulmakta olup, bu kavramın da Aristotelyen felsefeye dayandığı ve Stoisistlerin etkisi altında geliştirildiği düşünülmektedir.[425] Roma borçlar hukukundan günümüze kadar gelen *culpa* (kusur); *dolus* (kasıt) ya da dar anlamı ile *culpa* (ihmal) biçiminde karşımıza çıkmaktadır.[426] *Dolus,* borçlunun borcunu ifa etmemek için bilerek ve isteyerek hukuka aykırı şekilde hareket etmesi; bu yönde bir iradeye sahip

[421]**Schermaier.** Contract Law. s. 89.
[422]**Söllner.** Op. Cit. s. 3-4.
[423]**Cardilli.** Bona Fides. s. 30.
[424]Bu ölçüte *bonus et diligens paterfamilias* adı da verilmektedir. **Villey.** Droit Romain. s.19, **Robaye.** Op. Cit. s. 306.
[425]**Coing.** Op. Cit. s. 54.
[426]Öte yandan, sorumluluk hukuku bakımından, eski dönemlerde objektif sorumluluk kabul edildiğinden, Roma hukukunda kusurun eğreti bir biçimde yer aldığı düşünülmektedir. Günümüzde ise, belirli bir faaliyet yürütülürken doğabilecek tehlikelerin önlenmesi için gerekli önlenmlerin alınmasını ifade eden tehlike ilkesi, kusur sorumluluğunun içeriğini genişletmektedir. Kusur sorumluluğunda tehlike ilkesinin incelenmesi için bkz. **Koçhisarlıoğlu, C.:**Haksız Eylem Kusuru, Ankara: 1990, (Kusur), s. 151 vd., **Koçhisarlıoğlu, C.:***Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi,* Dicle Ünivertsitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Yıl: 1984, s. 175-303, (Objektif Sorumluluk), s. 178.

olmasıdır.[427] Roma hukukunda *dolus*, aynı zamanda *bona fides* yani dürüstlüğün zıt anlamlısı olarak da kullanılmıştır.

Culpa ise dar anlamda özensizliği ve dikkatsizliği ifade etmektedir. *Iustinianus* hukukunda *culpa, culpa lata* (ağır ihmal) ve *culpa levis* (hafif ihmal) olmak üzere ikiye ayrılmıştır.[428] *Ulpianus*'a göre ağır ihmal, herkesin bildiğini yapmamak, herkesin almayı düşünebileceği bir önlemi almamaktır.[429] *Culpa levis'*ten doğan sorumluluğun derecesi ise, Roma'da iki farklı ölçüt temel alınarak belirlenmiştir. Bazı hâllerde, *culpa in concreto* yani somut bir kıstas esas alınmış; bu hâlde, kişinin kendi işlerinde gösterdiği özeni ifade eden "*diligentia quam in suis rebus adhibere solet"* ölçütü söz konusu olmuştur.[430] Buna karşın, çoğunlukla bu ölçüt soyut olarak dürüst bir insan olan iyi bir aile reisinin alacağı önlemler ve göstereceği özeni ifade eden "*diligentia bonus pater familias*" olmuştur.[431] Soyutluğundan ötürü, bu ölçüte *culpa in abstracto* denilmektedir.[432]

[427]**Tahiroğlu, B.:** Roma Borçlar Hukuku, İstanbul: Der Yayınevi, 2014, s. 50.
[428]**Ibid.,** s. 56.
[429]D.50.16.213.2.
[430]Çağdaş hukuklarda da, somut ölçüt özellikle kusurun objektifleştirilmesinde, ayırt etme gücünün varlığını tespit ederken dikkate alınmaktadır. Öte yandan, Türk-İsviçre hukukunda kural olarak kusurun ağırlık derecesi davranışta bulunanın kimliği dikkate alınmaksızın, *in abstracto* belirlenmektedir. **Umur.** Lügat. s. 31, s. 51, **Erdoğmuş, B.:**Roma Borçlar Hukuku, İstanbul: Der Yayınevi, 2014, (Borçlar Hukuku), s. 42 vd, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 179-180, **Honsell.** Op. Cit. s. 91, **Burdese.** Op. Cit. s. 704, **Robaye.** Op. Cit. s. 284, s. 313, **Koçhisarlıoğlu, C.:***Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi*, AÜHFD, C. 53, S. 3, Yıl: 2004, s. 1-17, (Ayırt Etme Gücü), s. 3, **Koçhisarlıoğlu, C.:***Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi,* AÜHFD, C.53, S. 4, Yıl: 2004, s. 1-17, (Haksız Eylem), s. 4.
[430]**Waldstein.** Op. Cit. s. 50.
[431]**Borkowski, A.:**Roman Law, London: Blackstone Press Limited, 2001, s. 132.
[432]Haksız fiiller bakımından, kasıttan sorumluluk temel kural olsa dahi; çağdaş haksız fiil teorisinin kurulmasına sebebiyet veren *damnum iniuria datum* (mala verilen zarar) haksız fiili açısından, Roma hukukunda *culpa levissima*, yani en hafif ihmalin dahi yeterli olacağı kabul edilmiştir. **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 59, **Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s. 37.

İşte bu *bonus pater familias* ölçütü saptanırken yararlanılan vasıtalardan bir tanesi, *bona fides*'tir.[433] Nitekim, iyi bir aile babası namuslu, dürüst ve iyi bir vatandaş tipini ifade etmektedir. Bir diğer deyişle, *bona fides*'e uygun davranan bir kimseye işaret ettiği söylenebilmektedir. *Bonus pater familias* ölçütü, modern medeni kanunlara da alınmıştır. Fransız hukukunda yer alan *"bon père de famille"* testi buna örnektir.[434]Aynı ölçüt İtalyan hukukunda da paralel bir terim olan *"buon padre di famiglia"* biçiminde yer almaktadır.[435]

B. Kavramın Sübjektif Açıdan Ele Alınması: İyiniyet

Bona fides prensibinin objektif yönünün, günümüzde yansımasını dürüstlük kuralı olarak bulduğu açıktır. Öte yandan, Roma hukukunda *bona fides*, hem objektif; hem de sübjektif anlamda kullanılmıştır. Bu ilkenin sübjektif olarak ele alınması, bizi iyiniyet kavramına götürmektedir. Mehaz İsviçre ZGB Art. 3 ile paralel olan TMK 3. maddesi uyarınca "Kanunun iyiniyete hukuki sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan, iyiniyetin varlığıdır. Ancak durumun gereklerine göre kendisinden beklenen özeni göstermeyen kimse iyiniyet iddiasında bulunamaz." İyiniyet, bir hakkın kazanılması veya bir hukuki sonucun doğması yönünden mevcut olan bir eksikliği bilmeme veya gereken özen gösterilmiş olsaydı dahi, bilebilecek durumda olmamayı ifade etmektedir.[436] Bu anlamda, iyiniyet kavramının *bona fides*'in sübjektif bir yansıması olduğu açıkça görülmektedir. TMK 3'de belirtildiği gibi, iyiniyetin korunması ancak

[433]**Talamanca, M.:***La Bona Fides Nei Giuristi Romani: "Leerformeln" E Valori Dell'Ordinamento*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 4, Padova: CEDAM, 2003, s. 1-312, (Bona Fides), s. 5 vd.
[434]Bkz. C.Civ. 1137, C.c. 1001, 1176.
[435]**Fletcher, G.P.:***The Right and the Reasonable*, Harvard Law Review, C. 98, S.5, Yıl: 1985, s. 949-982, s. 950
[436]**Altaş.** Op. Cit. s. 312.

kanunda iyiniyete sonuç bağlanan hâllerde esas olacaktır.[437] Söz konusu madde, kişilere, haklarını kazanırken dürüst ve namuslu davranmaları gerektiğini bildirmekte; bu açıdan da, objektif anlamda dürüstlük kuralı ile yakın ilişki içerisinde görülmektedir.[438]

İyiniyet, özünde ruhsal bir kavram olup aslında kanun koyucu tarafından düzenlenmesi uygun bulunmamıştır. Bu kavram, hakkın doğumuna engel olan bir durumun varlığı ya da hakkın doğumu için gerekli unsurların yokluğu konusunda, kişide mazur görülebilir düzeydeki bilgisizlik veya yanlış bilgi şeklinde ifade edilmektedir.[439] Bu araştırma yapılırken de, kişinin sübjektif durumu esas alınmakta; ancak hâl ve koşulların da dikkate alınması ile belirli oranda objektiflik sağlanmaktadır.[440]

Mazur görülebilme unsuru ise, Roma hukukundan gelen *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (kimse kendi hileli davranışına dayanarak elde ettiği hakka dayanamaz) kuralına dayanmaktadır.[441] Kişi, yarattığı belirli bir görüntünün sonuçlarına bizzat katılmalıdır.[442] Bir hakkın doğumu ya da elde edilmesine engel bir durum için gerekli bir unsurun varlığı ya da yokluğu hakkında bir şüphe varsa, bu şüphenin giderilmesi gereklidir.[443] Kusurdan doğan bir bilgisizlik ya da yanlış bilgi hukuken korunmayacaktır.[444] Aksi hâlde, *bona fides*'e aykırılık meydana gelecektir.

[437]**Söllner.** Op. Cit. s. 10.
[438]**Akipek ve Akıntürk.** Op. Cit. s. 148.
[439]**Edis.** Op. Cit. s. 263.
[440]**Altaş**. Op. Cit. s. 315.
[441]**Edis**. Loc. Cit.
[442]**Altaş**. Op. Cit. s. 322.
[443]**Edis**. Op. Cit. s. 265.
[444]**Akipek ve Akıntürk.** Op. Cit. s. 151.

Roma hukukunda *bona fides*, sübjektif anlamıyla pek çok noktada karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan ilki, mülkiyetin aslen kazanılması yollarından; bir malın insan faaliyeti ile farklı bir sosyo-ekonomik amaca hizmet eden yeni bir mal *(nova species)* durumuna getirilmesini ifade eden *specificatio* (hukuki tağyir/işleme) yöntemidir.[445] *Specificatio* ile ilgili olarak klasik hukuk döneminde ortaya çıkan, yeni malın kime ait olacağı konusunda yaşanan tartışmalar *Sabinianus* ve *Proculianus* okulları arasında görüş ayrılıkları doğurmuş; *Sabinianus*'lar, yeni malın mülkiyetinin işlenmiş olan malın malzemesinin malikine ait olacağını savunurken; *Proculianus*'lar ise, işleyene ait olacağını öne sürmüşlerdir.[446] *Bona fides'*in ise, *Proculianus* okulunca öne sürülen yöntemin kökenini oluşturduğu savunulmaktadır.[447] Keza, bu yöntem hakkaniyete büyük önem veren Aristotelyen felsefeden etkilenmiş olup, eseri işleyen kişinin emeği malzemeden üstün tutularak, hakkaniyetin sağlanması amaçlanmıştır.[448] Öte yandan, burada bahis konusu *bona fides* hakkaniyet ile yoğurulmuş objektif *bona fides*'tir. Bununla beraber, sübjektif *bona fides* ise klasik hukuk dönemi sonunda ortaya çıkan ve *Iustinianus* döneminde benimsenen; *Proculianus*'ların önerisinin, *Sabinianus*'ların düşünce sistemi ile değiştirilmesi suretiyle varılan çözüm yolunu ifade eden *media sententia* açısından esas alınmıştır.[449] Bu hâlde, *nova species*'in, eski durumuna dönüştürülebiliyorsa malzeme sahibine, dönüştürülemiyorsa işleyene ait olacağı kabul edilmiştir.[450]

---

[445]**Karadeniz Çelebican, Ö.:** Roma Eşya Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 5. Baskı, 2015, (Eşya Hukuku), s. 161, **Erdoğmuş, B.:** Eşya Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, 6. Baskı, 2015, (Eşya Hukuku), s. 92 vd.,**Umur, Z.:** Eşya Hukuku, İstanbul:Filiz Kitabevi, 1983, (Eşya Hukuku), s. 45, **Umur.** Lügat. s. 201, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 161, **Arangio-Ruiz, V.:** Istiuzioni Dei Diritto Romano, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 40. Edizione, 2012, s. 380 vd.

[446]**Karadeniz Çelebican.** Op. Cit. s. 162.

[447]**Neumaier, K.:**Bona Fides als Erfordernis des Eigentumserwerbs durch Spezifikation, Universität Würzbug, 1896.

[448]**Koschaker, P. ve Ayiter, K.:**Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977, s. 149.

[449]**Neumaier.** Op. Cit. s. 13.

[450]Buna ek olarak, eğer kişi kendi malzemesini de kullanmışsa, yeni malın eski duruma dönüştürülebilse dahi işleyene ait olacağı kabul edilmiştir. Bkz. *Ins.* 2.1.25, **Karadeniz Çelebican.**

Bunun için aranan en önemli şart ise, işleyenin *bona fide* olmasıdır.[451] Bununla beraber, çağdaş hukuklarda genellikle değer ölçütü esas alınmış olup, BGB § 950 ve TMK 775 uyarınca da yeni malın, emeğin değerinin malın değerinden fazla olması hâlinde işleyenin; aksi hâlde, eski malın malikinin olacağı kabul edilmektedir. Öte yandan, Alman hukukunda işleyenin iyiniyeti önem taşımazken; Türk-İsviçre hukukunda işleyenin kötüniyetli olması hâlinde, emeğin değerinin malzemenin değerinden yüksek olup olmadığına bakılmaksızın, hâkim malı işlenen malın malikine bırakabilmektedir.[452]

Roma hukukunda, *bona fides*'in önem taşıdığı ve günümüze kadar gelen en önemli kurum ise *usucapio* yani kazandırıcı zamanaşımıdır.[453] *Usucapio*, kanun tarafından belirlenen bir süre boyunca devam eden zilyetlikle mülkiyetin iktisabı olarak tanımlanabilir.[454] Roma hukukunda böyle bir kuruma gerek duyulma nedeni, kamu yararının sağlanması ve kamu düzeninin korunması düşüncesidir.[455] Öte yandan, tapu sicili benzeri bir kurum mevcut olmayan Roma hukukunda, aleniyeti sağlayarak belirsizliği gidermek, *usucapio*'nun temel işlevlerinden olmuştur. Çağdaş hukuklarda kazandırıcı zamanaşımı kurumu da, yine ekonomik sebeplere ve toplumsal ilişkilerin

---

Eşya Hukuku. s. 162, **Erdoğmuş.** Eşya Hukuku. s. 94, **Umur.** Eşya Hukuku. s. 46, **Di Marzo.** Op. Cit. s. 236, **Monier.** Tome I. s. 403.

[451]**Karadeniz Çelebican**. Eşya Hukuku**.** Loc. Cit**. Neumaier.** Op. Cit. s. 17 vd.

[452]**Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s.150, **Sirmen, L.:**Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi, 5. Baskı, 2017, s. 496, **Oğuzman, K., Oktay Özdemir, S., Seliçi, Ö.:**Eşya Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 20. Baskı, 2017, s. 750 vd.

[453]Öte yandan, *bona fides*, mülkiyetin aslen kazanılma yollarından semerelerin kazanılmasında da aranmıştır. Keza, *in bonis habere* kurumu bakımından da *bona fides* önem taşımış; nitekim, *praetor* mülkiyeti adı da verilen ve *usucapio*'nun *tempus* (süre) dışındaki şartlarının tümünün gerçekleşmiş olduğu bu mülkiyet türü bakımından zilyetliğin *bona fide* olması gerekmiştir. **Umur, Z.:**Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul: Beta Yayınevi, 3. Baskı, 2010, (Roma Hukuku), s. 472, **Karadeniz Çelebican.** Eşya Hukuku. s. 185 vd., **Honsell.** Op. Cit. s. 62, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 123, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 196, **Burdese.** Op. Cit. s. 358, **Robaye.** Op. Cit. s. 114, s. 140.

[454]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 152, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 134, **Monier.** Tome I. s. 421.

[455]*Usucapio*'nun kökeni olan *usus* kurumu ise, XII Levha Kanunları VI .3. levhaya dayanmaktadır. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Loc. Cit., **Günal, N.:***Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi,* AÜHFD, C. 47, S. 1-4, Yıl: 1998, s.120-136, (Zamanaşımı), s. 135.

devamı amacına dayanmaktadır.[456] Güncel hukuklarda kabul edilen kazandırıcı zamanaşımı kavramının incelenebilmesi için de, öncelikle Roma hukukundaki *usucapio*'nun çıkış sebepleri araştırılmalıdır.

Usucapio'nun şartları arasında *res habilis* (elverişli bir mal olması), *possessio* (zilyetlik), *tempus* (süre), *iusta causa* ya da *titulus* (hukuki sebep) ve *bona fides*[457]*s*sayılmaktadır.[458] *Bona fides*, *usucapio*'nun bir diğer şartı olan haklı sebep yani *iusta causa*'yı tamamlayıcı bir fonksiyon üstlenmiştir.[459] Bu kurum için aranan *bona fides* kavramının ise, sübjektif anlamda iyi niyeti ifade ettiği görülmektedir.[460]

Öte yandan, eski hukuk döneminde *bona fides* ve *iusta causa*, *usucapio* için gerekli görülmemiştir.[461] Yine de, zilyetliğin başkasına zarar verilmemiş şekilde kazanılmış olması aranmış, bir diğer ifade ile, *res furtiva* ya da *vi possessa* olmaması şartı mevcut olmuştur. Buna *iusta possessio* adı da verilmiş olup, zilyetliğin *"vi, clam aut precario"* ile yani cebir, gizlilik veya *precarium* ile elde edilmemiş olması gerekmiştir.[462] Bu hâlde ise, kişilerde objektif anlamda *bona fides*'in aranmış olduğu ileri sürülebilmektedir. *Iusta possessio* araştırması yapılırken *iusta causa* ve *bona*

[456]**Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 208.
[457]*Burdese*, *usucapio*'nun şartları arasında doğrudan *fides'*i saymaktadır. Bu da esasında *bona fides'*in Romanist değer yargısı olan *fides'*ten başka bir şey ifade etmediğini göstermektedir. **Burdese.** Op. Cit. s. 359.
[458]Buna karşın, *usucapio*'nun diğer şartları gerçekleşmeksizin başkasına zarar vermeden kurulmuş olan zilyetliğe ise, *possessio bonae fidei* adı verilmiştir. Burada, her ne kadar sübjektif iyiniyet aranmış olsa da başkasına zarar vermeme koşulu objektif iyiniyete de işaret etmektedir. Yine *iusta causa (titulus)* unsuru da *bona fides* ile bağlantılı olup sübjektif *bona fides'*in objektif yansımasını içermektedir. **Umur.** Lügat. s. 161, **Erdoğmuş.** Eşya Hukuku. s. 71, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 153, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 135-136, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s 155, **Robaye.** Op. Cit. s. 157, **Söllner.** Op. Cit. s. 15 vd.
[459]**Erdoğmuş.** Op. Cit. s. 80,**Umur, Z.:**Roma Hukukunda İktisabi Müruru Zamanda Hüsnüniyet,İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1956, (Hüsnüniyet), s. 111.
[460]**Söllner**. Op. Cit. s. 5, **Kunkel.** Op. Cit. s. 7, **Buckland, W.W.:** The Roman Law of Slavery, New York: Cambridge University Press, 2010, (Slavery), s. 98 vd.
[461]**Umur.** Op. Cit. s. 36.
[462]**Ibid.,** s. 50.

fides kavramlarına ulaşılmış olması ihtimali yüksektir. Bu durumda ise, sübjektif anlamda iyiniyet kavramının, objektif iyi niyeti izlediği çıkarımı yapılabilecektir. Klasik dönemde ise, bu koşullar *res habilis* ve *iusta causa* olarak ayrıca aranmaya başlanmıştır.[463] Keza, *iusta causa* olmaması da bir başkasına zarar verildiğinin müspet bir göstergesini ifade etmekte olup, özünde *bona fides*'in yokluğuna işaret etmektedir. Yine *iusta causa* nasıl *iusta possessionis* unsurunu gölgede bıraktıysa, *bona fides*'in de *iusta causa*'yı gölgede bıraktığı ileri sürülmektedir.[464] Nitekim, *iusta causa, bona fides*'i desteklemektedir.[465] Klasik dönemin sonlarından itibaren ise, eyalet arazileri ve daha sonra *peregrini*'lerin tüm malları bakımından *inter praesentes* (hazırlar arasında) on yıl; *inter absentes* (gaipler arasında) yirmi yıl olarak uygulanan bir def'iyi ifade eden *praescriptio longi temporis* (uzun zaman def'i), *usucapio'*nun yerini almaya başlamış ve bu kurum için de *bona fides* aranmıştır.[466]

Öte yandan, çağdaş hukuklar ile Roma hukuku bakımından bu bağlamda karşılaşılan bir farklılık, iyiniyetin arandığı anda yatmaktadır. Roma hukukunda, iyiniyetli olunması gereken an, zilyetliğin elde edilme anı olmuştur. Bu kural, ortaçağ hukukçuları tarafından *"mala fides superveniens non nocet"* yani "sonradan gelen

[463]**Umur.** Eşya Hukuku. s. 57 vd.
[464]**Umur.** Hüsnüniyet. s. 54.
[465]**Bignardi, A.:***Brevi Considerazioni Sulla Funzione della Buona Fede nell'Usucapio, in Particolare Nel Pensiero di Paolo,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 207-224, s. 209.
[466]Cod. V. 73. Cost, 1. Gordianus. A. 238 uyarınca *praescriptio longi temporis* için aranan koşullar arasında kelime anlamı ile *bona fides* yer almamakla beraber, mevcut olan *iustum initium possessionis* (adil başlayan zilyetlik) unsuru *bona fides*'i karşılamaktadır. Öte yandan, ilk imparatorluk döneminde ortaya çıkan *praescriptio longissimi temporis* kurumu açısından ise *bona fides*'e ve *iusta causa'*ya ihtiyaç duyulmamıştır. *Iustinianus* döneminde, *praescriptio longissimi temporis* tüm mallar bakımından kırk yıllık bir süre olarak uygulanmaya başlanmıştır. **Umur.** Lügat. s. 167, **Çelebican Karadeniz.** Eşya Hukuku. s. 194, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 136-138, **Honsell.** Op. Cit. s. 65, **von Jhering, R.:**Geist des Römisches Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1.Band, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1865, (Römisches Recht), s. 164, **Monier.** Tome I. s. 428-429, **Robaye.** Op. Cit. s. 160.

kötü niyet zarar vermez" olarak ifade edilmiştir.[467] Öte yandan, kaynaklar incelendiğinde, bu kuralın da dikkatle uygulanmış olduğu ve çoğunlukla pratikte iyiniyetin gerekli tüm süre boyunca arandığı anlaşılmaktadır.[468]

Roma hukukundaki *usucapio* kurumuna bağlı olarak, Türk-İsviçre hukukunda taşınmazlar bakımından olağan ve olağanüstü zamanaşımı düzenlenmektedir. TMK 712 uyarınca olağan zamanaşımı ile kazanma, geçerli bir hukuki sebep olmaksızın tapu kütüğüne malik olarak yazılan kişinin taşınmaz üzerindeki zilyetliğini davasız ve aralıksız olarak on yıl süreyle ve iyiniyetle sürdürmesi hâlinde söz konusu olurken; olağanüstü zamanaşımı ile kazanmayı düzenleyen TMK 713 uyarınca, olağanüstü zamanaşımında tapu kütüğünde kayıtlı olmayan bir taşınmaz bakımından iyiniyet şartı aranmamıştır.[469] Kazandırıcı zamanaşımı bakımından aranan iyiniyet şartı, kişinin kendisinden beklenen tüm özeni göstermesine karşın adına mevcut olan tescilin yolsuzluğunu bilmemek ve bilebilecek durumda olmamaktır.[470] Tescil anında kötüniyetli olan mirasbırakanın, mirasçıları iyiniyetli iseler, mirası edindikleri tarihten on yıl içinde mülkiyeti kazanabilecekleri kabul edilmektedir.[471] Taşınırlar bakımından ise, TMK 777 uyarınca başkasının taşınır bir malını davasız ve aralıksız beş yıl iyiniyetle ve malik sıfatıyla zilyetliğinde bulunduran kimse, zamanaşımı yoluyla o taşınırın maliki hâline gelmektedir. Burada aranan iyiniyet de eşyanın başkasına ait olduğunu bilmemek ve bilebilecek durumda olmamaktır.[472]

---

[467]**Erdoğmuş.** Eşya Hukuku. s. 82, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 136, **Honsell.** Op. Cit. s. 63, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 213, **Burdese.** Op. Cit. s. 362.
[468]**Söllner.** Op. Cit. s. 40-41.
[469]**Oğuzman, Seliçi ve Özdemir.** Op. Cit. s. 423, s. 429.
[470]**Sirmen.** Eşya Hukuku. s. 389, **Oğuzman, Seliçi ve Özdemir.** Op. Cit. s. 758.
[471]Yargıtay, kimi kararlarında mirasbırakanın mirasçının kötüniyetine halef olacağını belirtmekte olup, bu değerlendirme ise isabetli bulunamamaktadır. Nitekim, iyiniyet kişinin sübjektif durumuna ilişkin bir değer olduğundan, bu hâlde halefiyetin söz konusu olması düşünülemez. Bkz. YHGK 15.12.1965, E. 7/805-458. **Sirmen**. Loc. Cit.
[472]**Sirmen.** Op. Cit. s. 543.

Türk-İsviçre hukukunda mallara ilişkin hukuk kapsamında iyiniyetin korunduğu bir diğer başlıca kurum ise, iyiniyetle hak kazanılmasıdır. TMK'nın 988. maddesi uyarınca, emin sıfatıyla zilyetten taşınır bir mal üzerinde ayni hak kazanılması hâlinde iyiniyet tam olarak korunmaktadır. Yine, TMK 990 uyarınca sahibinin elinden rızası dışında çıkan para veya hamiline yazılı senetlerin iadesi, iyi niyetli kişilerden istenemeyecektir. Bu durumlarda kanun koyucunun gerçek malikten ziyade, iyiniyetli devralanı koruduğu görülmektedir. Bu durumun Roma hukukundaki kökeni araştırıldığında ise, Roma hukukundaki mülkiyet hakkının kendine has yapısının ve çeşitlerinin de etkisi ile, esas olarak gerçek malike önem verildiği göze çarpmaktadır. Roma hukukunda bugünkü anlamda iyiniyetle hak kazanımı korunmamıştır. Bu açıdan Roma hukukunda sabit olan kurallardan birisi *"nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet"* "hiç kimse sahip olduğundan daha fazlasını başkasına devredemez" olmuştur.[473] Bu durumun ise güncel hukuk kuralları ile bir farklılık yarattığı görülmektedir. Öte yandan Anglo-Amerikan hukukunda, Kıt'a Avrupası kökenli bu *brocarda*'nın mülkiyetin evrensel bir hak olması sebebiyle uygulanması gerektiği kabul edilmekte; yine de, belirli istisnai hâllerde malik olmayan kişi ile iradede bozukluk olmaksızın yapılan sözleşme sonucunda iyiniyetle hak kazanımı korunmaktadır.[474]

Bu kuralın Roma hukukundan günümüze değişmesinin nedeninin, pratik ihtiyaçlar olduğu düşünülmektedir. İşlem hayatının daha iyi ilerleyebilmesi ve ekonomik etkinliğin sağlanabilmesi için, Roma hukukundaki söz konusu maksim kural olarak terk edilmiştir. Bugün iyiniyetle hak kazanımı kabul edilmekte olup, bu hâllerde

[473]**Honsell.** Op. Cit. s. 62, **Robaye.** Op. Cit. s. 141.
[474]**Miller, C. :***Good Faith in Scots Property Law.* (ed. Forte, A.D.) "Good Faith in Contract and Property Law", London: Hart Publishing,1999, s. 103-129, s. 110.

kanun koyucu hukuki işlem güvenliğini gerçek duruma tercih etmektedir.[475] Bundan dolayı iyiniyet her durumda koşulsuz olarak korunmamakta; koruma yalnızca kanunda açıkça gösterilen istisnai hâllerde söz konusu olmaktadır. Bununla beraber, bazı Slavik hukuk sistemlerinde mülkiyet hakkının yalnızca gerçekten malik olan kimseden edinilebileceği katı kuralı benimsenmektedir.[476]

Türk-İsviçre hukuku anlamında iyiniyet kavramı, Alman hukukunda *Guter Glaube* terimi ile ifade edilmektedir. *Guter Glaube* çerçevesinde *bona fides*'in en önemli özelliği ise bilgidir. Bu anlamda iyiniyet, bilmeme ya da bilebilecek olmama olarak açıklanmaktadır. Alman BGB § 932 I uyarınca, iyiniyetle mülkiyet hakkı iktisabı konusu hükme bağlanmakta; yine kanunda yer alan *"Ersitzung"* kurumu zamanaşımı ile iktisabı ifade etmekte olup, paralel bir düzenleme ortaya sermektedir.[477]

İyiniyet kavramının *bona fides* kurumunun sübjektif yansımasını oluşturması ve bu kuruma hukuki sonuçlar bağlanması, Kıt'a Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülke hukuklarının tamamında söz konusu olmaktadır. Öte yandan, iyiniyetin ayrı bir madde ile düzenlenmesi Türk-İsviçre hukukuna özgü olup, Alman ve Fransız hukuklarında iyiniyet özel bir hüküm ile düzenlenmemektedir.[478] Buna karşın, Türk-İsviçre hukukuna benzer olarak, Alman hukukunda da, kötüniyetin iddia edence ispatlanması gerektiği kabul edilmekte ve bazı önemli durumlarda, iyiniyetli kimsenin ağır ihmalden doğan özen eksikliğinin *"manga culpa dolus est"* "ağır kusur *dolus*'a eşittir" esasını benimseyen Roma hukuku geleneğine paralel olarak,

[475]Bkz. BGB § 932, ZGB 933, TMK 988, ABGB § 367, **Honsell.** Op. Cit. s. 62.
[476]**Faber, W. ve Lurger, L.:**Acquisition and Loss of Ownership of Goods, Munich: Selier, 2011, s. 533.
[477]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 30.
[478]**Edis.** Op. Cit. s. 262.

kötüniyete benzetildiği görülmektedir.[479] Fransız hukukunda düzenlenen *"l'usucapion"* kurumu ise, ağırlıklı olarak Roma hukukundaki *usucapio* kurumuna dayanmakta ve iyiniyet kavramı ilgili hükümlerin genişletilmesinden çıkarılmaktadır.[480] Fransız hukukunda C. Civ. 2279 ve 2280 uyarınca, bir taşınır malın çalınması ya da kaybolması hâlinde, üç yıl süre ile malı elinde bulunduran zilyedin korunacağı hükme bağlanmıştır. Öte yandan, bu süre malın çalınma ya da kaybolma tarihinden itibaren başlayacağından iyiniyetli zilyedin yararına olacak şekilde bir düzenlemeye gidilmiştir.[481]

Yine, Hollanda; İsveç; İspanyol ve Macaristan medeni kanunları incelendiğinde, kazandırıcı zamanaşımı kurumunun Roma hukukundaki *usucapio*'ya benzer bir şekilde günümüzde var olduğu görülmektedir. Anglo-Amerikan hukukunda var olan *"adverse possession"* kurumu da kazandırıcı zamanaşımı ile aynı pratik ihtiyaçlara cevap vermektedir. Görüldüğü üzere bu ülke hukuklarını birbirine bağlayan bir husus da, özellikle kazandırıcı zamanaşımında iyi niyetin önemine vurgu yapmalarıdır. Her ne kadar, *bona fide*s'in objektif ve sübjektif anlamı birbirinden farklı kurumlara işaret etse de, bunların birbirinden ayrı olması düşünülemez. Bu nedenle gerek sübjektif, gerekse objektif *bona fides* ilkesi, hukuk sistemlerince küresel olarak benimsenmiştir. Roma hukukunda doğan ve gelişen, günümüzde ise doğal hukuka dayanan etik ilkelerin en önemlileri arasında yer alan *bona fides*, bu evrensel yapısı nedeniyle hukukun uyumlaştırılması bakımından oldukça elverişlidir.

[479]**Edis.** Op. Cit. s. 262.
[480]C.Civ. 2268 buna örnektir. **Edis.** Loc. Cit.
[481]**Robaye.** Op. Cit. s. 162.

C. Dürüstlük Kuralı ile İyiniyet Arasındaki İlişki

Teknik olarak farklı amaçlara hizmet etse de, dürüstlük kuralı ve iyiniyet kavramları birbirlerinden bağımsız olarak değerlendirilemeyecektir.[482] Roma hukukunda *bona fides* şemsiyesi altında toplanan bu iki kavram, eski MK' da objektif ve sübjektif hüsnüniyet olarak aynı terim ile ifade edildiği gibi; halen pek çok hukuk sisteminde de bu kavramları açıklamak için aynı terminoloji kullanılmaktadır.

İyiniyetin korunduğu hâller dikkate alındığında, bu durumlarda objektif olarak haksız bir davranışın var olduğu ancak haksızlık bilincinin mevcut olmadığı söylenebilir.[483] Bu ise, kavramın neden sübjektif olarak nitelendirildiğini gözler önüne sermektedir. Hukuk düzeninin iyiniyeti koruması ile elverişsiz durum ortadan kalkmakta ve kişilerin belirli hakları kazanması sağlanmaktadır. Bu sonucun altında yatan asıl sebep ise, *aequitas* ve *bona fides* idesidir. Zira, belirli durumlarda kişilerin söz konusu hakları kazanması; hakkaniyeti sağlama amacına yönelmiş olan dürüstlük kuralının bir gereğidir. Keza, iyiniyetin korunmasının altında yatan sebeplerden bir tanesi de karşı tarafça yaratılmış yanıltıcı görünüştür. Yanıltıcı bir görünüşten doğan zarara, buna inanana karşı taraf değil; bilakis, böylesi bir görünüşe sebep olan katlanmalıdır.[484] Türk-İsviçre hukukunda alacağın temlikinde temlik yasağının kararlaştırılması ve bu durumun borcu gösteren belgede belirtilmemesi hâlinde, bu yasağın iyiniyetli üçüncü kişilere ileri sürülemeyecek olması aslında sübjektif

[482]**Honsell.** Art. 2, No:3, **Tercier, P. ve Pichonnaz, P.:**Le Droit des Obligations, Zurich: Schultess, 5. Édition, 2012, s. 26.
[483]**Akyol.** Op. Cit. s. 12.
[484]**Edis**. Op. Cit. s. 271.

anlamda iyiniyet aranmakla beraber dürüstlük kuralının bir gereğidir.[485] Bu nedenle kanımızca iyiniyetin arandığı hâlleri de özünde dürüstlük kuralı emretmektedir.

Buna karşılık dürüstlük kuralı ise, objektif bir nitelik taşımakta ve bu nedenle objektif *bona fides* ilkesi olarak ele alınmaktadır. Bu kural, ahlaklı; orta vasıfta; makul ve dürüst bir insan olma fikrini gerektirir.[486] Dürüstlük kuralı ile iyiniyet arasındaki ilişki, Alman öğretisinde de geniş yer bulmuştur.[487] Güvenin korunması çerçevesinde, dürüstlük kuralına karşılık gelen temel ilke olan *Treu und Glauben* kavramının, standart ve sosyal bir davranış kalıbını ifade ettiği ve bu ölçüt uyarınca hukuki ilişkinin taraflarından birinin davranışının değerlendirmeye alındığı belirtilebilir.[488] Öte yandan, iyiniyet anlamındaki *Guter Glaube* ise sübjektif bir değerlendirme yapar. *Treu* sözcüğü, sadakat, güvenilirlik ve inanılırlığı ifade ederken; *Glaube* ise, güven çerçevesinde var olan inanç olarak açıklanabilmektedir. Bir diğer deyişle *"Glauben"* dürüstlük kuralının sübjektif unsurudur.[489] *Treu und Glauben* ise, sözcük anlamlarının ötesine geçen bir anlama sahip olup, özel bir kavramsal bütünlük içerisinde yer almaktadır.[490] Bu kavramın içeriği soyut olarak formüle edilememekte; ancak uygulama ile şekil almaktadır. Öte yandan, *Guter Glaube* kişi bazında değerlendirildiğinden, somutlaştırılması daha kolaydır. Bununla beraber, *Guter Glaube* bakımından da Latince "*bonus"* sıfatı, Almanca *"gut"* (iyi) sıfatına dönüşmüştür. Bu hâlde ise "iyi" kavramının değerli ve güvenilir olmayı ifade

[485]Alacağın temlikinin soyut bir hukuki işlem mi, yoksa sebebe bağlı mı olduğu tartışmalıdır. Soyutluk ilkesinin benimsenmesi hâlinde, güven ilkesi; sebebe bağlılık ilkesinin benimsenmesinde ise, iyiniyetin korunması ilkeleri hakkaniyetin sağlanmasına hizmet edecektir. Öte yandan, iki hâlde de varılmak istenen amaç aynı olup, bu amaca, objektif ya da sübjektif anlamda *bona fides* ile varılabilecektir. **Arıkan, M.:** *Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki*, SÜHFD, C. 13, S. 1, Yıl: 2005, s. 129-155, s. 137.
[486]**Akyol.** Loc. Cit.
[487]**Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 91 vd.
[488]**Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 43.
[489]**Roth**. § 242, No: 50.
[490]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 30.

ettiği savunulmaktadır. Bu açıdan da objektif ve sübjektif *bona fides*'in birbirinden bağımsız olmadığı düşünülmektedir.[491]

Anlam ve işlevleri farklı olmasına rağmen, öğretide hem dürüstlük kuralının hem de iyiniyetin altında yatanın namuslu ve dürüst davranma fikri olduğu belirtilmektedir.[492] Bir diğer deyişle, sübjektif iyiniyetin temelinde de objektif *bona fides* vardır. Belirtilmelidir ki, *bona fides*'in objektif anlamı dahi esasında içerisinde sübjektivite barındırmaktadır. Saf bir sadakat ve inanç, çoğunlukla dürüstlük kuralına uygunluk açısından yeterli görülmemekte; buna ek olarak, tarafların ne hakkında sözleşme yaptıklarını anlayabiliyor oluşları ile onları çevreleyen komplike şartları değerlendirme yetileri de önem taşımaktadır. Hâkim, bu durumda dürüstlük kuralına uygunluğu tarafların entelektüel kapasitelerini de dikkate alarak değerlendireceklerdir.[493] Bundan ötürü, dürüstlük kuralını tam olarak objektif; iyiniyeti de tam olarak sübjektif olarak değerlendirmek doğru değildir.[494] Kanımızca, dürüstlük kuralı içerisinde sübjektif bir değerlendirme taşıyan ancak objektif bir sonuca ulaşmaya çalışan bir ilke iken; iyiniyet ise uygulanma gereği dürüstlük kuralından doğan ve yine sübjektif bir değerlendirme sonucunda objektif bir durum yaratmaya çalışan bir hukuk kuralını ifade etmektedir. Bu ilkelerin Roma hukukundan günümüze değişmeden gelmesinin sebebi ise, doğal hukuk gereği hakkaniyetin sağlanması nihai amacına hizmet etmeleridir.

[491]**Söllner.** Op. Cit. s. 7.
[492]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 239.
[493]**Ikonomi, E., Zyberaj, J.:***Bona Fides Principle's Value in Pre-Contractual Liability,* Academic Journal of Interdisciplinary Studies, C. 2, S. 9, Yıl: 2013, s. 481-486, s. 483.
[494]**Oğuzman ve Barlas**. Op. Cit. s. 241.

İKİNCİ BÖLÜM: SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA *BONA FIDES*'İN ORTAYA ÇIKIŞI

I. Roma Hukukunda *Bona Fides*'in Doğuşu

Modern hukuka da olduğu gibi yansımış önemli kuramların çoğu, Roma sözleşmeler hukukunda uygulanan *bona fides* ilkesinden türemiştir. Bu sebeple, *bona fides*'in işlevleri incelenmeden önce, bu ilkenin nasıl doğduğunun araştırılması gerekmektedir. Hukuk düzenlerinde yer alan katı kurallara kayıtsız şartsız uyulması ve bu kuralların katı ve formalist bir şekilde uygulanmaları hakkaniyete aykırı; dolayısıyla da, adaletsiz sonuçlar doğurabilmektedir. Bu nedenle, Roma hukukundan günümüze, bu tür sıkı kuralların uygulanmasında pozitivist yapının ötesine geçilerek, daha özgür bir anlayış ile desteklenmesi söz konusudur. Bazı durumlarda, yeni hukuki ilkeler eskilerinin yerini alarak onları değiştirmekte ve yumuşatmakta; bazı durumlarda ise belirli hukuki ilkeler içsel üstünlükleri ile bunu sağlamaktadır.[495] Bu ilkelerden uygulama bakımından en çok karşımıza çıkanı ise *bona fides*'tir. Roma hukukundan gelen *bona fides* kavramı günümüzde de tüm çağdaş hukuk sistemlerinde söz konusu işlevi yerine getirmektedir. Romanist *bona fides* ilkesinin, *ius quod ad res pertinet* (mallara ilişkin hukuk) kapsamında objektif olarak uygulama alanı bulduğu en önemli mecra sözleşmeler hukukudur.[496]

[495] **Schermaier.** Contract Law. s. 63.
[496] **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 69.

Roma sözleşmeler hukukunda *bona fides* kavramının geçirdiği evrim, *aequitas* (hakkaniyet)'ın gelişiminden bağımsız olarak düşünülememektedir. *Praetor'*larca yapılan hukuk yaratma faaliyetleri neticesinde ortaya çıkan hukuk kurallarının oluşturduğu bütün, *ius praetorium* ya da *ius honorarium* adı ile anılmaktadır.[497] *Papinianus, "ius praetorium est quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam."*[498] ifadesi ile *ius praetorium*'un *ius civile*'yi destekleme ve düzeltme fonksiyonunun olduğunun altını çizmektedir. İşte, *praetor*'lar, bu faaliyetleri neticesinde *bona fides* kavramını somutlaştırmaya başlamışlardır.

Esasında, *ius praetorium*'un fonksiyonları: *Ius civile'*yi ayrıntılandırarak açıklamak ve uygulanmasını kolaylaştırmak; *ius civile'*de yer alan boşlukları doldurmak ve burada düzenlenmemiş konularda kurallar koyarak *ius civile*'yi düzeltmek ile artık toplumsal gereksinimlere karşılık vermediği ölçüde, kuralların değiştirilmesini sağlamak olarak sayılabilmektedir.[499] Özellikle, boşlukları doldurmak ve yeni kurallar getirmek fonksiyonları bakımından ise, *praetor'*lar, *bona fides*'i büyük ölçüde dikkate almışlardır. Çağdaş hukukta da, Alman yargıçlarının BGB § 242 uyarınca genel kuralı spesifik hale getirme zorunlulukları, Roma hukuku bakımından *officium iudicis* teşkil etmektedir.[500]

[497]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 91.
[498]D.1.1.7.1.
[499]**Karadeniz Çelebian.** Op. Cit. s. 103.
[500]**Schermaier.** Contract Law. s. 66.

A. *Formula* Usulünün *Bona Fides* Açısından Önemi

Praetor emirnamelerini ifade eden *edictum*'lar sayesinde, *formula* usulü ile hukuk alanına geçiş yapmış olan *bona fides, iudicia bonae fidei* denilen iyiniyet davalarına eklenen *"ex fide bona"* kaydı neticesinde uygulamaya girmiş bir kavramdır.[501] Her ne kadar, bu kayıt, Roma sözleşmeler sisteminin karakteristik bir özelliği olarak kalmış ise de; bu kayıt ile gelişen *bona fides*, Roma'dan beri toplumun değişen sübjektif değer yargıları ile şekillenmektedir.[502] Roma hukukçularının çoğunluğu ise, *iudicia bonae fidei*'yi *formula* usulü ile ilişkilendirmektedir. Öte yandan, bu hâlde iyiniyet davalarının kökeninin M.Ö. 3. yüzyıla dek uzandığı kabul edilecektir.[503] Her hâlde, *iudicia bonae fidei*'nin gelişimini anlayabilmek adına *formula* usulünün ele alınması gerekmektedir. Keza, Roma hukukunun maddi anlamdaki gelişimi de usul hukukuna paralel olmuştur. Bu nedenle, *formula* usulü çağdaş hukuklardaki dürüstlük kuralının ortaya çıkışı bakımından büyük önem taşımaktadır.

Roma usul hukukunun evrimi, esasında iki ana başlık altında incelenmektedir.[504] Bunlardan ilki, klasik hukuk dönemi uyarınca uygulanmış olan *ordo iudiciorum privatorum* (özel mahkemeler sistemi) iken;[505] diğeri, *cognitio extra ordinem* (sistem dışı yargılama)'dir.[506] Sistem dışı yargılama, önceden belli istisnai hâllerde özel yargılama sisteminin yanında uygulandığından bu ismi almış olup, zamanla istisna olmaktan çıkarak, kural hâline gelmiştir.[507]

---

[501]**Umur.** Lügat. s. 96, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 165, **Robaye.** Op. Cit. s. 43, **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 70.
[502]**Talamanca.** Diritto Romano. s. 19.
[503]**Schermaier.** Contract Law. s. 72.
[504]**Umur.** Roma Hukuku. s. 217 vd.
[505]**Erdoğmuş, B. ve Tahiroğlu, B.:**Roma Usul Hukuku, İstanbul: Der Yayınları, 1997, s. 15 vd.
[506]**Umur .** Lügat. s. 38, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 189, **Monier.** Tome I. s. 129.
[507]**Schwarz, A. B. (çev. Türkan Rado):** Roma Hukuku Dersleri, İstanbul: İÜHFY, 1963, s. 287 vd.

Roma hukukunda doğmuş olan *cognitio extra ordinem*, esasında günümüzde mevcut olan yargılama sistemini ifade etmektedir. *Ordo iudiciorum privatorum* ise, özel *legis actio* usulü ile *formula* usulü uygulamalarını içerisinde barındırmıştır.[508] Roma hukuku uygulamasında esas olan en eski sistem, adını daha sonra alan *legis actio* usulüdür.[509] Bir hakkın korunması için açılan kanunî dava kalıplarını ifade eden *legis actio* terimi, kanuna uygun davranmak olan "*legis agere"* fiilinden türemiştir.[510] Bu yöntem uyarınca, kanunlara göre izin verilen iddialar, yargıç önünde öne sürülmekte olup, buradaki kanun kavramı ise başta *Lex Duodecim Tabularum* (XII Levha Kanunu) olmak üzere *lex*'ler ile *plebiscitum*'ları kapsamaktadır. Öte yandan, daha sonra *praetor*'un önünde ileri sürülebilecek *formula*'lar da *leges* olarak kabul edilmiştir. Keza, *formula*'lar da genelde bir kanun ile belirlenmişlerdir.[511]

Legis actio sisteminin ilk aşamasına, *in ius vocatio* adı verilmiş olup, bu aşama davacının karşı tarafı bir *magistra* önüne çıkmaya davet etmesini ifade etmektedir.[512] Bu aşamadan sonra *in iure* safhasına geçilmiş; işbu aşama ise, her bir *legis actio* türü için ayrı ayrı düzenlenmiştir. Nitekim, *Gaius* da *Institutiones*'de beş farklı *legis actio* türünden bahsetmektedir.[513] Zira, tüm *legis actio*'lar önceden kelime kelime belirlenmiş olup dava sırasında taraflarca belirli söz kalıplarının söylenmesi gerekmiş; bu ritüeller ise rahip hukukçular tarafından yönetilmiştir.[514] Sözleşmeler bakımından önem taşıyan kanuni dava türü ise *legis actio sacramento in personam*

[508]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op Cit. s. 443, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 369, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 369, **Burdese.** Op. Cit. s. 88, **Robaye.** Op. Cit. s. 24-25, **Brégi, J.F.:**Droit Romain : Les Obligations, Paris: Ellipses, 2006, s. 8.
[509]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 19, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 110.
[510]**Umur.** Roma Hukuku. s. 112.
[511]**Schermaier.** Contract Law. s. 72.
[512]**Umur.** Roma Hukuku. s.232, **Monier.** Tome I. s. 136.
[513]Gai. *Ins.* 4. 11.
[514]**Umur.** Op. Cit. s. 231.

olmuştur.[515] Bu kanuni dava türü bakımından, genelde bir taraf açısından bir alacak beyanı; diğer taraf açısından ise borcun inkârı ya da sona erdiği beyanı söz konusu olmuştur.[516] Bu *legis actio*'nun kalıbında yer alan *"dare oportere"* terimi, borçlunun ifa ile yükümlü olduğunu; yani, borcu ifa etmek zorunda olduğunu ifade etmiştir.[517]

In iure aşamasının sonunda ise, davanın tespiti anlamına gelen *litis contestatio* aşaması yer almıştır. *Legis actio* usulünde bu aşama, tarafların *in iure* safhasındaki anlaşmazlıklarının bittiğini gösteren bir tutanak görevi görmüş olup, pratik bakımdan ise davanın taraflarının artık değişememesi ya da iddia ve savunmayı genişletme yasağının başlaması gibi sonuçları mevcut olmuştur.[518] Bu işlem, aynı zamanda davayı ve kanıtları kabul etmek için bir yargıcın atandığı aşamayı ifade etmiş, bu aşamada *praetor'*a ise, somut olay bazında hukuki bir çare tanınıp tanınmadığını kontrol etme görevi verilmiştir. Bu dönemde *praetor*'ların tanınan davalar ile bağlı oldukları ve yeni dava hakkı tanıma imkânları olmadığı kabul edilmiştir.[519] Bu tanınan davalar, örf ve adet hukuku ile birleşerek eski *ius civile*'nin içeriğini oluşturmuşlardır. *Legis actio* usulünde *litis contestatio*'yu izleyen aşama ise, *apud iudicem* safhası olarak adlandırılmış olup, bu aşama tarafların hâkim önüne çıktıkları ve davanın hâkim tarafından görüldüğü aşamayı ifade etmiştir.[520]

Bu dönemde, Roma hukukunda, din; ahlak ve hukuk arasında kesin bir ayırım yapılmıştır. Öte yandan, böylesi bir ayrımın mevcudiyeti, Roma hukukunun gelişimine hizmet etmiş ve *bona fides*'in etik bir kavram olmaktan çok hukuki bir

[515]**Kaser, Knütel ve Lohsse. Op**. Cit. s. 448, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 371, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 116, **Burdese.** Op. Cit. s. 99, **Monier.** Tome I. s. 139.
[516]**Erdoğmuş ve Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 19.
[517]**Schermaier.** Op. Cit. s. 73.
[518]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 328 vd.
[519]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Loc. Cit**, Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. Loc. Cit.
[520]**Umur.** Roma Hukuku. s. 241.

ilke olarak esas alınmasını sağlamıştır. M.Ö. 3. yüzyılda *legis actio* usulü, laik bir sistem olan *formula* usulü ile desteklenmeye başlanmıştır.[521] *Formula* usulünün, *lex Aebutia* adı verilen yasa ile kabul edildiği söylenmektedir.[522] Öte yandan, öğretide *formula* usulünün, uygulamada bu kanunun çıkarıldığı tarihten çok önceye dayanan bir geçmişi olduğu görüşü de kabul edilmektedir.[523] Bu hâlde ise, uygulamanın temelinin *lex* ya da adetler olmayıp *praetor*'un *imperium*'u olduğuna inanılmaktadır.[524] *Praetor*'un *imperium* yetkisinin temelinin dayandığı kavram ise hukuk ötesi bir kavram olan *fides*'tir.[525] Dahası, bu tür *formula*'lara *"in fidem concepta"* da denilerek, *imperium*'un *bona fides*'e dayandığı gözler önüne serilmekte ve dolayısıyla, *formula* usulünün de kökeninin *bona fides* olduğu kabul edilmektedir.[526]

Formula usulünün doğuş sebebi, *legis actio* sisteminin abartılı şekilciliği; arkaik yapısı ve sınırlı etkinliği olarak görülmektedir.[527] *Formula* usulü, *legis actio* yönteminin aksine belirli kalıplara ve ritüellere bağlı olmamıştır. Bu nedenle hakkaniyetin sağlanmasına daha fazla hizmet ettiği söylenmektedir.[528] Keza, *legis actio* usulünde davaların hakkaniyetin sağlanması amacıyla reddi ya da *praetor*'lara ek bir takım yetkiler tanınması mümkün olmamıştır. Bu nedenle, Roma usul hukukunda *formula* usulü oldukça önem taşımaktadır. *Formula* usulü de, *in ius*

[521]**Kaser, Knütel ve Lohsse**. Op. Cit. s. 445, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 370, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 376, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 121, **Monier.** Tome I. s. 153.
[522]Tahminen M.Ö. 11 civarında çıkarılan bu kanuna göre, yabancılar *praetor*'u tarafından uygulanan *formula* usulü, tarafların isteği üzerine şehir *praetor*'unca da uygulanmaya başlanmıştır. **Umur.** Lügat. s. 114, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 123, **Pugliese, G.:**Istituzioni Di Diritto Romano, Torino: Giappichelli, 2. Edizione, 1992, (Diritto Romano), s. 274, **Burdese.** Op. Cit. s. 103.
[523]**Monier.** Tome I. s. 119, **Kaser, M.:**Die Lex Aebutia, Milano: Giuffre: 1950, (Lex Aebutia), s. 50.
[524]**Turpin, C.C.:***Bonae Fidei Iudicia*, The Cambridge Law Journal, C.. 23, S. 2, Yıl: 1965, s. 260-270, s. 260, **Villey.** Droit Romain. s. 35.
[525]**Turpin.** Op. Cit. s. 267.
[526]**Kaser, M.:**Das Altrömische Ius, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, (Altrömische Ius), s. 293.
[527]**Borkowski.** Op. Cit. s. 72.
[528]**Günal, N.:**Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara: Yetkin Yayınevi: 2007, (İstinaf), s. 31.

vocatio, in iure ve *apud iudicem* aşamalarından oluşmuştur.[529] En önemli aşama ise, *magistra* yani *praetor* önündeki aşama olan *in iure* aşamasıdır. Buradaki *ius* kavramı da bizatihi *magistra*'yı ifade etmektedir.[530] Bu aşamada uyuşmazlığın tarafları, *praetor*'un önüne gelerek iddialarını açıklamış olup, davacı *praetor*'dan kendisine bir dava hakkı tanınmasını talep etmiştir.[531]

Formula usulü kapsamında *praetor*'ların hukuki koruma yolları sadece *actiones* (davalar) ile sınırlı olmamıştır. Özellikle, *exceptio* (def'i); *restitutio in integrum* (eski hale getirme); *denegatio actionis* (davanın reddi) gibi vasıtalar *bona fides*'in gözetilmesi bakımından büyük önem taşımıştır.[532] Böylelikle, *praetor*'ların *ius civile*'ye göre geçerli olan bazı işlemlerin hüküm ve sonuç doğurmasını önleme imkânı olabilmiş; bu durum ise, *bona fides* ya da dürüstlük kuralı gereğince karşı tarafın dava açma talebinin reddi ya da karşı tarafa verilen bir def'i hakkı vasıtasıyla gerçekleştirilmiştir.[533] *Praetor*'lar, hakkaniyete ve ahlaka uygun bulmadıkları hâllerde talep edilen *formula*'ları reddedebilmişlerdir.[534] Bir diğer ifade ile, *praetor* gerekli gördüğü hâllerde davacı lehine dava hakkı tanımış; öte yandan, ortada çekişmeli bir durum olmadığına kanaat getirir ise *denegatio actionis* söz konusu olmuştur.[535] *Bona fides*'e dayanan *denegatio actiones*[536], özellikle *contra bonam*

[529]**Erdoğmuş ve Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 23, **Burdese.** Op. Cit. s. 117 vd.
[530]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 335 vd.
[531]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 452.
[532]**Honsell.** Op. Cit. s. 84, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 453, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 377, **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 135.
[533]**Gürten.** Hakkaniyet. s. 125 vd.
[534]**Buckland, W.W.:** Equity in Roman Law: Lectures Delivered in the University of London, at the Request of the Faculty of Laws, London: University of London Press, 1911, (Equity), s. 35 vd.
[535]**Monier.** Tome I. s. 162.
[536]**Buján.** Op. Cit. s. 51.

fidem hâllerde uygulanmış; bu durumda ise, genellikle usule ilişkin *dolus* söz konusu olmuştur.[537]

Formula usulü uyarınca, *praetorlar* tarafından hazırlanan dava *formula*'ları, davanın seyrini ortaya çıkarmıştır. Yine *praetor* tarafından atanan yargıç ise, somut olayı dava *formula'*sına uyarlayarak çözmüştür. Buna ek olarak, her sene yeni *praetor*'larca mevcut *formula*'ların ilan edilmesiyle, mevcut davaların sayısı artmış ve içerikleri genişlemiştir.[538] Bu durumun da, Roma hukukunun gelişmesine yardımcı olan en büyük etkenlerden olduğu ileri sürülebilmektedir.

Formula usulünde *litis contestatio, formula* içerisinde belirtilen ve tarafların, *formula* ile özel yargıçın yetkisini önceden kabul ettiklerini beyan ettikleri bir anlaşma halini almıştır.[539] *Gaius* tarafından açıklandığı üzere, Roma hukukunda dava *formula*'ları *demonstratio*; *intentio*; *condemnatio* ve *adiudicatio* olmak üzere dört ayrı bölümden oluşmuştur. *Demonstratio,* bir dava *formula*'sının davanın sebebini açıklayan kısmı olarak adlandırılabilir.[540] *Gaius, Instituones'*inde *demonstratio* örneğini: *"Quod Aulus Agerius Numerio Negidio hominem vendidit, item haec: quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium hominem deposivit"* şeklinde vermiştir.[541] Bu ifade: "Bu nedenle *Aulus Agerius, Numerius Negidius*'a bir köle sattı ya da *Aulus Agerius, Numerius Negidius*'a bir köleyi saklaması için verdi." anlamına gelmektedir.

[537]**Tommaso, D.M.:***Frazionabilità della Domanda e Principio di Buona Fede*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 430-457, s. 439.
[538]**Schermaier.** Contract Law. s. 74.
[539]**Umur.** Lügat. s. 75, **Umur.** Roma Hukuku. s. 251, **Erdoğmuş ve Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 25.
[540]**Umur.** Op. Cit. s. 255.
[541]Gai.*Ins.* 4.40.

Intentio ise, *formula*'larda bulunan ve davacının iddiasını yansıtan bölümdür.[542] *Intentio*, *formula*'nın en önemli ve olmazsa olmaz kısmı olup, bu kısımda davacının asıl talebi belirtilmiştir.[543] *Intentio*'da yer alan davanın konusu *certum* (belirli) olabileceği gibi; *incertum* (belirsiz) da olabilmiştir.[544] *Gaius*, *intentio* bölümünü: *"Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium x milia dare oportere, item haec: quidquid paret Numerium Negidium Aulo Agerio Dare Facere Oportere; item haec: si paret hominem ex iure quiritium Auli Agerii esse."*[545] şeklinde açıklamıştır. Buna göre: "Eğer *Numerius Negidius*'un, *Aulus Agerius*'a 10.000 *Sesterz* ödeyeceği sabit olursa ya da *Numerius Negidius*'un *Aulus Agerius*'a ne ödemesi ya da yapması gerekirse veya *Quirites* hukukuna göre tartışmalı bir kölenin mülkiyetinin *Aulus Agerius*'a ait olduğu sabit olursa" ifadesi, dava *formula*'sının *intentio* bölümüne işaret etmektedir.

Formula'nın son kısmı ise, *condemnatio* olarak ifade edilmiş olup, bu bölüm, *intentio*'daki şartlı cümleyi sonuca bağlayarak yargıca davalıyı beraat ettirme ya da onu mahkûm etme yetkisi vermiştir.[546] *Gaius*, bu bölümü "*Condemnatio est ea pars formulae, qua iudici condemnandi absoluendiue potestas permittitur, uelut haec pars formulae: Iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio sestertium X Ulusala condemna. Si non paret, absolve; item haec: Iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio dumtaxat X Milia condemna, si non paret, absolvito; item haec: Iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio Condemnato et reliqua, ut non adiciatur dumtaxat X Ulusala."* şeklinde

[542]**Abdy, J.T. ve Walker, B.:**The Commentaries of *Gaius* and Rules of Ulpian, New Jersey: Clark, 2005, s. 298 vd.
[543]**Borkowski.** Op. Cit. s. 74, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 287.
[544]**Erdoğmuş ve Tahiroğlu.** Op. Cit. s 27, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 165, **Burdese.** Op. Cit. s. 109
[545]Gai.*Ins.*4.41, **Kaser, Knütel ve Lohsse**. Op. Cit. s. 460.
[546]**Umur.** Roma Hukuku. s. 256, **Villey.** Droit Romain. s. 38, **Arangio-Ruiz**. Op. Cit. s. 126.

formüle etmiştir.[547] Buna göre, *condemnatio* bölümü "Yargıç, *Numerius Negidius*'u, *Aulus Agerius*'a 10.000 *Sesterz* ödemeye mahkûm et ve eğer iddiası sabit olmazsa serbest bırak ya da Yargıç, 10.000 *Sesterz* ödemeye mahkûm et ve iddiası sabit olmazsa serbest bırak veya Yargıç, *Numerius Negidius*'u *Aulus Agerius*'a 10.000 *Sesterz*'den fazla ödemeye mahkûm etme ve eğer iddiası sabit olmazsa onu serbest bırak, bunun gibi 10.000 *Sesterz*'den fazla olmama şartını eklemeden Yargıç, *Numerius Negidius*'u, *Aulus Agerius*'a ödeme yapmaya mahkûm et." biçimindedir. Esasında, *Gaius* tarafından burada bahsedilen *formula, actio certae creditae pecuniae*'ın *formula*'sı olup, yargıcın *causa* yani borcun kaynağını da *formula*'ya eklemesi gerekmiştir.[548]

Adiudicatio ise, dava *formula*'sında yer alan ve davaya bakan yargıca örneğin tartışmalı mülkiyetin kime ait olacağına karar vermesinin öğütlendiği kısımdır.[549] Bu kısma, esasında *actio familiae eriscundae, acio communi dividundo ve acio finium regundorum* gibi taksim davalarında rastlanılmıştır.[550] Tipik bir *adjudicatio* örneği, *Gaius* tarafından: *"Quantum adiudicati oportet, Iudex, Titio adiudicato"*[551] yani "Yargıç, *Ttitus* lehine hakettiği miktarda tazminata hükmet." olarak gösterilmiştir. Açıklanan tüm bu bölümler, bir dava *formula*'sında her zaman beraber bulunmamıştır. Öte yandan, tespit davalarında *intentio* kısmı tek başına bulunmuşken; *demonstratio, adiudicatio* ve *condemnatio* kısımları yalnız başlarına, *intentio* olmaksızın bir anlam ifade etmemiştir.[552]

[547]Gai.*Ins.* 4.43.
[548]**Schermaier.** Contract Law. Loc. Cit.
[549]**Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 127.
[550]**Umur.** Roma Hukuku. s. 256.
[551]Gai.*Ins.* 4.42.
[552]Gai.*Ins.* 4.41.

Formula usulü bakımından dikkat çeken bir nokta, *formula*'da meydana gelecek olası bir yanlışlığın düzeltilemeyeceğinin kabul edilmiş olmasıdır. Bu durum, *bona fides*'e aykırı görülmektedir. Öte yandan, *praetor*'lar *bona fides*'in sağlanabilmesi için *restitutio in integrum* tanıyarak bu çekinceyi gidermişlerdir.[553] Keza, Roma hukukunda *litis contestatio* sonrasında dahi olsa aynı uyuşmazlık kapsamında başka bir istem için dava açılabilmiştir. Öte yandan, aynı uyuşmazlık konusunda aynı talebe ilişkin yeni bir dava açma imkânı *litis contestatio* ile ortadan kalkmaktadır.[554]

Yine, dava sırasında hile yapılması ve bu sebeple *formula*'nın yanlış düzenlenmesi hâlinde de, *praetor'*lar *extraordinarium auxilium* olan *restitutio in integrum* imkânı vermişlerdir. Bu hâlde, *formula*'nın *intentio* kısmında meydana gelen bir yanlışlık yapıldığında veya *exceptio* hataen eklenmediğinde *in integrum restitutio ob errorem* söz konusu olurken; hile hâlinde ise *in integrum restitutio de dolum* tanınmıştır.[555] *Cicero*'nun zamanında tanınmaya başladığı kabul edilen *restitutio in integrum de dolum*, esasında davanın reddi olan *denegatio actiones* ile de yakın ilişkilidir.[556] *Praetor'*lar, hukuka aykırılık veya ahlaka aykırılık durumlarında dava vermeyerek *denegatio actiones* gerçekleştirebilmişlerdir. Öte yandan, öğretide *denegatio actiones*'in özünde *restitutio in integrum*'u sağlama araçlarından olduğu fikri de mevcuttur.[557] Bununla beraber sadece doğurdukları hukuki sonuçlar bakımından bir benzerlikleri olduğu da düşünülmektedir.[558] Esasında, meydana getirdikleri hukuki sonuçların paralelliği, bu iki kurumu birbirine oldukça yaklaştırmaktadır. *Iustinianus* döneminde ise *restitutio in integrum de dolum* önemini kaybederek, sadece eşya

[553]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 474.
[554]**Erdoğmuş ve Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 26.
[555]**Gürten**. Hakkaniyet. s. 117.
[556]**Monier.** Tome II. s. 70.
[557]**Umur.** Lügat. s. 87.
[558]**Gürten.** Op. Cit. s. 127.

hukuku bakımından münferit durumlarda uygulanmaya başlamış; *actio doli* ise bu kurumun yerini almıştır.[559]

Görüldüğü üzere, *bona fides*'in gelişimi Roma usul hukukuna paralel olmuş ve özellikle *formula* sistemi kapsamında *praetor*'ların tanıdığı koruma vasıtalarıyla bu kavramın içi doldurulmuştur. Öte yandan, belirtilmesi gereken bir husus da, özel yargıç yani *iudex privatus*'ların profesyonel hukuki bilgi sahibi olmadıklarıdır. *Formula* usulüne paralel olarak, *bona fides*'in gelişiminde, geç cumhuriyet dönemi ve *principatus* döneminde *prudentes*'in faaliyetleri de büyük önem taşımıştır.[560] Keza, öğretide bu hukukçu sınıfının *bona fides* kavramına çağdaş hukukçulardan daha fazla odaklandıkları kabul edilmektedir.[561]

Roma usul hukukundaki *formula* sistemi, karşılaştırmalı hukuk bakımından İngiliz hukukunda uygulanmış olan dava tiplerine dayanan *writ* sistemine paralel görülmektedir. İngiliz dava tipleri sistemi, 19. yüzyıla dek yürürlükte kalmış olup, etkileri ise günümüze dek sürmektedir. İngiliz hukukunda *equity* yani hakkaniyet kavramının bu denli önem kazanması da, esasında sıkı şekli koşullara bağlı *writ* sistemine karşı *Chancery* mahkemelerince gösterilen reaksiyon olmuştur. İngiliz hukukunda mevcut olan hukuk kuralları ile hakkaniyet kuralları arasındaki ilişki, Roma hukukunda yer alan *ius civile* ile *ius honorarium* arasındaki ilişkiye benzemektedir.[562] Özellikle belirli davalara eklenen *"ex fide bona"* klozu ile, *praetor*'lardan yargıçlara transfer edilen hakkaniyeti sağlama yetkisinin, ortaçağda

[559]**Monier.** Op. Cit. s. 72.
[560]*Pomponius*'a ait D.1.2.2.12 uyarınca, *ius civile* kanunlar ya da *formula*'larla değil, *prudentes*'in çalışmalarıyla oluşturulmuştur. **Villey.** Droit Romain. s. 42, **Hausmaninger ve Selb**. Op. Cit. s. 25.
[561]**Dajczak**. Buona Fede. s. 415.
[562]**Zwalwe, W.J. ve Koops, E:** Law & Equity: Approaches in Roman Law and Common Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2014, s. 3.

yer alan *writ* sisteminin *equity* sistemi ile değiştirilmesine paralel olduğu söylenmektedir. Bu durum ise, aynı kavramın farklı şartlar altında farklı şekilde olgunlaşabileceğini göstermektedir. Yine de değişik uygulamaların altında yatan ortak temel *bona fides* ve *aequitas*'ın güzetilmesi etik amacıdır.

1. *Iudicium Stricti Iuris* (Dar Hukuk Davası) ve *Iudicium Bonae Fidei* (İyiniyet Davası) Kavramları

Roma usul hukukunda, davalar açısından yapılabilecek çeşitli ayrımlar mevcuttur.[563] Bu ayrımlardan bir tanesi de, *ius civile*'nin tanıdığı bir hakka dayanan *actiones civiles*'in bir alt kategorisi olan *actiones/iudicia stricti iuris* (dar hukuk davaları) ile *actiones/iudicia bonae fidei* (iyiniyet davaları) ayrımıdır.[564] Hak-dava ilişkisi yerine dava-hak ilişkisinin mevcut olduğu Roma hukukunda, kişilerin, durumlarına uygun olarak *praetor*'larca dava imkânı tanınmış olduğu hâllerde, kişilerin hak sahibi oldukları kabul edilmiş; bu nedenle, dava türleri de özel bir önem taşımıştır. *Iudicia stricti iuris, formula*'da belirtilmiş olan fiili olgulara ve hukuki esaslara sıkı sıkıya bağlı olan dar hukuk davalarını ifade etmektedir.[565] Dar hukuk davalarında, yargıca

[563]Roma hukukunda, *actio*'lar çeşitli tasniflere tabi tutulabilmiştir. Bunlardan en önemlisi *actiones in rem* (aynî dava) ve *actio in personam* (şahsi dava) ayrımıdır. Bunlardan başka, *actio in factum* (bir olguya dayanan *praetor* davası), *actio utiles* (kıyas yoluyla uygulanan *praetor* davası) ve *actio ficticia* (varsayıma dayanan *praetor* davası) tipleri büyük önem taşımıştır. Yine, *actio arbitraria* (seçimlik dava) ile *actio privata* (ferdi dava) ve *actio populare* (topluluk davası) davaları da mevcut olmuştur. Görüldüğü üzere, *praetor*'un özellikle kıyasi varsayım ya da bir olguya dayanan hâllerde, dava hakkı vermesi asında dürüstlük kuralı gereği olup hakkaniyetin sağlanması amacına hizmet etmiştir. Keza, *actiones in factum* ile *actiones ficticia*'ın çok ötesinde *bona fides*'e dayanan davaların Roma hukukunun evrensel bir güce dönüşmesinin sebebi olarak gösterilmektedir. Roma hukukunda ayrıca, *actio in aequum et bonum concepta* adı verilen ve hakkaniyete dayanan bir dava türü de mevcut olmuştur. Yargıca geniş takdir yetkisi verilen bu dava hakkında elde edilen bilgiler ise sınırlıdır. *Actio rei uxoriae*, *actio iniuriarum* ve *actio funeraria* bu dava türüne örnek olarak verilmektedir. *Iustinianus* döneminde ise *actiones in factum* kurumu yok olarak; bunların hepsi *bonae fidei iudicia*'ya dönüşmüştür. **Umur.** Lügat. s. 14, **Umur.** Roma Hukuku. s. 261-265, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 370-372, **Kunkel.** Op. Cit. s. 11, **Kaser, Knütel ve Lohsse**. Op. Cit. s. 203, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 142, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 67, **Monier**. Tome I. s. 181, **Monier.** Tome II. s. 119.

[564]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Loc. Cit., **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 107, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 298, **Monier.** Tome I. s. 183.

[565]**Umur.** Roma Hukuku. s. 262.

takdir yetkisi alanı bırakılmamış, bilakis yargıç sadece elindeki fiili verilere ve kanuna göre hüküm vermek zorunda olmuştur.[566]

*Bonae fidei actiones'*lerde ise yargıç, davalının ifa yükümlülüğünü *bona fides* ilkesine göre belirlemiş ve *bona fides*'e göre gerekli olan tüm savunmalar yapılabilmiştir.[567] Bir, diğer ifade ile, bu tür davalar özleri itibariyle *sine lege* (kanuna dayanmayan) hukuki ilişkilerden doğan ve belirli bir kapsamları olmayan edimleri içeren hukuki ilişkiler bakımından da esas olmuş, bu belirsizliğin takdir edilmesi için ise *praetor*'lar tarafından yaratılmıştır.[568] *Bonae fidei iudicia*'nın doğuşunda *peregrinus*'lar ile yapılan ticaretin önemli bir rol oynadığı söylenmektedir.[569] Öte yandan, her ne kadar *emptio venditio* (alım satım) bakımından yabancıların etkisi büyük olsa dahi; *mandatum* (vekâlet) sözleşmesinden doğan *actio mandati* ya da *tutela* (vesayet) kurumundan doğan *actio tutela* bakımından yabancıların rolü söz konusu olmamıştır.[570]

Esasında *praetor*'ların faaliyetleri ile, dar hukuk davaları yavaş yavaş iyiniyet davası halini almış olup, zamanla *actiones bonae fidei* oldukça çoğalmıştır.[571] Önceleri *formula*'lara konulan iyiniyet kayıtlarını oluşturan *arbitria bonae fidei*,[572] daha sonra gelişerek *iudicia bonae fidei'*e dönüşmüştür.[573] Özellikle *Iustinianus* döneminde, pek çok dava iyiniyet davası halini almıştır. Bu davaların doğuş nedeni de dar hukuk davalarının hakkaniyeti sağlamakta yetersiz kalışı, bir diğer deyişle *bona fides*'e olan

[566]**Di Marzo.** Op. Cit. s. 93, **Monier.** Op. Cit. s. 183.
[567]**Schermaier.** Contract Law. s. 84.
[568]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 71.
[569]**Villey.** Diritto Romano. s. 29.
[570]**Kaser.** Lex Aebutia. s. 296.
[571]**Karadeniz Çelebican**. Eşya Hukuku. s. 342.
[572]**Cardilli.** Bona Fides. s. 53.
[573]**Gallo**. Ius Gentium. s. 132.

ihtiyaç olmuştur. Öte yandan, *mutuum* (tüketim ödüncü) ve *stipulatio*'dan doğan davalar her zaman dar hukuk davası olarak kalmışlardır.

Wieacker'a göre, tüm *bonae fidei iudicia* tipleri aynı anda ortaya çıkmıştır.[574] Keza, *Monier* de tüm iyiniyet davalarının *lex Aebutia* sonrası çıktığını savunmaktadır.[575] Öte yandan, karşı görüşe göre ise, iki *türlü bonae fidei iudicia* mevcuttur. Keza, *Paulus* da D.17.2.38 metninde genel *(generalia)* ve özel *(specialia)* olmak üzere iki tür *bonae fidei iudicia* olduğunu belirtmiştir.[576] Metin uyarınca:

> *"Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. quod sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi)."*

> "Ortaklık davalarında, yargıç *cautiones* alarak gelecekte doğabilecek kâr ve zararı güvence altına almalıdır. *Sabinus*'a göre bu genel (ortaklık, vekâletsiz iş görme, vesayetten doğanlar gibi) ya da özel (vekâlet, kullanım ödüncü ya da saklamadan doğanlar gibi) bütün *bonae fidei iudicia*'lar bakımından söz konusudur."

Buna göre, *societas* (ortaklık), *negotiorum gestorum* (vekâletsiz iş görme) ve *tutela* (vesayet)'dan doğan davalar genel nitelik taşırken; *mandatum* (vekâlet),

[574]**Turin.** Op. Cit. s. 265, **Wieacker, F:***Zum Ürsprung der Bonae Fidei Iudicia,* ZSS, Romanistische Abteilung, C. 80, S. 1, Yıl: 1963, s. 1–41, (Bonae Fidei Iudicia), s. 2 vd.
[575]**Monier**. Tome I. s. 183.
[576]**Platschek, J.**:*Zur Rekonstruktion der Bonae Fidei Iudicia*, ZSS, Romantische Abteilung, S. 127, Yıl: 2010, s. 275-285, s. 275.

commodatum (kullanım ödüncü) ya da *depositum* (saklama)'dan doğan davalar özel nitelik taşımıştır.[577] Bu gruplardan ilkinde, bizatihi borcun sebebi *bona fides* olup, ikincisinde, *bona fides* sadece yargıcın takdir yetkisini kullanırken faydalandığı bir araç konumundadır.[578] Ne var ki, bu hatalı bir ikircikliliktir. Zira, geniş anlamda sorumluluğun kaynağının *bona fides* olup olmamasından bağımsız olarak; yargıç yargı fonksiyonunu yerine getirirken *bona fides*'i esas alması hâlinde iki grup da aynı sonucu vermiştir.[579]

Cicero, *Pro Q. Roscio Comodeo* adlı eserinde *arbitrium pro socio*'nun *formula*'sını *"quantum aequius et melius id dari"* biçiminde ele almıştır.[580] *Arbitrium pro socio*'nun içeriğine, *"ex fide bona"* kaydı yerine, "hakkaniyetin ve daha iyi olanın gerektirdikleri" kaydı eklenmiştir.[581] Bu durumun, *actio pro socio*'nun genel anlamda *bonae fidei iudicia* olduğunu desteklediği savunulmaktadır. Öte yandan, *Cicero arbiter* ve *iudex*'i aynı anlamda kullanamıştır. Bu nedenle, böylesi bir değerlendirmede bulunmak zordur. En eski *iudicium bonae fidei*, *societas* (ortaklık) sözleşmesinden doğmuş olup, *emptio venditio* (alım satım) ve *locatio conductio* (kira, eser ve hizmet)'dan doğan davalar da bunu izlemiştir.

Bilindiği üzere, Roma hukukunda her borç ilişkisinin borçlusu, alacaklıya karşı *dare; facere* ve *non facere* türlerine dâhil olan bir edimi yerine getirmekle yükümlü olmuştur. Kural olarak ifası gereken edim açık ve kesin olarak belirlenmiş olup, bazı durumlarda ise, edim yargıcın takdirine bırakılacak kadar belirsiz ve esnek

[577]**Honsell.** Op. Cit. s. 185, **Platschek**. Op. Cit. s. 126.
[578]**Turin**. Op. Cit. s. 266.
[579]**Platschek.** Op. Cit. s. 278.
[580]**Axer, J.:***Selected Notes on Cicero's "Pro Q. Roscio Comodeo"*, Philogus, S. 121, Yıl: 1977, s. 226-240, s. 230.
[581]**Pugliese.** Diritto Romano. s. 574.

olabilmiştir.[582] Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren *formula*'larda yer alan bazı borç ilişkilerinin içerikleri, "davalının davacıya iyi niyet gereği vermesi ya yapması gereken her şey", yani "*quidquid Numerius Negidius Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona"* şeklinde *formula incerta* olarak ifade edilmiş olup, yargıcın bahis konusu geniş takdir yetkisi böylesi hâllerde ortaya çıkmıştır.[583] Yargıç ise, *bona fides* yardımıyla zihninde ideal bir davranış modeli yaratarak, kendi dürüstlük anlayışı ve hayat tecrübeleri doğrultusunda tarafların menfaatlerini dengeleyerek karar vermiştir.[584]

Ex fide bona kaydı, sadece *dare* (verme) değil; aynı zamanda, *facere* (yapma) yükümlülüğünü de içermiştir. Bununla beraber, *condemnatio* sadece *dare* yani verme yükümlülüğüne ilişkin olabilmiştir. Bu durumun nedeni olarak ise, *fides*'in sorumluluğun tek kaynağı olduğu gösterilmektedir.[585] Bu hâlde *fides,* verilmesi gerekenlerin verilmesi ve yapılması gerekenlerin yapılmasını gerektirmiş; öte taraftan *condemnatio* ile talep edilen ise ancak ikincil bir nitelik taşımıştır.[586] Bu durumda, borcun ve ifanın kapsamınıbelirlemek adına kullanılan ölçüt, *bona fides* kavramı olmuştur. Bu hâlde *bona fides,* esasında zamanından daha ileri bir düşüncenin ürünü olan davalarda, borcun içeriğinin belirlenmesi sorununa çözüm getiren; zamansal ve bölgesel sınırlamalar üstü uygulanabilen bir ilke olmuştur.[587]

[582]**Emiroğlu, H.:***Roma Hukukunda Alım satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Yıl: 2011, s. 99-119, (Ayıp), s. 113.
[583]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 71, **Kaser, Knütel ve Lohsse**. Op. Cit. s. 230, **Accarias.** Op. Cit. s. 1135, **Robaye.** Op. Cit. s. 309-311.
[584]*Lex Rubria de Gallia Cisalpina* buna örnektir. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 166, s. 177, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 305, **Kunkel.** Op. Cit. s. 1, **Cardilli.** Bona Fides. s. 72.
[585]**Kunkel.** Op. Cit. s. 2.
[586]**Wieacker**. Bonae Fidei Iudicia. s. 35.
[587]**Emiroğlu.** Ayıp. Loc. Cit.

Örnek olarak, alacaklı ve borçlu arasında *pactum de non petendo* yapılmış ve alacaklı, borçluya borcunu ödemesi için ek süre tanımış ve buna rağmen yine de kovuşturmaya başlayarak bir dar hukuk davası olan *actio certae creditae pecuniae* açmış ise, borçlunun *praetor*'dan dava *formula*'sına *exceptio pacti*'nin eklenmesini istemesi gerekmiştir.[588] Bu hâlde yargıç, borçlu aleyhine karar verememiş olup, borçlunun *exceptio* talebinin ihmal edilmesi durumunda ise, *apud iudicem* aşamasında bu savunmayı dikkate alamamıştır. Bu durumda ise, bir dar hukuk davası olan *actio certae creditae pecuniae*'ın sözleri ile bağlı olmak zorunda kalınmıştır.

Buna karşılık, *bonae fidei actiones*'de durum farklıdır. Yargıç, davacı ile davalı arasındaki tüm ilişkileri, davalının ifa ile yükümlü olup olmadığını anlamak için dikkate alabilmiştir. Bu hâlde, formal olmayan ek anlaşmaları ifade eden *pacta adiecta*; örneğin bir *pactum protimiseas*, ya da satışın iptal edildiğine dair bir hüküm bile, bağımsız olarak ilgili sözleşmenin *iudicium*'u çerçevesinde dava edilebilmiştir.[589] Bahis konusu ek borçlar, sözleşme içine eklenmiş de olabilmektedir. Örneğin faiz borcu, *stipulatio* ile belirlenmesi hâlinde, dar hukuk davasına vücut vermiştir. Buna karşılık *bonae fidei iudicia*'lar kapsamında, faize otomatik olarak hükmedilebilmiştir.[590] Bu durum, *Digesta*'da *"in bonae fidei contractibus ex mora usurae debentur"* ifadesiyle gözümüze çarpmaktadır.[591] Bu hâlde, faiz taraflarca belirlenmemişse, öncelikle yerel adetler esas alınmış; bu şekilde de belirlenemiyorsa yargıçlar, *officium iudicis*'leri uyarınca *bona fides*'i esas alarak belirleme yapmışlardır.[592] Buna göre *bona fides*, alacaklının isteyebileceği faiz

[588]**Sansón Rodriguez.** Op. Cit. s. 299.
[589]**Umur.** Roma Hukuku. s. 263.
[590]**Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 182, **Honsell.** Op. Cit. s. 94, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 204.
[591]D.22.1.32.2.
[592]**Monier.** Tome I. s. 166.

oranını da sınırladığından, borçlu *mora* yani temerrüt durumunda olmadıkça faiz istenmesi *contra bona fidem* olarak görülmüştür.[593] Bunun gibi, faize faiz yürütülmesi de Roma hukukunda *bona fides* gereği kabul edilmemiştir.[594]

Iudicia bonae fidei ile ilgili karşılaşılan bir husus da, bu davalar kapsamında talep edilebilmiş olan zararın, sadece *damnum emergens* (fiili zarar) olmadığıdır. *Iudicia bonae fidei*'ler, aynı zamanda yoksun kalınan kâr kalemini oluşturan *lucrum cessans*'ı yani sözleşme gereği gibi ifa edilseydi elde edilebilecek yararların elde edilememesi ile uğranılan zararı da kapsamış; bu durum da, esasında *bona fides*'in bir gereği olmuştur.[595] Öte yandan, *aequitas* (hakkaniyet) ise günümüzde tazminatta genel indirim sebebidir.[596] *Bona fides*'e dayanan *iudicia bone fidei*'nin *actio in bonum et aequum concepta* ile farkı belirgin değildir.[597] Keza, *Iustinianus* döneminde hepsi *iudicia bonae fidei* halini almıştır.[598]

Roma hukukunda, *iudicia bonae fidei* bakımından olay bazında yaklaşım söz konusu olmuştur. Bu nedenle *praetor'*lar, *formula* sisteminde her bir olayın kendi koşulları altında değerlendirilmesini öngörmüş; böylelikle düzenlenmemiş olasılıklar bakımından *ex fide bona* davranılıp davranılmadığının tespiti ayrı ayrı yapılmıştır.[599] Bu durum ise, çağdaş hukuktaki tipik örneklere uymamaktadır. Örneğin Alman

[593]D.16.3.23, D.16.3.24, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 182.
[594]D.12.6.26.1, D.42.1.27, *Ins* 4.32.28, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 182-183.
[595]Keza, *delicta* (haksız fiiller) bakımından güven ve gözetim eksikliğnden dolayı gerçekleşen her tür zarar da *bonae fidei iudicia* ile tazmin edilebilmiştir **Umur.** Lügat. s. 129, **Borkowski**. Op. Cit. s. 331, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 169-170, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 230.
[596]Bu durum Türk – İsviçre hukukunda TBK 35 uyarınca yanılma; TBK 37 uyarınca korkutma; TBK 50 ve devamı uyarınca ise, haksız fiiller bakımından düzenlenmektedir.
[597]**Burdese.** Op. Cit. s. 116, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 292, **Pringsheim.** Op. Cit. s. 95.
[598]*Cod.Theodosianus.*3.5.11 uyarınca ise *actio ex bono et aequo*'dan bahsedilmiştir. Öte yandan, *bonae fidei iudicia* ve *actiones arbitrariae*'ın, beraberce *actio ex bono et aequo* olarak değerlendirildiği söylenmektedir. Diğer bir deyişle, post-klasik dönem bakımından *actio ex aequo et bono*, klasik dönemde *actio ex fide bona*'ya denk gelmektedir. **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 97-99, s. 125, s. 133, **Gürten.** Hakkaniyet. s. 97.
[599]**Del Granado.** Op. Cit. s. 315.

hukukunda, Roma hukukundakinin aksine *bona fides* kurumu *Fallgrupen* denilen açık normlara ilişkin olay gruplarına ayrılarak incelenmektedir.

Roma hukukunda, iyiniyet davalarına vücut veren sözleşmelere *contracti bonae fidei* (iyiniyet sözleşmeleri) adı verilirken; dar hukuk davalarına vücut veren sözleşmelere ise, *contracti stricti iuris* (dar hukuk sözleşmeleri) denilmiştir. İyiniyet sözleşmelerinden doğan borçları oluşturan *obligationes bonae fidei*, *certum* bir borç dahi içerse geniş ele alınmış; bu nedenle, her zaman *incertae* olarak görülmüştür.[600] İyiniyet davaları, esas olarak *Cicero* tarafından sayılmış olup, buna göre *tutela* (vesayet); *societas* (şirket); *fiducia* (inançlı işlem); *mandatum* (vekâlet); *emptio venditio* (alım satım) ile *locatio conductio* (kira-hizmet ve eser) sözleşmelerinden doğan davaların *iudicia bonae fidei* oldukları belirtilmiştir. *Gaius* ise *Institutiones*'de iyiniyet davalarını: *"Sunt autem bonae fidei iudicia haec: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, rei uxoriae."*[601] şeklinde sıralamıştır. Buna göre, *actio emptio venditio; locatio conductio* ve *negotiorum gestio*'dan doğan davaların yanı sıra, *actio mandati; depositi; fiduciae; pro socio; tutelae* ve *rei uxoriae*[602] da iyiniyet davası olarak sayılmıştır. Bir diğer deyişle, iyiniyet davalarının uygulama alanı klasik hukuk döneminde genişletilmiştir.[603]

Öte yandan, *Ins*. 4.6.28'de yer alan "*bonae fidei sunt hae: ex empto vendito, locato conducto, negotiorum gestorum, mandati, depositi, pro socio, tutelae, commodati,*

[600]**Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s. 194, **Monier.** Tome I. s. 178.
[601]Gai.*Ins*.4.62.
[602]*Actio rei uxoriae*, kocanın karısına ait olan ve evlilik sırasında beraberinde getirdiği malvarlığı olan cihazın *(dos)* yönetimine ilişkin bir davadır. **Umur.** Lügat. s. 12, **Kunkel.** Op. Cit. s. 4, **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 110.
[603]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 95.

pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, praescriptis verbis, quae de aestimato proponitur, et ea, quae ex permutatione competit, et hereditatis petitio." ifadesi incelendiğinde; *Iustinianus* döneminde bu davalar arasına yargıca benzer bir takdir yetkisi genişliği tanıyan, ancak *bona fides*'e dayanmayan davaların da dâhil edildiği göze çarpmaktadır.[604] Bunlara örnek olarak da, *actio familiae eriscundae* ile *actio communi dividundo* verilebilmektedir. *Kaser*, bu davaların doğrudan bir *bona fides* klozu taşıdıkları görüşünü reddetmektedir.[605]

Gaius, bona fides davalarından olan *actio depositi*'yi *Ins.4.47*'de açıklamaktadır. Metinde yer alan *"Iudex esto. Quod Aulus Agerius apud Numerium Negidium mensam argentam deposivit, qua de re agitur, quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona. Eius, Iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato. Si non paret, absolvito."*[606] İfadesi: "Ey yargıç, *Aulus Agerius, Numerius* Negidius'a gümüş bir masayı emanet olarak bırakmış ve bu nedenle dava açılmış ise, *Numerius Negidius'*un, *Aulus Agerius'*a *bona fides* uyarınca ne ödemesi ya da yapması gerekli ise, onu mahkûm et. Eğer zararı tazmin eder ya da dava ispatlanamazsa onu serbest bırak." şeklinde açıklanabilecektir. Bu *formula*'da göze çarpan ve onu diğer dava *formula*'larından ayıran kısım ise, kuşkusuz "*dare facere oportet ex fide bona"* klozudur. Klozda geçen *"quidquid"* ifadesi ise *aequum et bonum'*un sağlanmasına yöneliktir.[607] Bir diğer ifade ile *bona fide* kaydı, hakkaniyetin sağlanması amacıyla kullanılmıştır.

[604]*Institutiones.* 4.6.28.
[605]**Kaser**. Lex Aebutia. Loc. Cit.
[606]Gai. *Ins.*4.47, **Honsell.** Op. Cit. s. 85.
[607]**Pringsheim**. Bonum et Aequum. s. 99.

Diğer iyiniyet davaları da bu şablona uymaktadır. Örneğin, yine bir iyiniyet davası olan *emptio venditio* (alım satım) sözleşmesinden doğan *actio empti* bakımından da, davalının asli olarak parasal yükümlülüğü mevcut olmuştur. Ancak yapılması gereken ifayı değerlendirirken, yargıç, davacı tarafından talep edilen para miktarı ya da önceden karar verilmiş kural setleri ile hiçbir zaman bağlı olmamıştır.[608] Yargıç, miktarı *bona fides*'e göre belirleyebilmiş olup, bu durum ise *bonae fidei iudicia*'yı, *actio certae creditae pecuniae*'dan ayırmaktadır.[609] Bu çerçevede, yargıcın iddiayı kendi başına dürüstlük kuralı uyarınca değerlendirme imkânı sahibi olduğu söylenebilir. Yargıcın *officium*'u olay tespiti yapmak ve *formula'*da yazanları olayın olgularına uyarlamak görevlerinden ileriye doğru genişlemiştir.[610]

Bu anlamda, *praetor*'lara verilmiş olan önemli bir yetki olan hukuk yaratma yetkisinin, iyiniyet davaları ile yargıçlara transfer edildiği çıkarımı yapılabilecektir. Bu noktada, yargıcın yetkisinin de yine dava *formula*'sı ile sınırlı olduğu unutulmamalıdır. Yine de, *bona fides* kaydı, yargıca davanın maddi içeriğini şekillendirme yetkisi vermektedir.[611] Böylece yargıç, katı bir biçimde formalize edilmiş davaları yumuşatmak ve adil sonuçlar ortaya çıkarmak adına, hakkaniyeti sağlama yetkisi ile donatılmış; bu şekilde *bona fides*'in gerektirdikleri usul hukukunun da vasıtasıyla kolayca sağlanabilmiştir.[612] Özellikle klasik hukuk dönemi sonrasında, iyiniyet davaları vasıtasıyla *bona fides*'in sadece bağımsız bir borç sebebi

[608]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 193 vd.
[609]**Schermaier.** Contract Law. s. 75.
[610]**Cannata, C.A.:***Bona fides e Strutture Processuali,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 257-273, s. 259.
[611]**Robaye.** Op. Cit. s. 44.
[612]**Cannata.** Op. Cit. s. 76.

olmakla kalmayıp, aynı zamanda yargıca sunulan bir hukuki ilişkiyi yorumlama kriteri olmaya başladığı belirtilmektedir.[613]

Nitekim, sözleşmeler hukukunda *fides* kavramının *formula*'nın içerisine alınarak, normal yargılama usulünün bir parçası yapılması ile yargıçların *officium*'larının çok genişlemesi, pek çok gelişmeyi beraberinde getirmiştir. Örneğin, miras hukunun sıkı formalist yapısı sebebiyle şekilsiz bir talep teşkil eden *fideicommisium* kurumunu içermemesi, *extraordinario cognitio* sisteminin doğmasına neden olmuştur.[614] Bu nedenle, *bonae fidei iudicia*'nın, *legis actio* usulünden *cognitio extra ordinem* usulüne giden yolda bir mihenk taşı olduğu savunulmaktadır.[615]

Bonae fidei iudicia önesinde, yargıç yalnızca kuralın *formula*'da yazıp yazmadığına bakmakta olup görevi bununla sınırlı olmuştur. *Bona fides* klozu ise, yargıca taraflar arasındaki ilişkiyi değerlendirebilme imkânı vermiştir. Yargıçlar, bu aşamada hukuki ilişkinin kökenini; etkilerini; tarafların davranışlarını ve onları çevreleyen şartları göz önüne almışlardır.[616] Bu açıdan Roma hukukunda mevcut olan şekilcilik, getirilen değerler sistemi ile dağıtılmıştır. Bu yeni edinilen maddi kurallar ise modern hukuk anlayışımızın bir parçası hâline gelmiştir.[617]

Roma hukukunda *bona fides*'den doğan iddialar, başka bir hukuki sebebi olmaması bakımından sadece *formula* usulünde ileri sürülebilmiştir. Örneğin güvene dayalı ilişkiler, *bonae fidei iudiciae* ile dava edilebilir hale gelmiştir. Keza, *tutela*

[613]**Söğütlü Erişgin**. Op. Cit. s. 96.
[614]**Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 148, **Burdese.** Op. Cit. s. 148.
[615]**Cannata.** Loc. Cit.
[616]**Beck, A.:***Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht,*Aequitas und Bona Fides: Festgabe für 70.Geburtstag von August Simonius, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955, s. 23 vd.
[617]**Schermaier**. Contract Law. s. 84.

(vesayet)'da, *fiducia* (inançlı işlem)'da ya da *mandatum* (vekâlet)'da böylesi bir ilişki mevcuttur. Yine, mirasçıların ortaklığını ifade eden *sociaetas omnium bonorum*'da da güvene dayalı bir ilişkinin mevcut olduğu söylenilebilmektedir. Bu sözleşmelerde verilen sözün tutulmasından ziyade, tarafların birbirlerine nasıl davranacaklarına ilişkin olarak ortaya çıkan sorunlarda *bona fides*'e başvurulmuştur. Örnek olarak vekâlet sözleşmesinde, *mandator* (vekil)'un ve *mandatarius* (müvekkil)'in *bona fides*'e uygun davranması gerekmiştir.[618] *Fiducia* bakımından ise, mülkiyeti geçse dahi söz konusu malın inanç sözleşmesi çerçevesinde uygun koşullarda saklanması ve zamanı geldiğinde iade edilmesi lazım gelmiştir.[619] Görüldüğü üzere, bu yükümlülüklerin *formula* usulü dışında dava edilmesi ise mümkün değildir.[620]

Tutela (vesayet) çerçevesinde vasi, vesayet altındakinin menfaatini, kendi menfaatiymiş gibi dürüstlük kuralına uygun biçimde korumakla yükümlü olmuştur. Öte yandan, *tutela*'nın özel bir durumuna işaret etmek gerekebilir.[621] Cumhuriyet döneminde *tutela*'dan doğan bir ceza davası olan *accusatio suspecti tutoris* davası açılabilmiştir.[622] Keza, vasiye ait hesapların tutulması ile ilgili olarak, yine bir ceza davası olan *actio de rationibus*'un da açılması mümkün olmuştur. Öte yandan, vasinin mallarını özenli bir biçimde idare etme yükümlülüğü ise, cumhuriyet dönemi sonlarına dek *actio tutelae* ile dava edilememiştir.[623]

[618]Bkz. III. Bölüm-2-A-3.
[619]Bkz. III. Bölüm-2-A-1.
[620]**Schermaier.** Contract Law. 80.
[621]**Kaser, M.:**Römisches Privatrecht. II. C.H. Beck, München: 1975, (Privatrecht), s. 241.
[622]D.26.10.1.5, **Di Marzo.** Op. Cit. s. 222 vd.
[623]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 111 vd.

İyiniyet davalarının *formula*'sında mevcut olan *ex fide bona* kaydı, *Cicero* için de önem taşımış olup düşünür burada geçen *"fide bona"* kavramının içeriğine de değinmeyi amaçlamıştır. *De Officiis* 3. 70'de aşağıdaki ifadeler yer almaktadır:

> *"Nam quanti verba illa: Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim! quam illa aurea: Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione! Sed, qui sint "boni" et quid sit "bene agi," magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur Ex fide bona, fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret."*

> "Bu sözcükler ne kadar önemlidir: Senin tarafından hileye uğramayacağım ve kandırılmayacağıma dair sana güveniyorum. Bunlar ne kadar değerlidir: Dürüst insanlar arasında, hilesiz ve dürüst hukuki işlemler gerçekleşmelidir. Ama kim dürüst insandır ve dürüst hukuki işlem nedir? Bunlar ciddi sorulardır. *Formula*'ya *bona fides*'in gerektirdiklerine kaydı eklenmesi çerçevesinde tahkim (yargı) ile ilgili bütün sorulara en çok önem veren *pontifex maximus Quintus Scaevola* idi. O, *bona fides* teriminin çok geniş ve kapsayıcı vir uygulaması olduğunu savundu. Bu, vesayet, ortaklık, vekâlet, alım satım, *locatio conductio* bakımından benimsendi. Diğer bir deyişle, günlük hayatın

> sosyal ilişkilerinin dayandığı bütün hukuki işlemlerde, özellikle de karşı iddiaların kabul edilebilir olduğu çoğu hâlde, yargıcın her bir bireyin karşısındakine olan borcunun kapsamına karar verme yetisine sahip olmasını gerektirdiğini söyledi."

Her ne kadar, Latince orijinal metinde tahkim ifadesi geçse de buradaki tahkimi, tarafların arasındaki uyuşmazlıkların yargısal çözümü olarak anlamak uygun olacaktır. Ayrıca, öğretideki hâkim görüş, metnin *"uti ne propter..."* ile başlayan ikinci cümlesinin, *actio fiduciae*'a referans verdiği yönünde olup, *actio fiduciae* da esasında güvene dayalı ilişkileri temsil etmektedir.[624] Dolayısıyla, bu metinden de güvene dayalı ilişkiler bakımından *bona fides* kaydının ne denli önem taşıdığı anlaşılabilmektedir.

Metinde *Cicero*, *formula*'nın iki önemli parçasından bahsetmiştir. Bunlar: *Fides* ve *bene agere* kavramlarıdır. *Praetor* davalarının en önemli bölümünün nasıl *fides* kavramı olduğu sorusuna, öğretide de halen cevap aranmakta olup, bu soruya henüz tatmin edici bir açıklama getirilememiştir. Bu hususta, *bona fides* davalarının üç unsurundan bahsedilmektedir: Bunlar, güvene dayalı ilişkilerin maddi içeriğine işaret eden *bene agere*; verilmiş bir sözün her ne kadar gayri resmi olsa dahi bağlayıcı gücü ve yargıcın iki tarafın menfaatlerini dengelemek hususunda sahip olduğu *officium*'dur. Bu üç olgu, *iudiciae bonae fidei*'nin gelişimine hizmet etmiştir.[625]

[624] **Schermaier.** Contract Law. s. 82.
[625] **Ibid.,** s. 83.

İyiniyet davaları, esasında *praetor*'larca bilinçli olarak yaratılmış olan bir olgudur. *Iudicia bonae fidei* sayesinde pek çok sözleşme tipi dava edilebilmiş olup, bu durum ise, Roma yargısındaki menfaatler dengesi politikasının bir yansımasını oluşturmuştur. Buna örnek olarak *actio familiae eriscundae* gibi ayrılma davaları; *praetor*'larca sunulan savunma araçları ve *actiones fiduciae* verilebilmekte olup bu hâllerde yargıcın iki tarafın menfaatlerini ölçmesi *bona fides* sayesinde mümkün olmuştur.[626] Keza, *Kaser*'e göre de *actio fiduciae*, *iudiciae bonae fidei*'lere geçilmeden önceki aşamayı temsil etmektedir.[627] Bu nedenle, iyiniyet davalarının ortaya çıkışı açısından en önemli noktanın, yargıçların *officium*'larının genişlemesi olduğu söylenmektedir. Yargıcın takdir yetkisinin böylesine genişlemesi, Roma sözleşmeler hukukunun cumhuriyet dönemi sonu ila klasik dönemin başına kadar yaşadığı parlaklığa işaret etmektedir.[628]

Bu konuda değinilmesi gereken bir husus da, *iudicia bonae fidei*'nin hukuki sebebi olup, bu *bona fides*'in ayrı bir borç yaratıp yaratmadığı ile ilgilidir. *Cicero*, *iudicia bonae fidei*'yi *iudicia sine lege* olarak adlandırılmıştır. *De Officiis* 3. 61 uyarınca:

> *"quod si Aquiliana definitio vera est, ex omni vita simulatio dissimulatioque tollenda est. Ita nec ut emat melius nec ut vendat quicquam simulabit aut dissimulabit vir bonus. Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus, ut tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria et sine lege iudiciis, in quibus additur ex fide bona."*

[626]**Schermaier.** Contract Law. s. 83.
[627]**Kaser, M.:***Studien zum Römischen Pfandrecht*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, C. 47, S. 3, Yıl: 1979. s. 195-234, (Pfandrecht), s. 197 vd.
[628]**Schermaier**. Contract Law. s. 84.

> "eğer *Aquilius*'un tanımı doğruysa, olmayan bir şeyi varmış gibi göstermek veya olanı gizlemek günlük hayatımızın bütün bölümlerinden çıkarılmış olmalıdır. Dürüst bir adam daha kârlı şartlarla alışveriş yapmak için bunlara başvurmaz. Zaten, suç teşkil eden hile, kanunlarla yasaklanmıştır. Örneğin, vesayet bakımından ceza XII Levha Kanunu ile, küçüklere karşı hileler ise *lex Plaetoria* ile düzenlenmiştir. Aynı yasak, yazılı bir kanun olmaksızın "*bona fides*'in gerektirdikleri" uyarınca karar verilmesi gereken hukuki sebebi olmayan davalarda da uygulanır."

Esasında *formula* usulü ile *iudicia bonae fidei*'nin ortaya çıkışlarının altında yatan dürtüler farklıdır. *Formula* usulü, yabancı tacirler için getirilmiş olup, bunun nedeni, *lege agere*'nin sadece Roma vatandaşları ile sınırlı olmasıdır. Öte yandan, i*udiciae bonae fidei*, yabancılar ile Roma vatandaşları arasındaki ilişkilerden doğmamıştır. *Iudicia bonae fidei*'nin esasında hukuki ilişkilerin iki tarafının menfaatlerini ölçmek ve dava edilebilir bir iddia oluşturabilmek adına doğduğu söylenmektedir.[629] *Bona fides* kavramı, Roma hukuku uyarınca yabancılar ile Roma vatandaşlarını eşit derecede bağlamaktadır. Her ne kadar *bona fides, ius gentium* uyarınca bir borç kaynağı olsa dahi, bunu *peregrini* ile sınırlamak doğru değildir.[630] Bununla beraber, *formula* usulü ile *bona fides* davaları, eş zamanlı olarak evrim geçirmişlerdir. Bu anlamda *formula* usulünün, *iudicia bonae fidei* ve dolaylı olarak *bona fides* ilkesinin gelişebilmesi için bir *conditio sine quo non* olduğu sonucuna varılmalıdır.

[629] **Schermaier**. Contract Law. s. 82.
[630] **Ibid.,** s. 77.

Iudiciae bonae fidei, esasında pratikte pek çok ihtiyaca cevap vermiştir. Aynı hukuki ilişkiden doğan karşı iddiaların tazminat belirlenirken dikkate alınması da, bu dava türüne başvurulması ile mümkün olmuştur.[631] Zira, *actio stricti iuris*'ler bakımından karşı iddianın aynı davada ileri sürülmesi mümkün olmamış; davalıların ayrı birer karşı dava açmaları gerekmiş, bu durum ise kuşkusuz usul ekonomisine ve kimi zaman da dürüstlük kuralına aykırı düşmüştür. Bir diğer deyişle, *iudicia bonae fidei'*nin önemi yargıcın takdir yetkisi sahibi olması, *exceptio doli*'nin gelişimi ve *compensatio* (takas) imkânının tanınmış olmasında yatmaktadır.[632]

Bu durum *Gaius* tarafından *Institutiones*'de *"continetur, ut habita ratione eius, quod inuicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum, cum quo actum est, condemnare"* biçiminde açıklanmıştır.[633] Buna göre, "karşı davalar genellikle her bir taraf hakkında, tarafların normal şartlarda hak kazanabilecekleri miktardan daha azına hükmedilmesi biçiminde gerçekleşir." *Bona fide* davalarda yargıç, davacıya adil ve uygun olarak ne kadar ödeneceğinin belirlenmesinde tam yetki sahibi olarak görülmüştür. Öteki taraftan, yargıcın aynı davada davacının ne kadar ödemesi gerektiğini de tayin etme ve davalı aleyhine kalan bakiye hakkında karar verme yetkisi de mevcut olmuştur.

Roma hukukunda var olan *iudicia bonae fidei*'nin ortaya çıktıkları zamanın kesin olarak belirlenmesi, kanıt eksikliğinden ötürü zor görülmektedir. Bir diğer deyişle, hangi aşamada *praetor edictum*'larının sadece *ius civile* kökenli *oportere* sözcüğünü değil, aynı zamanda *oportere ex fide bona* kaydını içermeye başladığı kesin olarak bilinmemektedir. *Wieacker*'a göre, *iudicia bonae fidei* M.Ö. 2. yüzyılın ikinci

[631]**Schermaier.** Contract Law. s. 85.
[632]**Monier.** Tome I. s. 184.
[633]Gai.*Ins.*4. 61.

yarısında ortaya çıkmıştır.[634] Öte yandan, *Cicero*'nun eserleri incelendiğinde, cumhuriyet dönemi sonunda eski *ius civile* davlarından doğan iddialar ile *ius honorarium*'dan doğan yeni davalar arasında hâlâ ayrım yapıldığı gözlemlenebilmektedir. Bu noktada ise, *Cicero*'nun tarihi rapor verme amacını taşımadığı; ömrü boyunca vakıf olduğundan, eski dönemlere ait hukuk kurallarını daha iyi açıklamış olduğu da savunulmaktadır.[635]

Öte yandan, M.Ö. 2. yüzyılda, *bona fides*'in sözleşmesel ilişkilerde etik bir mihenk taşı olmaya başladığı bilinmektedir. Bu şekilde *bona fides* ilkesi, *ius honorarium* içerisine nüfuz etmiştir. Uzunca bir süre *bona fides*'in yeni bir borç yaratıp yaratmadığı tartışılmış olup, ilkenin yeni ve bağımsız bir borç mu yarattığı, yoksa sadece *ius civile'*nin *oportere* ifadesini destekleyerek, yargıca ifanın standardını ölçmesi için bir araç mı sunduğu sorusuna cevap aranmıştır.[636] Her ne kadar, lafzi olarak *bona fides* ilkesine *iudicia bonae fidei*'ler çerçevesinde rastlanılmış olsa dahi, *fides* konusunda hukuk üstü bağlantılar çok daha öncesine uzanmaktadır. Ne var ki, bu bağlantıların hukuken anlam ifade etmesi birer *formula* ile korunmalarına bağlı olmuştur. Bu açıdan, *"dare facere oportere ex fide bona"* kayıtları ele alındığında, *praetor*'un *fides* kavramına yeni borç yaratan bir olgu gözü ile baktığı belirtilebilmektedir.[637] Zira iyiniyet davaları, *ius civile* uyarınca düzenlenen eski davalardan farklı bir hukuki sebebe dayanmaktadır.[638]

Bona fides davaları ile ilgili tartışılması gereken bir hukuki sorun da, bu ilke uyarınca karar verilmesinin uygulamada keyfîliğe yol açmış olup olmadığıdır. *Ex fide bona*

[634]**Wieacker.** Bonae Fidei Iudicia. s. 34.
[635]**Schermaier.** Contract Law. s. 76.
[636]**Ibid.**
[637]**Umur.** Roma Hukuku. s. 262.
[638]**Schermaier.** Contract Law. Loc. Cit.

kaydının yargıcın takdir alanını bir hayli genişlettiği açıktır.[639] Buna rağmen, bu soruya olumsuz cevap verilebilecektir. Zira, Roma hukukunda olay bazında yeknesak ve somut bir *bona fides* anlayışı yerleşmiş olup, bu anlayış kişiden kişiye ya da çeşitli parametreler etkisinde değişmemiştir. Keza, öğretide de *ex fide bona* kaydının kesin objektif bir kriter yarattığının altı çizilmektedir.[640] Bu durum, Roma toplumunun sosyal ve etik yapısına ek olarak sadakat ve inanç yükümlülüklerine olan bakış açılarıyla da ilgilidir. Ne var ki, bu geniş sadakat yükümlülüğünün tanınmasında, *fides* kavramından *bona fides*'e, bir diğer deyişle, etik bir kavramdan hukuki bir kavrama geçişin nasıl gerçekleştiği ise açık değildir.[641]

Esasında Romalı hukukçular, *bona fides* kavramının muğlaklığı nedeniyle bu kavramı kullanmakta çok dikkatli davranmışlardır. Bundan ötürü *iudicia bonae fidei*, esasında *bona fides*'in somut olarak gözlemlenebileceği en geniş alanlardandır. Zira, Roma hukukunda *bona fides* kurumu genel olarak iyiniyet davaları ile sınırlı olarak karşımıza çıkmıştır.[642] Günümüz hukuklarında var olan dürüstlük kuralının gelişimi, Roma hukukundan gelen *iudicia bonae fidei* sayesinde olmuş; ortaçağ hukukçuları *bona fides* düşüncesini geliştirerek, bunu günümüzde modern hukukçular için doğal hukuka dayanan, olmazsa olmaz bir etik ilke hâline getirmişlerdir.[643]

[639]**Umur.** Loc. Cit.
[640]**Cannata.** Op. Cit. s. 260, **Kaser, M.:**Zur Methode der Römischen Rechtsfindung, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, (Römischen Rechtsfindung), s. 53 vd.
[641]**Schermaier.** Op. Cit**.** s. 77.
[642]**Ibid.,** s. 87.
[643]**Tercier**. Op. Cit. s. 174, No: 487.

2. *Negotium Stricti Iuris* (Dar Hukuk Sözleşmesi) ve *Negotium Bonae Fidei* (İyiniyet Sözleşmesi) Ayrımı

İudicia bonae fidei, tüm insanları birbirine bağlayan adilane ve hakkaniyete uygun ahlak anlayışının bir ürünü sayılan iyiniyet sözleşmelerini doğurmuştur.[644] Roma hukukunda, sözleşmeler hükümleri bakımından çeşitli ayrımlara tabi tutulmuşlardır. Özellikle post-klasik dönemde netleşen bir ayrım da *contracti/negotia stricti iuris* (dar hukuk sözleşmeleri) ile *contracti/negotia bonae fidei* (iyiniyet sözleşmeleri) ayrımı olmuştur.[645] Buna göre, *obligationes consensu contractae* doğuran rızai sözleşmelerin hepsi, iyiniyet sözleşmesi iken;[646] özellikle *stipulatio* ve *mutuum* (tüketim ödüncü) sözleşmeleri, dar hukuk sözleşmesi olarak kalmışlardır.[647] Temel olarak, dar hukuk davalarına vücut veren sözleşmeler dar hukuk sözleşmeleri; iyiniyet davalarına vücut veren sözleşmeler ise, iyiniyet sözleşmeleri olarak tanımlanabilmektedir.

Cicero, dar hukuk sözleşmeleri ve iyiniyet sözleşmeleri ayrımının daha ziyade etik boyutu ile ilgilenmiştir. Bununla beraber, eserleri hukuk tarihçileri için de büyük önem taşımaktadır. *Cicero*'nun *De Officiis* isimli eserinin 3. 70. Kısmı, sözleşme tipleri hakkında *Pontifex Scaevola* tarafından yapılan bir kataloğu içermektedir.[648] Buna göre, *tutela* (vesayet); *societas* (ortaklık); *fiducia* (inançlı işlem); *mandatum* (vekâlet); *emptio venditio* (alım satım) ile *locatio conductio* (kira, hizmet ve eser)

[644]**Söğütlü Erişgin.** Op.Cit. s. 73.
[645]Öte yandan, bu ayrım modern hukukçularca yapılmıştır. **Umur.** Lügat. s. 140, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 200.
[646]**Gallo.** Ius Gentium. s. 146.
[647]**Rado, T.:**Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, (Borçlar Hukuku), s. 64.
[648]*Pontifex Quintus Mucius Scaevola*, özellikle Asya'daki *iurisdictio*'su kapsamında M.Ö 1. yüzyılda Romalılarla yabancılar arasındaki ilişkiler bakımından *bona fides*'in önemini vurgulamıştır. Keza, *Scaevola* sistematik eserler yazan ve kavramlar için tasnifler yapan ilk hukukçu olarak görülmektedir. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 22-23, **Karagöz.** Op. Cit. s. 58, **Cardilli.** Buona Fede. s. 307.

sözleşmelerinin *bona fides* sözleşmesi olarak değerlendirilmesi gerekmiştir.[649] Öte yandan, *Cicero, Pro Caecina*'da sadece dört sözleşmeyi *contracti bonae fidei* olarak saymış olup, bunlar *fiducia*; *mandatum*; *societas omnium bonorum* ve *tutela*'dır.[650] *Topica* incelendiğinde ise *tutela*'nın dahi bu listeye alınmadığı görülmektedir.[651] Bu açıdan dikkate değer bir husus da, ayni bir sözleşme olan *fiducia*'nın *bona fides*'e dayandırılmasıdır.[652]

Yine de, bu noktada esas alınması gerekenin en geniş listeyi içeren eserin *De Officiis* olduğu düşünülmektedir. Zira, *emptio venditio* ve *locatio conductio* sözleşmeleri de burada sayılmaktadır.[653] Bunun nedeninin, *Pro Caecina*'da salt güvene dayalı ve sadakat yükümü yükleyen sözleşmelerin özellikle vurgulanması olduğu savunulmaktadır. *Topica*'da da, vesayet; ortaklık; vekâlet ve *fiducia* sözleşmeleri bakımından esas olan sadık davranma yükümlülüğün, başka ilişkilere de kıyasen uygulanabileceğinin altı çizilmiştir.[654]

Özellikle *mandatum* (vekâlet); *depositum* (saklama) ve *commodatum*[655] (kullanım ödüncü) gibi eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, *fides*; *pietas* (dindarlık); *amicitia* (dostluk) gibi sosyal normlara dayanmıştır.[656] Her ne kadar *Habermas*, Roma hukukundaki sosyal norm anlayışının, özel hukuktan ziyade kamu hukukuna

[649]**Schermaier.** Contract Law. s. 70.
[650]Bkz. **Cicero.** *Pro Caecina.* 3.7.
[651]Bkz. **Cicero.** *Topica.* 42.
[652]**Cuq, E.:**Les Institutions Juridiques des Romains Envisagées dans leurs Rapports avec L'état Social et Avec Le Progrès de la Jurisprudence. Paris: L'ancien Droit: 1891, s. 592.
[653]**Schermaier.** Op. Cit. s. 81.
[654]Bkz. **Cicero.** *Topica.* 42.
[655]*Commodatum* (kullanım ödüncü)'dan doğan davalar, *Ins.*4.6.28 uyarınca *iudicia bonae fidei* arasında sayılmıştır. *Commodatum* da, pek çok başlıca sözleşme gibi dostluğa ve güvene dayanmıştır. **Zablocki, J.:***Ex Fide Bona Nella Formula Del Commodato,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 4, Padova: CEDAM, 2003, s. 453-463, s. 457.
[656]**Del Granado, J.:***The Genius of Roman Law From a Law and Economics Perspective,* San Diego International Law Journal, C. 13,Yıl: 2011, s. 301-329, s. 324.

dayandığını savunmuş olsa dahi; Roma hukukunda sözleşmelerin özel bir fonksiyonu mevcut olmuştur.[657] Bu açıdan, *bona fides* de bu tür iyiniyet sözleşmelerinin sosyal değil özel fonksiyonu bakımından faydalı olmuştur. Sözleşmelerde *bona fides*'in gözetilmesinin kamu hukuku bakımından önemi yadsınamasa da, Roma hukukunun liberal ekonomik anlayışın etkisiyle bireysel menfaatleri ön planda tutmuş olduğu ve toplumda etkinliğin sağlanmasına yönelik kurumları benimsediği unutulmamalıdır. *Bona fides* de bu kurumların başında gelmektedir.

Ayrıca, iyiniyet sözleşmeleri kapsamında güvenin ihlalinden ötürü *infamia* da söz konusu olmuştur. *Infamia*, Roma'da kişilerin hak ehliyetini kısıtlayan nedenlerden bir tanesi olup, kişinin toplum içinde saygıdeğerliğini yitirmesini ifade etmektedir.[658] İlk olarak *ius praetorium* neticesinde ortaya çıkmış olan bu yaptırım, daha sonra özel hukuk alanında da etkili olmuş; bu bağlamda, özellikle utanç verici ticari işlemlerde bulunanlar *infamis* sayılmışlardır.[659] Özellikle, dürüst ve namuslu bir kimse gibi davranmayanlar *infamia* ile müeyyidelendirilmiş; örneğin, vekâlet sözleşmesinin gereklerini *bona fides*'e aykırı olarak yerine getirmeyenler bakımından ya da yine bir iyiniyet sözleşmesi olan ortaklık sözleşmesinden doğan yükümlülüklerini yerine getirmeyen *socius* aleyhine açılan davalar sonucu verilen mahkûmiyet kararlarından da *infamia* doğabilmiştir.[660]

Bu durum da, *bona fides'*den doğan sadakat yükümlülüğünün önemine işaret etmektedir. Öte yandan, salt sözleşmeye aykırılık anlamında sözünü tutmamak

[657]*Habermas*, Roma özel hukukunun adeta devlet otoritesi tarafından kamu refahını sağlamak adına yaratılmış olduğunu savunmaktadır. **Habermas, J.:**The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society, Cambridge: MIT Press, 1998. s. 76.
[658]**Umur.** Lügat. s. 86, **Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 173.
[659]**Buckland.** Roman Law. s 91.
[660]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 174.

infamia değil, sözleşmeye aykırılıktan doğan davalara yol açmıştır. Örnek olarak *stipulatio*'da üstlenilen yükümlülüklere aykırılık hâlinde *actio stricti iuris* gündeme gelmiştir.[661] Görüldüğü üzere, tek taraflı sözleşmeler daha ziyade dar hukuk sözleşmesi olarak sınıflandırılırken; iki taraflı sözleşmeler ise çoğunlukla iyiniyet sözleşmesi olarak ele alınmıştır.

Cicero'ya göre, *contracti bonae fidei*'den doğan dava *formula*'larında *ex fide bona* kaydı yer almış ve *bona fides*'in gerektirdiği ek hususlara hükmedilebilmiştir.[662] *Gaius* ve *Iustinianus* tarafından *Institutiones*'lerde yapılan sonraki kataloglar, *Cicero*'nun *De Officiis*'inde yer alan listeyi maddi olarak genişletmemiştir. Özellikle Gai.*Ins*.4.62 ile *Ins*.4.6.28 incelendiğinde, *fiducia*'nın bu sözleşmeler arasında sayılmadığı görülmektedir. Öte yandan, *actio fiduciae* ile ilgili metinlerin yalnızca *bonum* standardını empoze etmekte olduğu; açıkça *bona fides*'ten bahsetmedikleri de bilinmektedir.[663]

Digesta metinleri incelendiğinde de, münferit kısımlarda iyiniyet sözleşmelerinde *bona fides*'e ilişkin sonuçlar bağlandığı görülebilir. Genellikle, bu metinler her bir sözleşme açısından ayrı ayrı açıklama getirmiştir. Öte yandan, metinlerde yer alan kimi genel kurallar da mevcuttur. Örneğin, bir *Digesta* metninde *bona fides* kuralının aynı borcu iki kez tahsiline engel olacağı, *"bona fides non patitur, ut bis idem exigatur"*[664] sözcükleri ile ifade edilmiştir. Bu, esasında sözleşmesel *bona fides*'in gerektirdiği soyutluk derecesini belirtmektedir. Nitekim, bir borcun tahsili için kural

[661]**Schermaier.** Contract Law. Loc. Cit.
[662]**Scmidlin, B.:***Der Verfahrensrechtliche Sinn des Ex Fide Bona im Formularprozess,* (Her. Harder, M. und Thielmann, G..) "De Iustitia et Iure Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag" Berlin: Duncker & Humblot: 1980, s. 359-372, s. 361.
[663]**Schermaier.** Loc. Cit.
[664]D.50.17.57.

olarak hukuki sebebi olmalıdır. İyiniyet sözleşmeleri ile dar hukuk sözleşmeleri ayrımının bir önemi de, irade fesatlarında ortaya çıkmaktadır. *Stricti iuris* sözleşmeler bakımından şekilcilik önemliyken; *bonae fidei* sözleşmeler bakımından ise yanılma, aldatma ya da korkutma daha kolay dikkate alınmıştır.[665]

Roma hukukunda sözleşme türleri bakımından yapılan ayrımın bir önemi de, sözleşmenin nasıl ifa edilmesi gerektiğinde yatmaktadır. *Bonae fidei iudicia*'ya vücut veren iyiniyet sözleşmeleri bakımından, sözleşmede özel olarak herhangi bir hususun kararlaştırılmamış olması hâlinde, tarafların sözleşmenin doğası gereği içerdiği hususları ifa etmeleri gerektiği kabul edilmiştir.[666] Bir diğer deyişle, kimi zaman Kanonik hukuka ve *ius gentium*'a göre her tür sözleşme bakımından geçerli olan, *bona fides* gereği tarafların açıkça kararlaştırmadıkları hükümler ile de bağlı olabilmeleri, klasik dönem Roma hukukunda sadece iyiniyet sözleşmeleri bakımından esas olmuştur. Bu açıdan, bir görüşe göre *ius civile, ius gentium* ile çelişmektedir.[667] Öte yandan, kanımızca burada *ius civile* ve *ius gentium* arasında antinomi mevcut olmayıp; sadece tarihsel olarak *ius civile*'de yer alan kuralların *ius gentium*'u izlemesi söz konusudur.

Yine, buna paralel olarak *bonae fidei* sözleşmeler bakımından, borçlunun taahhüdünün içeriği dürüstlük kuralına göre belirlenirken; *stricti iuris* sözleşmelerde, borçlunun taahhüdünün içeriği verilen söz kapsamında belirli olmuştur. Bu nedenle *bonae fidei* borçlar *incertae* iken; *stricti iuris* borçlar ise *certae* olmuşlardır.[668] Açıklanmış olduğu üzere, borcu sona erdiren hâllerden *compensatio* (takas) da klasik

[665]**Borkowski.** Op. Cit. s. 257.
[666]**Gordley.** Medieval Law. s. 105.
[667]**Ibid.**
[668]**Honsell.** Op. Cit. s. 85, **Johnston, D.:** Roman Law in Context, Cambridge: Camridge University Press, 1999. s. 78, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 161, **Monier.** Tome II. s. 29.

hukuk döneminde yalnızca iyiniyet sözleşmelerinden doğan borçlar bakımından kabul edilmiştir.[669] Zira, aynı türden karşılıklı iki borçtan bir tanesinin az olan nispetinde sona erdirilmesi, esasında karşı alacaklının menfaatini koruduğundan bu kurumun kökeni de *bona fides*'e dayandırılmaktadır.[670] Keza, *exceptio doli* de bu sonuca ulaşmada kullanılan en önemli vasıtalardan birisi olmuştur.[671] Bunun sebebi ise, takasın doğal adaletin gereği olması ve doğal hukuk gereğince hakkaniyeti sağlamasıdır.[672]

B. *Ius Gentium* ve *Ius Naturale*'nin Sözleşmelere Etkisi

Bona fides, Roma usul hukukunda doğmuş olsa da, bu ilkenin gelişimi bakımından *ius gentium* ve *ius naturale*'nin etkisi çok büyüktür. Roma hukuku, uygulama alanı bakımından, Roma vatandaşı statüsündeki kişilere uygulanan hukuku ifade eden *ius civile* ve yabancılara uygulanan hukuku ifade eden *ius gentium* olmak üzere ikiye

[669]**Honsell.** Op. Cit. s. 110, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 326, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 318, **Buckland.** Roman Law. s. 228, **Burdese.** Op. Cit. s. 683, **Accarias.** Op. Cit. s. 1230, **Robaye.** Op. Cit. s. 204

[670]Takasın *exceptio doli* ileri sürülerek dolaylı olarak gerçekleştirilmesi de mümkün olmuştur. Buna dayanak olarak ise, *excepito doli*'nin *formula*'sında yer alan *"fiat"* (olsun) sözcüğü gösterilmektedir. *Iustinianus* döneminde ise takasın borcu *ipso iure* sona erdireceği kabul edilmiştir. **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 325, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. 202-203, **Somer, P.:** Yüz Soru ve Cevapta Roma Borçlar Hukuku, İstanbul:XII Levha Yayınevi, 2013, s. 92, **Nappi, F.:***Buona Fede Ed Equità nell'Estinzione Dell'Obbligazione per Compensazione (Considerazioni sula Funzione di Grantia della Compensazione,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 475-496, s. 483.

[671]**Accarias.** Op. Cit. s. 1237, **Monier.** Tome II. s. 71.

[672]Takas kurumu, *glossator*'ların çalışmaları neticesinde Roma hukukundaki haliyle Kıt'a Avrupası hukuklarına alınmış, BGB § 388, OR § 124, TBK 139, C.Civ. 290, ABGB § 1438 gibi maddeler uyarınca düzenlenmiştir**. Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 201, **Pichonnaz, P.:***Quelques Aspects de la Bonne Foi (Objective) dans la Compensatio En Cas de Faillité à Rome et Aujourd'hui,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, (Bonne Foi), s. 105-123, s. 106 vd.

ayrılmıştır.[673] Roma hukukunda *ius gentium*'un doğuşu, yabancılar için özel bir *praetor*'luk makamı tanınmasına dayanmaktadır.[674] Bu dönemde, Roma yurttaşları ile *peregrini* adı verilen ve vatandaş olmayan kişilerin arasındaki hukuki uyuşmazlıklar bakımından karar mercii *praetor peregrinus* olmuştur. Keza, yabancıların kendi aralarındaki uyuşmazlıklar da bu *praetor*'lar tarafından karara bağlanmıştır. *Praetor*'ların bu faaliyetleri sonucunda *ius civile*'nin yanı sıra *ius gentium* adı verilen kavimler hukuku doğmuştur.[675] *Ius gentium*, eski ve katı hukuk kurallarını içeren *ius civile*'ye göre çok daha esnek olup, özellikle *aequitas* ve *bona fides* temelleri üzerine kurulmuştur.[676] Kavimler hukukunun adalet idesine olan yakınlığı, bir diğer deyişle ile *aequitas* vasıtasıyla somut olay bakımından daha adil sonuçlar öngörmesi, bu hukuk kurallarının en nihayetinde Roma vatandaşlarına da uygulanması ile sonuçlanmıştır.[677]

M.S. 212 yılında ise, imparator *Caracalla* tarafından çıkarılan bir emirname olan *Constitutio Antoniana* ile bütün imparatorluk uyruklarına Roma vatandaşlığı tanınmış olup, *ius gentium* kuralları maddi olarak *ius civile*'nin içerisine girmiştir.[678] *Ius gentium*'un Romanist *bona fides* anlayışının gelişimindeki önemi, bu hukuk düzeninin bir yandan tüm kavimlerin ortak değerlerine ve hukuk ilkelerine dayanırken, bir yandan da hukuk felsefesini temel alarak, uyuşmazlıklara ortak akıl ürünü çözümler sağlamasında yatar.[679] Bu düzenin korunması için gerekli güvence

[673]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku, s. 91, **Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s. 10, **Honsell.** Op. Cit. s. 20, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 30, **Robaye.** Op. Cit. s. 31.
[674]D.1.2.2.28, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit s 36, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 58.
[675]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. Loc. Cit.
[676]**Honsell.** Loc. Cit., **Burdese.** Op. Cit. s. 25.
[677]**Tella.** Op. Cit. s. 26.
[678]**Umur.** Lügat. s. 47, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 47**, Burdese.** Op. Cit. s. 26, **Villey.** Droit Romain. s.65, **Emiroğlu.** Ius Gentium. s. 24.
[679]**Talamanca.** Dritto Romano. s. 116.

ise, verilmiş sözün yerine getirilmesini ifade eden sadakat ilkesi yani *fides* olmuştur.[680]

Ius gentium esasında, *ius civile*'den ziyade doğal hukuk yani *ius naturale* ile ilişkilendirilmiştir.[681] *Ius naturale* ise, kimi zaman ayrı bir hukuk dalı; kimi zaman ise, *ius gentium*'un uygulaması, bölümü ya da kaynağı olarak ele alınmıştır.[682] Nitekim, adil olanı ifade eden hukuk doğada mevcuttur.[683] *Cicero*'ya göre de hukukun kaynağı *praetor* beyannameleri ya da XII Levha Kanunu olmayıp, esasında doğrudan *ratio summa* yani ortak aklın bir yansıması olan felsefenin temel ilkelerinde kendini göstermektedir.[684] Bu çerçevede, doğal hukuk pozitif hukuk kurallarının kaynağını oluşturmakta; bu kurallarla ahlak kuralları arasında da yakın bir ilişki mevcut olmaktadır. Yunan felsefesinde kökenini bulan *ius naturale*, etik değerlerin uygulanmasını içeren ve içgüdüsel bir ahlakiliği içerisinde barındıran kurallar bütünü olarak görülmüştür.[685] Zira, doğal hukukun temel unsurlarından bir tanesi, "başkasının hakkını gözetmek" olmuştur.[686] Bu çerçevede, klasik Roma hukukunda yer alan *bona fides* anlayışının doğal hukuka dayandığı fikri daha da kuvvetlenmektedir.[687] *Ius gentium* ise, *bona fides*'in gözetilmesi bakımından en önemli mecralardan olmuştur.[688]

Ius gentium kurallarının *natura* ile olan ilişkisi de, bu durumu göstermektedir. Burada bahsedilen *"natura"* olgusu, fiziksel anlamda doğayı ifade etmemekte ve

[680]**Emiroğlu.** Op. Cit**.** s. 31, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 38.
[681]**Buckland.** Roman Law. s. 53.
[682]**Karagöz.** Op. Cit. s. 48.
[683]D.1.1.11, **Honsell.** Op. Cit. s. 22.
[684]D.1.1.9, bkz. **Cicero.** *De Officiis.* 1. 10-24, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 277, **Waldstein.** Op. Cit. s. 80.
[685]**Buckland.** Roman Law. Loc. Cit., **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 39.
[686]**Emiroğlu.** Ius Gentium. s. 63.
[687]**Walstein.** Op. Cit. s. 81.
[688]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 114.

fakat fenomenolojik olarak algılanmaktadır. Nitekim, eşya hukukundan farklı olarak borçlar hukuku kişiler arasında bağlayıcı etkisi olan normatif bir olguya işaret etmektedir.[689] *Ius gentium* kuralları oluşturulurken, *ius naturale* ve *mores civitatis* esas alınmıştır. *Gaius* da *ius gentium* ile *ius naturale*'yi aynı anlamda kullanmıştır.[690] *Ulpianus* ise, *Gaius*'tan ileriye giderek *ius naturale*'yi içgüdü ile ilişkilendirmiştir.[691] *Iustinianus* da, *Gaius* ve *Ulpianus*'un görüşlerini adeta aynılarmışçasına kabul etmiştir.[692] Öte yandan, *Gaius*'un dönemi ya da daha öncesine ait olarak başka bir hukukçunun görüşlerinin günümüze ulaşmaması, bu değerlendirmeyi yapmayı zorlaştırmaktadır. Bu konuda yararlanılabilecek en güçlü kaynak ise, yine *Cicero*'nun eserleridir. *Cicero, ius gentium*'un doğallığının ve evrenselliğinin altını çizmiş ve bu özelliği, *iuris naturalis* olarak ele almıştır.[693] Buna karşılık *ius gentium* ile *ius naturale* her zaman eşanlamlı olarak değerlendirilememiştir. Nitekim, kölelik *iuris gentium* olmakla beraber *contra naturam*'dır.[694]

Ius naturale ya da *naturalis ratio* uyarınca, *ius gentium*'a göre sözleşmelerde *bona fides*'in gözetilmesi *aequitas*'ın sağlanabilmesi için gerekli olmuştur.[695]*Aequitas* da genellikle *ius gentium* ile ilişkilendirilmiştir. Öte yandan, bu noktada *aequtias*'ın sadece *ius gentium* dikkate alınarak belirlenip belirlenemeyceği, bu çerçevede *ius civile* ve *ius praetorium*'un da dikkate alınıp alınamyacağı sorunu doğmuştur.[696] Bu açıdan, *bona fides* ise iki ayrı hukuk açısından ayrıca değerlendirilebilmiştir.[697] Esasında bunun için, sözleşmeye ilişkin davanın *bonae fidei iudicia* dahi olması

[689]**Emiroğlu.** Op. Cit. s. 126.
[690]**Buckland.** Loc. Cit.
[691]D.1.1.1.3.4.
[692]**Buckland.** Loc. Cit.
[693]Bkz. **Cicero.** *De Haruspicum Risponso.* R. 14.32.
[694]**Buckland.** Roman Law. s. 54, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 28, **Burdese.** Op. Cit. s. 28.
[695]**Buján.** Op. Cit. s. 43, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 25.
[696]**Buján.** Op. Cit. s. 96.
[697]**Gordley.** Medieval Law. Loc. Cit.

gerekmediği söylenebilmektedir. Bunun örneği ise, *Digesta*'da yer alan, *Tryphoninus*'a ait ünlü *depositum* (saklama sözleşmesi) örneğidir. D.16.3.31.pr. uyarınca:

> *"Bona fides quae in contractibus exigitur aequitatem summam desiderat: sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis? veluti reus capitalis iudicii deposuit apud te centum: is deportatus est, bona eius publicata sunt: utrumne ipsi haec reddenda an in publicum deferenda sint? si tantum naturale et gentium ius intuemur, ei qui dedit restituenda sunt: si civile ius et legum ordinem, magis in publicum deferenda sunt: nam male meritus publice, ut exemplo aliis ad deterrenda maleficia sit, etiam egestate laborare debet."*

> "Sözleşmelerde hakkaniyetin sağlanması için, en yüksek derecede *bona fides* aranır: Ancak bunu belirlerken sadece *ius gentium*'u mu esas alırız yoksa bu gerçekte *ius civile* ve *ius praetorium* ile mi bağlantılıdır? Varsayalım ki, örneğin yargılanan ve sana saklaman için yüz altın vermiş olan sanık, daha sonra sınır dışı ediliyor ve malvarlığı müsadere ediliyor. Acaba bu altın ona iade mi edilmelidir yoksa devletin mi olmuştur? Eğer sadece doğal hukuka ve *ius gentium*'a bakarsak, para saklatana iade edilmelidir. Ancak *ius civile* ve kanunun emrine bakarsak, para devlete verilmelidir. Çünkü devlete karşı suç işlemiş bir kimse, suç işleyenleri caydırmak için cezasını çekmelidir."

Bu metinde *bona fides*, *aequitas* ve *iustitia*'nın sağlanması için ihtiyaç duyulan bir değerlendirme ölçütü olarak yansıtılmaktadır.[698] Her ne kadar olayda, paranın *ius civile*'ye tabi olmayan saklatana iade edilmesi gerekse de; hakkaniyet bu hâlde *ius gentium*'un uygulanmasını gerektirmiştir. *Bona fides* ise, bu seçimi yapmaya yarayan vasıtadır. *Tryphoninus*'a ait bir başka *fragmentum*'da da, yine *depositum* sözleşmesi bahsinde *bona fides* ve *ius gentium* ilişkisine değinilmiştir. D.16.3.31.1'e göre:

> *"Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? exempli loco latro spolia quae mihi abstulit posuit apud seium inscium de malitia deponentis: utrum latroni an mihi restituere seius debeat? si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt. et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilo minus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. quod et Marcellus in praedone et fure scribit. si tamen ignorans latro cuius filio vel servo rem abstulisset apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino sua ipsius res quasi aliena, servanda detur. et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit, apud me etiamnunc delictum eius ignorantem deposuerit,*

[698] **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 71.

recte dicetur non contrahi depositum, quia non est ex fide bona rem suam dominum praedoni restituere compelli….”

“Burada yeni bir fikir ileri sürülmelidir. *Bona fides* açısından, konu ile ilgili olan diğer kişileri de göz önünde kişileri katmaksızın sadece sözleşmenin tarafı olanlar arasındaki durumu mu değerlendireceğiz? Örneğin, hırsız bana ait bir şeyi alıp, emanet olarak kendisinin suçundan haberi olmayan *Seius*'a verdiğinde; *Seius*, bu malı bana mı, yoksa hırsıza mı geri vermelidir? Eğer, sadece saklayan ve saklatan arasındaki ilişkiyi düşünürsek, *bona fides* karşı tarafa bir şey veren bir kimsenin, o şeyi emanet edilenden geri almasını gerektirir. Eğer, hakkaniyet açısından tüm konuyu inceleyecek olursak, bu işlemle ilgili tüm şahısların durumlarına bakılarak sonuca ulaşılmalı ve kötücül bir fiil ile benden alınan şey bana geri verilmelidir. İnanıyorum ki, başka bir kişinin daha güçlü bir iddiası olmadıkça, herkese sahip olduğunu iade etmek adaletin bir gereğidir. Fakat bununla beraber, ben o şeyi almak için mülkiyet hakkı iddia etmezsem, o şey, hukuka aykırı olarak sahiplenilmiş olsa dahi emanet olarak verene geri verilmelidir. *Marcellus*, soyguncu ve hırsız durumlarını örnek göstererek bu görüşü savunmuştur. Eğer, hırsız bilmeksizin kölesi olduğu veya aile evladı bulunduğu şahsın malını çalmış ve bunu durumdan haberi olmayan aile babası ya da efendiye emanet olarak vermiş ise, *ius gentium* uyarınca bu durum bir saklama sözleşmesine vücut vermez. Saklama sözleşmesi başkasına aitmiş gibi kendi malını elinde tutmayı değil, bir şeyi bir başkasına emanet

> etmeyi ifade eder. Eğer, hırsız benden, benim suçundan haberim olmaksızın bir şey alır ve emanet olarak bana verirse, saklama sözleşmesinin olmadığı şeklinde haklı bir iddiada bulunulabilmesi mümkündür. Çünkü, mal sahibinin kendi malını soyguncuya iade etmeye zorlanması, *bona fides*'e uygun olmayacaktır…."

Öğretide bu metinden, *ex fide bona* uyarınca *depositum* konusu malın kime iade edileceğinin tespitinde yararlanılmaktadır. Her ne kadar, ilgili metinler somut uyuşmazlıklara yer vererek bunları geniş bir bakış açısı ile ele aldıklarından, üzerilerinde neo-klasik bir çalışma yapıldığını akla getiriyor olsa dahi, bu çalışmanın didaktik olduğu ve *interpolatio* görmediği fikri hâkimdir.[699] Bu çerçevede ise, *Ulpianus*'un ünlü görüşü olan adaletin herkese kendi hakkını vermek konusunda devamlı bir irade olmasından yola çıkılarak, *bona fides* kurumundan adalete ulaşma yolunda yardım alındığı anlaşılmaktadır.[700] Görüldüğü üzere, Romanist *bona fides*, aynı zamanda uygulanacak hukuku da belirlemiş bir değerlendirme ölçütü olup, ulaşılmak istenen yegâne amaç ise adalettir. *Ius gentium* da, *bona fides*'in gelişmesi için gerekli sosyo-kültürel ortamı hazırlamıştır. Bu açıdan, Roma toplumunun tarım toplumu olarak kalmış olsa idi, *bona fides* kurumunun aynı gelişimi gösteremeyeceği; *bona fides*'in evriminin ekonomik ve sosyal yapının hukuku ne denli kuvvetli etkilediğini gözler önüne serdiği de görülmektedir.

Bona fides ile *ius gentium* ilişkisi, ortaçağ hukukçularınca da dikkate alınmıştır. *Bona fides* gereği kabul edilen ilk davranış modeli, sözü tutmak olup, bu davranış, kökenini tüm insanlık için bağlayıcı hukuk kuralları olan *ius gentium*'da

[699] **Emiroğlu.** Ius Gentium. s. 131.
[700] **von Lübtow.** Op. Cit. s. 460, **Waldstein.** Op. Cit. s. 100.

bulmaktadır.[701] *Accursius* da, *Glossa Ordinaria*'da doğal hukuka bağladığı *fides* ve *aequitas* kavramlarını *ius gentium* ile bağdaştırmıştır.[702] Hukukçuya göre, *aequitas naturalis* yani doğal hakkaniyet *ius gentium*'u ifade etmektedir.[703] *Accursius*, sözünü tutup anlaşmaya uymanın hakkaniyet gereği olduğunu vurgulamıştır.[704] Ancak, Roma hukukunda sadece rızai sözleşmeler salt söz verme olgusuyla yani *consensus* ile tarafları bağlamıştır. Bu nedenle, yazılı ve sözlü sözleşmelerin şekli formalitelerin sağlanması ile bağlayıcılık kazanması ile ayni sözleşmeler ile isimsiz sözleşmelerin bir tarafın edimini ifa etmeden bağlayıcılık kazanmaması, öğretide, Roma hukukunun *ius gentium* ile çeliştiği sonucuna varılmasına neden olmuştur.[705] Bu noktada, bu kanının isabetli olmadığı belirtilebilecektir. Zira, *ius gentium* uygulandığı kişiler bakımından *ius civile*'den ayrılmıştır. Buna ek olarak, *ius gentium* ilk etapta kimi noktalar bakımından *ius civile* ile çelişmiş ise de; zamanla ve özellikle *praetor* faaliyetleri sonucunda *ius civile*'nin içine sirayet etmiş ve bu açıdan *ius civile* ile bütünleşmiştir. Bu *prima facie* çelişkili tablonun sebebi, bu iki hukuk sisteminin evrimlerinin, senkronize biçimde gerçekleşmemiş olmasıdır.

Nitekim, ortaçağ hukukçuları bu sorunu çözmüşlerdir. Aziz *Thomas Aquinas*, *bona fides*'in "sözünü tutma" unsuru üzerinde sıkça durmuştur.[706] Buna göre, *ius gentium* sadece *consensus* yani anlaşmadan doğan borçları ifade etmiş olup, bu nedenle *ius civile* ile çelişmemiştir. Öte yandan, Klasik Roma hukukunda *obligatio naturalis* ve *obligatio civilis*, bir diğer ifade ile doğal borç ve medeni borç ayrımı da

[701]**Emiroğlu.** Ius Gentium. s. 95.
[702]**Post, G.:**Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and The State 1100-1322, New Jersey: Princeton University Press, 2015. s. 546.
[703]Bkz. **Accursius.** Glossa Ordinaria, 1581.
[704]**Pizzorni, R.:**Il Dritto Naturale Dalle Origini a S. Tommaso d'Aquino, Bologna: Edixioni Studio Domenicano, 2000. s. 292.
[705]**Gordley**. Medieval Law. s. 97.
[706]**Dyson, R.W. (ed.):**Aquinas: Political Writings, Cambridge: Cambridge University Press: 2002, s. 114 vd.

yapılmıştır.[707] Yerine getirilmeleri dava ile talep edilemeyen, yani *actio*'su olmayan borçlar *obligatio naturalis* olarak adlandırılmış; Roma hukukunda, kölelerin borçlarının hukuki niteliği de eksik borç olmuştur.[708]

Accursius ise, *obligatio naturalis* kavramının doğal kökleri olduğunu belirtmekle beraber talep edilmesi için medeni köklerinin de mevcudiyetinin gerekliliğine parmak basmıştır. *Accursius* sonrası, *Jacques de Révigny* ile *Petrus de Bellapatica* da, medeni hukuk sözleşmelerinin altında *ius gentium*'dan doğan bir borcun yattığını, bunun da *consensus'*a dayalı bir borç olduğunu açıklayarak; *ius gentium* ile *ius civile*'yi bütünleştirmişlerdir.[709] Buna göre, *ius gentium*'dan doğan borç doğal olarak *bona fides* gereği doğmuş olup medeni hukuk ona sadece şekil vermektedir. Bir diğer deyişle, borcun kökeni sözleşmesel ilişkilerde sözün tutulmasını ifade eden *fides*'tir; ancak medeni hukuk, o borcu kabul ettirmektedir.

Kommentator *Bartolus* da "*Commentaria in Corpus Iuris* Civilis" eserinde bazı sözleşmelerin sadece *consensus* ile bağlayıcılık kazandığını ifade etmiştir.[710] Örneğin, *emptio venditio* (alım satım) sözleşmesi, *ius gentium* uyarınca adını bir tarafın kabulü ile ifa ettiği bir davranıştan yani bir borçlandırıcı işlemden almaktadır.[711] Bununla beraber, öğretide klasik dönem Roma hukukçularının, neden doğal borçları yerine getirme zorunluluğunu kabul etmediklerinin tam olarak aydınlatılamadığı da savunulmaktadır. Nitekim, doğal borçlar da *ius gentium*

[707]**Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 411.
[708]**Zimmermann, R.:**The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford: Oxford University Press, 1996, s. 7 vd., **Emiroğlu, H.:**Roma Hukukunda Eksik Borç (Obligatio Naturalis) Olarak Doğan Borçlar, AÜHFD, C. 51, S. 4, Yıl: 2002, s. 74-82, (Obligatio Naturalis), s. 74.
[709]**Gordley**. Medieval Law. Loc. Cit.
[710]Bkz. **Saxoferatto, B.:** Commentaria in Corpus Iuris Civilis, Venedik: 1581, Bkz. III. Bölüm-I-B-2.
[711]**Gordley.** Op. Cit. s. 98.

kaynaklı olup *bona fides* ve *aequitas* uyarınca bağlayıcı olmaları beklenmektedir.[712] Doğal borçlarla ilgili bu durum ise, *ius gentium* ile *ius civile'*nin çeliştiği savını çürütmekte; zira, iki hukuk sistemi de bizi aynı sonuca ulaştırmaktadır.

Ius commune uyarınca ise, atipik sözleşmelerin *causa*'larının olması hâlinde bağlayıcılık kazandığı kabul edilmiştir.[713] *Decretum Gratiani* incelendiğinde, bazı sözleşmelerin Kanonik hukuka göre bağlayıcı iken; klasik Roma hukuku açısından bağlayıcı olmadığı görülmektedir.[714] Sözleşmenin bağlayıcılığı ise, Kanonik mahkemelerde icra edilebilir olup olmadığı ile ölçülmüştür. Öte yandan, Roma hukukçuları her tür sözleşmenin *ius gentium* uyarınca bağlayıcı olduğunu ifade etmişlerdir.[715] Görüldüğü üzere, bir sözleşmenin *causa*'sı olup olmadığına bakılmaksızın; salt söz verme kavramı *ius gentium* açısından önem taşımaktadır. Bu durum da *ius gentium* ile *ius civile*'nin çeliştiğini göstermemekte; yalnızca "söz vermiş olma" olgusunun evrenselliğini kanıtlamaktadır.

Bu noktada, Roma hukuku düzenlemelerinin ekonomik niteliği de düşünülmelidir. Nitekim, Roma hukuku, pragmatik yapısıyla hukuk ve ekonomi kuramı uygulamasının güzel bir örneği olmuştur. Esasında, Roma hukukunun günümüze kadar gelmesi ve günümüz hukukunun temelini oluşturmasının sebebi de budur.[716] Her ne kadar, *bona fides* ilkesi Romanist kurallarının kökeni olarak değerlendirilebilecek ise de; bu ilkenin uygulamaları ekonomik açıdan da kazanç sağlamıştır. Bu açıdan kastedilen kazanç, elbette maddi olarak elde edilen kârı ifade etmemekte; tam tersi hukuk politikası açısından özel kişilere ve devlete sağlanacak geleceğe ilişkin her tür yarara işaret etmektedir.

[712]**Gordley.** Medieval Law. s. 97.
[713]**Del Granado.** Op. Cit. s. 326.
[714]Bkz. **Friedberg, E.(ed.):.**Corpus Iuris Canonici, Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1879.
[715]**Gordley**. Op. Cit. s. 99.
[716]**Del Granado.** Op. Cit. s. 302 vd.

Bu çerçevede, *ius civile* tarafından tanınan sözleşmelerin nicelik bakımından daha çok olması; neden bazı borçların icra edilebilirken, bazılarınınsa icra kabiliyetinin olmadığını açıklamaktadır. Bir diğer deyişle, daha sık ortaya çıkan borçların ifası talep edilebilirken, daha az rastlanılanlar bakımından, böylesi bir zorunluluk ekonomik sebeplerle öngörülmemiştir.[717] Bu açıdan, söz konusu hukuk kuralının koyulma ve uygulanma maliyetinin, o hukuk kuralı ile elde edilecek toplam faydadan çok görüldüğü sonucuna varılabilmekte; bu nedenle de, Romanist bu yaklaşımın hukuk ve ekonomi kuramına dayandığı savunulabilmektedir. Sonuç olarak, öğretideki tartışmanın aksine, *fides*'e dayalı sözü tutma gerekliliği sadece *ius gentium*'un değil, *ius civile*'yi de kapsayan Roma hukukunun ruhu ve ilkeleri ile bağdaşmaktadır.

Ius gentium'un Roma borçlar hukukuna etkisi de, ekonomik gelişmelerle doğru orantılı olmuştur. Öte yandan, eşya hukukuna ilişkin olanların aksine, borçlar hukukuna ilişkin olarak çok sayıda metin günümüze gelmiş değildir.[718] *Ius gentium*'un Roma hukukuna en büyük etkisi ise, *contracti bonae fidei* olan rızai sözleşmelerin doğuşu ve bunların *ius civile* tarafından benimsenmiş oluşudur. Bununla beraber, Roma hukukunda *bona fides* kurumunun gelişmesi usul hukuku vasıtasıyla gerçekleştiğinden; *ius gentium*'un usul hukuku ile ilişkisi de incelenmelidir. Belirtildiği üzere, *praetor peregrinus* tarafından görülen davalarda, *ius civile'*ye özgü olan *legis actio* usulü yerine; *bona fides* esasının temel alındığı *formula* usulü izlenmiştir. Keza, *lex Aebutia* ile birlikte yurttaşlara da bu usul kuralları uygulanmaya başlamıştır.[719] *Formula* usulü ise, *ex fide bona* kaydı sayesinde karar merciine bir takdir alanı tanındığı ve bu merciin somut olay

[717]**Gordley.** Medieval Law. s. 98.
[718]**Emiroğlu.** Op. Cit. s. 120.
[719]Bkz. II. Bölüm- I-A.

açısından *bona fides*'e uygun gördüğü çözüme hükmettiği yegâne sistem olmuştur.[720] *Ius gentium*'a dayanan *ex fide bona* kaydı aslında, *formula*'larda hakkaniyeti sağlayan kavramdır. Görüldüğü üzere hukukun amacı, adalet; adaletin temeli, hakkaniyet; hakkaniyeti sağlamada kullanılacak araç ise *bona fides*'tir.[721]

Ex fide bona uyarınca dava açılabilen *obligationes ex contractu* (sözleşmeden doğan borçlar) ve *quasi ex contractu* (sözleşme benzerlerinden doğan borçlar)[722] hakkındaki düzenlemelerin çoğu, *ius gentium*'a ait olmuştur.[723] Bunun nedeni ise, insanın doğasından gelen haklar ve yine doğadan gelen güven ilişkisinin, tüm kavimlere uygulanan hukuk olan *ius gentium* ile teminat altına alınabilmiş olmasıdır.[724] Zira, temelinde güven yatan *fides*, bütün milletleri birbirine bağlayan bir olgu olduğundan; *ius gentium* ve *ius naturale* için önemi büyüktür.[725]

Bona fides ilkesinin yansımalarından hakkın kötüye kullanılması yasağının tipik uygulamaları olan, *venire contra factum proprium* (çelişkili davranış yasağı) ya da *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (kimse kendi hileli davranışına dayanarak elde ettiği hakka dayanamaz) gibi kuralların bir *regula iuris* (hukuk kuralı) hâlini alması da, *ius naturale* ve *ius gentium* sayesinde olmuştur.[726] Nitekim, soyut *regula iuris* kavramı Yunan felsefesinin etkisiyle oluşmuş; *ius naturale* ve *ius*

[720]**Burdese.** Op. Cit. s. 108.
[721]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 75.
[722]Roma hukukunda borcun kaynakları: *Contractus* (sözleşme), *delictum* (haksız fiil), *quasi contractus* (sözleşme benzeri) ve *quasi delictum* (haksız fiil benzeri) olarak sistematize edilmiştir. *Gaius* aslında, Gai. *Ins.* 3.88 uyarınca, borcun kaynaklarını *contractus* ve *delictum* olarak belirtmiş; öte yandan, *Iustinianus* Dönemi'nde *Ins.* 3.13.2 uyarınca bunlar *contractus, quasi contractus, delictum* ve *quasi delictum* olarak sayılmıştır. *Quasi contractus*'lardan *bona fides* uyarınca en fazla önem taşıyanı ise, kuşkusuz *tutela* (vesayet) kurumudur. Fakat çalışmanın kapsamını sınırlayabilmek adına, tez kapsamında yalnızca sözleşme ilişkileri bakımından *bona fides* kavramının önemine değinilmektedir. **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 55.
[723]**Emiroğlu.** Ius Gentium. s. 134.
[724]**Kaser.** Privatrecht. s. 20 vd.
[725]**Emiroğlu.** Op. Cit. s. 135.
[726]**Chappuis.** Art. 2, No: 37, **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 232 vd.

gentium'dan etkilenerek çoğunlukla kuralların basitçe ifadesi ya da hukukun emrettikleri ile vecizeler olarak ortaya çıkmıştır.[727] Keza Romalı hukukçular, soyutlama eğilimine Yunanlı düşünürler kadar sahip olmayıp, bu yetenekleri Yunan etkisiyle gelişmiş; bu durum ise, kendisini *ius naturale* aracılığıyla *ius gentium*'da göstermiştir.[728]

II. *Exceptio Doli* Kavramı

Roma hukukunda *bona fides*'in gelişimi, usul hukuku ve *ius gentium*'un etkisiyle gerçekleşmiştir. Öte yandan, bu ilkenin çağdaş hukuka geçişi, yine bir usul hukuku kurumu olan *exceptio doli* (aldatma/hile def'i) sayesinde olmuştur. Bugün dürüstlük kuralını uyguladığımız pek çok durum, esasında Roma hukukunda da karşılaşılan ve *bona fides* ilkesinin dikkate alınmasını gerektiren durumları ifade etmektedir.[729] *Bona fides*'e aykırılık def'ini ifade eden ve *praetor*'larca tanınan *exceptio doli*'nin, Roma hukukundaki en önemli hakkaniyeti sağlama mekanizmalarından bir tanesi olduğu düşünülmektedir.[730]

A. Roma Hukukundaki Önemi

Roma hukukunda, teoride en fazla taşıyan *bona fides*'in uygulama yöntemi kimilerine göre doğal hukuk ekseninde, *exceptio doli* denilen aldatma def'i sayesinde olmuştur.[731] Keza, Roma hukukunda *bona fides,* bir sözleşme hükmünün iptali ya da

[727]**Karagöz.** Op. Cit. s. 59.
[728]Öte yandan, klasik hukuk döneminde *regula*'ların kaynakları, *ius civile* ya da doğrudan *ius naturale* olabilirken; post-klasik dönemde bunlar İmparator emirnamelerine dayanmaya başlamışlardır. **Schulz.** Sadakat. s. 45, **Karagöz.** Op. Cit. s. 75, s. 141.
[729]**von Lübtow.** Op. Cit. s. 505.
[730]**Accarias.** Op. Cit. s. 1206.
[731]**Honsell.** Op. Cit. s. 85, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 4.

normun geçerliliğini etkileme sebebi olarak ele alınmamış; ancak, *bona fides*'e aykırılık hâlleri sosyal barışı tehdit eden *dolus* (aldatma), *metus* (korkutma) ya da *fraus creditorum* (hileli hareket) olarak yaptırıma bağlanmıştır.[732] Özellikle, *fraus creditorum* bakımından *fides*'in büyük önem taşıdığı; *fides*'e verilen önemin de arkaik dönemde *delictum'*ların cezalandırılmasıyla gözlemlendiği; daha sonra ise, kişiler arasındaki borç ilişkilerinde uygulama alanı bulduğu bilinmektedir.[733] Bunlardan, sözleşme hukuku bakımından en çok önem taşıyanı ise *dolus*'tur.[734] Nitekim, *dolus*'un Roma hukukundaki anlamı giderek genişlemiş; bir haksız fiil olmaktan çıkıp, ilk etapta kasıtlı olarak hukuka aykırılıklar, daha sonra ise her türlü hileli, dürüstlüğe aykırı, düzenbaz hareket yani *bona fides*'e uygun düşmeyen fiiller, *dolus* olarak adlandırılmaya başlamıştır.[735] *Cicero*'nun *De Officiis* isimli eserinde *"aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest?"*[736] "ya da sözleşmede dürüst taraflar arasında dürüst işlem ilkesinin düzenlenmesine karşılık, hileli ya da bu ilkeye aykırı davranılabilir mi?" ifadesi göze çarpmaktadır. Bu ifade, her ne kadar yalın ve kısa gözükse de, öğretide usule ilişkin iki önemli sonuç doğurduğu kabul edilmektedir.[737] Bunlardan ilki, *dolus* teşkil eden

[732]Öte yandan bu haksız fiiller, pratikte *praetor*'un koruma vasıtalarıyla sözleşmelerin geçersizliğini sağlayabilmişlerdir. *Bonae fidei* sözleşmeler bakımından *dolus*'un varlığı hâlinde, sözleşmenin geçersizliği ya da iptali söz konusu olamamış; *praetor*, *ex fide bona* kaydı gereği hakkaniyet ve *bona fides'*e uygun biçimde tarafların borçlarını belirleyebilmiştir. Bununla beraber, *stricti iuris* sözleşmeler bakımından ise *actio* ve *exceptio* tanınarak taraflara koruma sağlanmıştır. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 109, **Honsell.** Op. Cit. s. 45, s. 174 **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 286, **Arangio-Ruiz**. Op. Cit. s. 103, 105, **Burdese.** Op. Cit. s. 246, **Monier.** Tome II. 65, **Villey.** Droit Romain. s. 121, **Brégi.** Op. Cit. s. 232-233, **Dajczak.** Buona Fede. s. 413.

[733]*Fraus creditorum* bakımından da, hileli davranışa dâhil olan üçüncü kişilerin sübjektif iyiniyetleri önem taşımıştır. Örneğin *bona fide* kişiler, sadece sebepsiz zenginleşmelerinden sorumlu tutulmuşlardır. Bu durum D.42. 8. 6. 11 uyarınca açıklanmıştır. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 263, **Burdese.** Op. Cit. s. 480.

[734]Keza, şiddet içeren davranışları içeren *metus* (korkutma), her zaman *bona fides'*in yokluğunu göstermemiştir. *Actio quod metus causa* neticesinde *infamia* yaptırımının uygulanmaması da bunun kanıtı olarak görülmektedir. Bu nedenle, çalışmada özel olarak *dolus'*un üzerinde durulmaktadır. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 262, **Brégi.** Op. Cit. s. 231 vd. **Buckland, W.W.:**Culpa and Bona Fides in the Actio Ex Empto, Law Quarterly Review, C. 48, S. 190, Yıl: 1932, s. 217-229, (Actio Ex Empto), s. 227.

[735]**Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 177.

[736]Bkz. **Cicero.** *De Officiis.* 3. 61.

[737]**Schermaier.** Contract Law. s. 87.

her bir davranışın suçlu taraf hakkında sonuç doğuracağıdır. *Dolus*'un sözleşmenin ifası esnasında ya da dava esnasında mevcut olabileceği kabul edilmiştir. Nitekim, post-klasik dönemde dava öncesinde, sözleşme kurulurken mevcut olan *dolus* hâline *dolus in contrahendo*[738] adı verilmiş olup,[739] bu durum ise, sözleşmenin ifa imkânsızlığı nedeniyle baştan itibaren geçersiz olduğu hâlleri kapsamıştır.[740] Varılan ikinci sonuç ise, yargıcın, hileli tarafın bir sözleşmeye ilişkin olarak dava açmasını engellemek adına tanıdığı *bona fidei iudiciae* kapsamında değerlendirilen, *exceptio doli* kurumunun varlığıdır.[741]

Roma hukukunda, katı ve şekilci *ius civile* esasında *dolus* içeren işlemleri geçerli saymış, zira hukuki işlemin şekle uygun yapılmış olması, geçerliliği için yeterli görülmüştür.[742] XII Levha Kanunu'nda yer alan *"uti lingua nuncupassit, ita ius esto"* (dil ne söylemişse o hukuk olsun) ifadesi bunu göstermektedir.[743] Öte yandan, zamanla Romalıların sadakate ve söze bağlılığa, bir başka deyişle *fides*'e verdikleri

[738]**Kaser, Knütel ve Löhsse.** Op. Cit. s. 205, **Talamanca.** Op. Cit. s. 137.
[739]**Zimemrman**. Op. Cit. s. 668.
[740]**Heldrich, K.:***Das verschulden beim Vertragsabschluß im Klassischen Römischen Recht und in der Späteren Rechtsentwicklung*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, C. 46, S.1, Yıl: 1926, s. 433-438, s. 433, **Villey.** Droit Romain. s. 121.
[741]**Honsell.** Op. Cit. s. 45, **Schermaier**. Contract Law. Loc. Cit.
[742]Çağdaş hukuklarda ise, *dolus* (aldatma) ve *metus* (korkutma) hâlinde iradenin sakatlanacağı ve yapılan işlemin tarafları bağlamayacağı kabul edilmektedir. Çağdaş hukukta aldatma, bir kimsenin davranışlarıyla karşı tarafta yanlış bir fikir uyandırarak onu bir irade beyanında bulunmaya itmesi olarak tanımlanmaktadır. Öte yandan, bir kimseyi bir hukuki işlem yapmaya iten aldatma olan *dolus causam dans* ile bir kimseyi farklı şartlarla hukuki işlem yapmaya iten aldatmaya işaret eden *dolus incidens* arasında ayrım yapılmaktadır. Bu ayrımın sebebi de, esas olarak *dolus causam dans* hâlinde dürüstlük kuralına aykırılığın derecesinin ağırlığıdır. Korkutma ise, bir kimsede belirli yönde bir irade beyanında bulunmaması hâlinde kötülüğe maruz kalacağına dair hukuka aykırı bir kanı oluşturmayı ifade etmektedir. Keza, **TBK 36:***"Taraflardan biri, diğerinin aldatması sonucu bir sözleşme yapmışsa, yanılması esaslı olmasa bile, sözleşmeyle bağlı değildir. Üçüncü bir kişinin aldatması sonucu bir sözleşme yapan taraf, sözleşmenin yapıldığı sırada karşı tarafın aldatmayı bilmesi veya bilecek durumda olması hâlinde, sözleşmeyle bağlı değildir."* **TBK 37:***"Taraflardan biri, diğerinin veya üçüncü bir kişinin korkutması sonucu bir sözleşme yapmışsa, sözleşmeyle bağlı değildir. Korkutan bir üçüncü kişi olup da diğer taraf korkutmayı bilmiyorsa veya bilecek durumda değilse, sözleşmeyle bağlı kalmak istemeyen korkutulan, hakkaniyet gerektiriyorsa, diğer tarafa tazminat ödemekle yükümlüdür."* hükümlerinin kökeni de dürüstlük kuralı ve hakkaniyet ilkesidir. **von Tuhr.** Op. Cit. s. 292 vd. **Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 111 vd., **Eren, F.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayınevi, 20. Baskı, 2016, s. 413 vd.
[743]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 75.

önem ağır bastığından, güveni boşa çıkaran bir davranış türü olan hile, M.Ö. 1. yüzyıldan itibaren cezalandırılmaya başlanmıştır.[744]

Roma hukukunda hakkaniyeti sağlamanın yöntemlerinden bir tanesi de, def'i yani *exceptio* denilen savunma mekanizması olup, bu mekanizma, *formula* usulünde ortaya çıkmıştır.[745] *Legis actio*'lar bakımından mevcut olmayan bu koruma vasıtası, *cognitio extra ordinem'*de ise *formula* usulünden farklı olarak ileri süren tarafa beraat sağlamamış; sadece karara etki etmiştir.[746] *Formula* usulünde, *intentio* ile *condemnatio* arasına eklenen davalı lehine şartlı bir cümleden oluşan ve *formula*'nın istisnai unsurlarından olan def'iler, Roma hukuku uygulamasında ilk olarak *bona fides*'e aykırı bir durumun mevcudiyeti hâlinde, *praetorlar* tarafından tanınmaya başlamıştır.[747] Roma hukukunda da def'iler, günümüzde olduğu gibi *dilatoriae* (geçici) ya da *peremptoriae* (sürekli) olabilmiş; sürekli def'iler bakımından *restitutio in integrum* da aynı amaca hizmet etmiştir.[748] Sürekli bir def'i olan *exceptio doli* ise, *litis contestatio* sonrasında gerçekleşen hileli davranışlara karşı da tanınabilmiştir.[749] Bu def'i, hakkını kötüye kullanana, davranışının hukuk düzenince korunmayacağını bildirmiştir.

Dolus, esasında *ius praetorium* tarafından tanınan *delictum* (haksız fiil)'lardan bir tanesidir.[750] *Labeo, "omnem calliditatem fallaciam machinationem ad*

[744]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 71.
[745]Def'i hakları, çağdaş hukukta karşı haklar olarak da adlandırılmakta olup, bunlar, hak sahibine karşı tarafça ileri sürülen bir hakkı etkisiz kılma, sonuçlarını tamamen veya kısmen sınırlama ya da engelleme imkânı vermektedirler. **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Loc. Cit, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 131, **Eren.** Op. Cit. s. 71.
[746]**Umur.** Lügat. s. 70.
[747]**Umur.** Op. Cit. s.66, **Monier.** Tome I. s. 178-179, **Gürten.** Hakkaniyet. Loc. Cit.
[748]**Pugliese.** Diritto Romano. s. 297, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 169, **Monier.** Op. Cit. s. 180.
[749]**Accarias**. Op. Cit. s. 1225.
[750]*Metus* hâlinde de, *praetor*'lar, *exceptio metus causa* (korkutma def'i) ile *actio quod metus causa* (korkutma davası) koruma yollarını sağlayarak hakkaniyetin sağlanmasına hizmet etmişlerdir. Keza,

circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam'',[751] sözleriyle *dolus*'u "çıkar elde etmek için karşı tarafı tuzağa düşürme" olarak açıklamıştır.[752] Öte yandan aldatmanın, aldatılan kişinin normalde sözleşme yapmayacağı bir kişi ile sözleşme yapması sonucunu doğuran "nedensel" biçimi ile kişinin daha dezavantajlı şartlarla sözleşme yapması sonucunu doğuran, istemli olmayan "olası" biçimi arasında ayrım yapılmıştır.[753] Buna ek olarak *dolus*, *dolus bonus* ve *dolus malus* olmak üzere iki şekilde ele alınmış; *dolus bonus, bona fides*'e aykırılık teşkil etmeyen hâllere işaret ederken; *dolus malus*, karşı tarafı aldatmaya yönelik her türlü kurnaz, kötüniyetli, dürüstlük kuralına uymayan davranışı ifade etmiştir.[754] Örneğin, bir malın değerinin olduğundan yüksek gösterilmesi, *dolus bonus* teşkil ederken; *dolus malus*, cezalandırılması gerekli görülen hileli hareketler bakımından esas olmuştur.[755] Bununla beraber, imparatorluk dönemi başında *Labeo*'nun çalışmaları ile, tüm *dolus* hâllerinin başkasını yanıltma ve zarara sebep olma sonucunu doğurduğu müddetçe aynı olduğu ve kınanması gerektiği kabul edilmiştir.[756]

Roma hukukunda *exceptio doli*, kişisel bir hatalı davranışı cezalandırmaktan ziyade; kişinin iddiasının kabulü hâlinde ortaya çıkabilecek eşitsizliği ya da adaletsizliği giderme amacına hizmet etmiştir.[757] Keza, hakkaniyete aykırılık hâlleri hâlinde de *exceptio doli'*ye başvurulmuştur.[758] Bir diğer düşünceye göre ise, *exceptio doli*'nin

---

bir sözleşmede *metus*'un varlığı da, evleviyetle *bona fides*'e aykırılık teşkil etmiştir. **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 288, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 106, **Robaye.** Op. Cit. s. 208.

[751] D.4.3.1.2.

[752] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 665.

[753] **Gordley.** Medieval Law. s. 101.

[754] **Zimmermann.** Loc. Cit., **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 223, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 265, **Robaye.** Op. Cit. s. 209, **Cannata.** Op. Cit. s. 272.

[755] **Monier.** Tome II. s. 69.

[756] **Ibid.**

[757] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 16.

[758] **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 85.

asıl işlevi katı ve şekilci kuralların üstesinden gelmektedir.[759] Bu da esasında, hakkaniyete uygunluğun sağlanmasını ifade etmektedir. Roma hukukunda *exceptio doli*'ye ait ilk izler, *Celsus*'a ait D.12.6.47 metninde bulunmaktadır.[760] Metne göre:

> *"Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summoverit."*

> "Borçlu olmadığın bir miktar parayı vaat ettin, kefilin ödedi. Fikrime göre, eğer kefil senin adına ödediyse, ona borçlu olursun ve *stipulator* de sana borçlu olur. Bunun ayrıca kabul edilmesine gerek yoktur; çünkü sen, senin adına ödeme yapılmasına zımni olarak izin vermişsindir. Diğer taraftan, eğer kefil kendi adına ödeme yapmış ve borçlu olunmayanı ödemişse, o *stipulator*'dan bunu isteyebilir; zira bu, açık bir borçlu olmayanın ödenmesi halidir. Yine de, ödediği kişiden alamadığı kısmını, kendisine karşı bir def'i sunularak iddiayı def'edebileceğini bilmemesi koşuluyla, *actio mandati* ile senden alır."

[759] **Honsell.** Op. Cit. s. 118.
[760] **Cardilli.** Buona Fede. s. 289.

Söz konusu metinde sözü edilen def'i, *exceptio doli* olup, burada *exceptio doli*'nin borçlu olmayanın ödenmesinin talep edilmesi hâlinde, kefile verilmiş olan bir imkân olarak ele alındığı görülmektedir. Öte yandan, bu imkânı kullanmaması hâlinde, kefile asıl borçluya karşı *actio mandati* açma şansı da verilmiş olup, bu hâlde ise, kefilin *ignorans* olması yani paranın ödenmesinin gerekmediğini bilmemesi gerekmiştir. Bu durum ise, esasında sübjektif anlamıyla *bona fides*'i işaret etmekte ve *exceptio doli*'nin, objektif *bona fides* ile beraber sübjektif *bona fides*'in de dikkate dikkate alınmasını sağlamış olduğunu göstermektedir.

Roma hukukunda *exceptio doli*'nin *formula*'sı: *"Si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat.."*[761] "Eğer, hiçbir şey davacının kötüniyeti ile yapılmadıysa.." biçimindedir.[762] Buna göre, tarafların dava esnasında *bona fides*'e aykırı düşen her davranışı, *exceptio doli* ile karşılaşmıştır.[763] Bu davranışlar, hileli hareketleri ifade eden *negotia turpia* olarak da adlandırılmış olup, çoklukla *contra bonos mores* (ahlaka aykırı) sayılmıştır.[764] Örneğin, bir dar hukuk sözleşmesi olan *stipulatio* kapsamında, taraflardan biri, hukuki işlemin içeriğinde hile barındırması sebebiyle dahi bu savunma aracını ileri sürebilmiştir. Bu açıdan kimi zaman bir haksız fiil olarak *dolus* olmasa da, *exceptio doli* söz konusu olabilmiştir. Bu durum, davranışın içeriğinde bizatihi *dolus* barındırması yani "*res ipse in se dolum habet*" biçiminde açıklanmaktadır.[765] D.45.1.36 uyarınca da, *dolus ex re ipsa* kurumundan bahsedilmiştir. Buna göre:

[761]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 667.
[762]Gai.*Ins.*4.119, **Honsell.** Op. Cit. s. 174, **Monier.** Tome II. s. 69, **Lenel, O.:**Das Edictum Perpetuum, Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 3. verbesserte Auflage, 1927, s. 512.
[763]**Lenel.** Op. Cit. s. 668.
[764]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 234.
[765]**Gordley.** Medieval Law. s 102.

"*Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem suptilitate iuris obstrictus, sed doli exceptione uti potest: quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. idem est et si nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet: cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipso dolo facit, quod petit"*

"Eğer bir kimse, bir şekilde bağlanmayı kabul etmiş ve hileli bir biçimde başka bir bağ ile bağlanmışa; hukukun katı yapısı altında sorumlu olacaktır. Ancak hile çerçevesinde bir def'iye sahip olabilir; çünkü hile nedeniyle sorumlu olanlara da *exceptio* verilir. Aynı kural, *stipulato*r tarafından hiçbir hileye başvurulmamış olması hâlinde de, dava konusunun kendisi hileli ise, geçerlidir. Böylesi bir *stipulatio*'ya dayanarak dava açan, dava açmakla hileye başvurmaktadır."

Ortaçağ hukukçuları, bu metinden yola çıkarak söz konusu Roma hukuku kuralını tüm hukuki işlemlere uygulamış ve aldatmayı genellikle *dolus ex re ips*a olarak algılamışlardır.[766] Bir diğer deyişle, sözleşme iyiniyet sözleşmesi değil de, dar hukuk sözleşmesi olsa dahi, aynı hukuki çareyi tanıyacakları kuralını kabul etmişlerdir. *Dolus ex re ipsa* esasında yeni bir kurum olmayıp; *bona fides*'in, kişileri hile ya da haksız dezavantajlardan koruyucu etkisine işaret etmiştir.[767] Görüldüğü üzere *dolus*, Roma hukukunda *bona fides*'in tam olarak karşıtı olarak ele alınmıştır.[768] Keza,

[766]**Gordley, J.:**The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Clarendon Press, Oxford: 1993, (Modern Contract), s. 66.
[767]**Ibid.,** s. 102.
[768]Çağdaş borçlar hukukunda da, kastın varlığı hâlinde, sorumsuzluk anlaşmasının geçersiz olacağı kabul edilmektedir. Kanımızca, bu düzenlemenin sebebi de *bona fides* ilkesi ve *dolus* kavramının, *bona fides* ilkesinin zıttı oluşudur. Bu durum, Türk-İsviçre hukukunda TBK 115/I uyarınca düzenlenmektedir.

Paulus'a göre de, *"fides bona contraria est fraudi et dolo."* "*bona fides*, hile ve aldatmanın karşısındadır."[769] *Dolus ex re ipsa* kavramı, aşırı yararlanma kurumunun da kökenini teşkil etmektedir. Bir diğer düşünceye göre ise, bu kavram sözleşmede açıkça kararlaştırılmayan yükümlülüklerin yerine getirilmesinin de sebebini oluşturur.[770] Bu hâlde, *dolus ex re ipsa*'dan kaçınmak adına, sözleşmede açıkça yer almayan yükümlülüklerin üstlenilmesi söz konusudur. Öte yandan, bu kurallar Roma hukukunun teknik detayları ile çelişmiş olup, klasik Roma hukukunda *exceptio doli*, dar hukuk sözleşmeleri bakımından sadece savunma araçları arasında özel olarak sunulması hâlinde dikkate alınmıştır.[771]

Roma hukukunda sadakat erdemine verilen önemin sonucu olarak, *communis malitia* (karşılıklı kötülük) hâlinde *exceptio doli*'ye karşı *replicatio doli* ileri sürme imkânı dahi verilmemiştir.[772] Örneğin, *Ulpianus*'a ait 44.4.4.13 metin uyarınca:

> *"Marcellus ait adversus doli exceptionem non dari replicationem doli. Labeo quoque in eadem opinione est: ait enim iniquum esse communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero, cum quo ageretur, poenae esse, cum longe aequum sit ex eo, quod perfide gestum est, actorem nihil consequi."*
>
> "*Marcellus* der ki, *exceptio doli*'ye karşı, *replicatio doli* ileri sürülemez. *Labeo* da aynı fikirdedir: O der ki, karşılıklı kötülüğün davacıya ödül gibi sunulurken, davalıya karşı ceza niteliği taşıması

[769]D.17.2.3.3, **Palma.** Op. Cit. s. 32.
[770]**Gordley.** Medieval Law. s. 114.
[771]**Ibid.,** s. 101.
[772]**Talamanca.** Bona Fides. s. 160.

hakkaniyete aykırıdır. Davacının hainlikle gerçekleştirilen bir eylem sonucunda hiçbir şey elde edememesi ise hakkaniyete uygundur."

Exceptio doli'nin kökeni tartışmalıdır. Öte yandan def'inin ortaya çıkışını, *C. Aquilius Gallus*'un *actio de dolo*'yu[773] yaratması ile ilişkilendirenler mevcuttur.[774] *Cicero*'nun *De Officiis*'inin 3.60. paragrafı uyarınca:

"*tomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaerereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum."*

"*Canius* çok kızgındı, ama ne yapabilirdi ki? Meslektaşım ve dostum *Gaius Aquilius* henüz suç teşkil eden aldatmanın tanımını oluşturmamıştı. Suç teşkil eden aldatma ile ne demek istediği

[773]*Dolus*'un varlığı hâlinde, *praetor*'lar *exceptio doli*'den önce, bir yıllık hak düşürücü süreye bağlı olan bir ceza davasını ifade eden *actio de dolo*'yu tanımışlardır. Bu davadan dolayı mahkûm olanlar ise, *infamia* ile cezalandırılmış olup, bu da, *dolus* fiillerinin *bona fides*'e aykırılığının altını çizmektedir. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 260, **Honsell.** Op. Cit. s. 173-174, **Kaser, Knütel ve Lohsse**. Op. Cit. s. 72, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 103, **Talamanca, M.:**Istituzioni di Diritto Romano,Milano: Giuffrè, 2001, (Diritto Romano), s. 125.

[774]D.4.3.28, *Actio de dolo* ceza davası karakterli olduğundan mirasçılara geçmemiş; ancak, *praetor*'lar, aldatılanların mirasçılarına, bir sebepsiz zenginleşme davası olan *conditio ob turpem causam* ya da *actio in factum* tanıyabilmişlerdir. **Monier.** Tome II. s. 72, **Kupisch, B.:***Exceptio Doli Generalis und Iudicium Bonae Fidei zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glauben*, (ed. Baums, T., Wertenbruch, J.) Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 401-423, s. 402.

sorulduğunda; "bir şeyi yapar gibi gözükürken başka bir şeyi yapmak" diye cevap verirdi. Bu, bir kişinin, onun uzmanından bekleyeceği, son derece isabetli bir tanımdır. Bu nedenle *Pythius* ve bir şekilde davranırken aslında başka bir şekilde davranır gibi yapanların hepsi sadakatsiz; dürüstlükten uzak; ilkesiz ve haindirler. Bu kişilerin hiçbir davranışı, yaptıkları pek çok kusurla lekelenmiş olduğundan yararlı olamaz."

Exceptio doli, *Cicero*'ya göre bir hukuki işlemin *bona fides*'e göre geçerli olup olmadığını ölçme işlevine de sahip olmuştur. *Cicero*'nun, *bona fides*'in karşıtının hileli davranışlar olduğunu açıklaması, *bona fides*'in etik yapısını açıkça ortaya koymaktadır. Keza, *Digesta* metinlerinde de *dolus* ile *bona fides*'in antitez olarak değerlendirildiğinin kanıtları mevcuttur.[775]

Roma hukukunda, yargıçlar her zaman zımni olarak davacının iddiasının ya da davasının *dolus* içerip içermediğini kontrol etmiştir. Sonraki dönemlerde *stricti iuris* davalarda dahi, *exceptio doli* adeta *bona fidei iudicia* kapsamındaymışcasına ele alınmıştır.[776] Öte yandan, *exceptio doli*, bu davaların *formula*'larını *certa* hale getirmediği gibi; *plus petitio* yasağını da ortadan kaldırmamıştır.[777] Keza, İmparator *Marcus Aurelius* tarafından hazırlanan *rescriptum*[778] sonrasında da, *stricti iuris* davalarda dahi davalının, karşı iddiasını en azından *exceptio doli* ile ileri sürebileceği kabul edilmiştir. Bu durum da *exceptio doli*'nin uygulama alanının genişliği

[775]**Schermaier.** Op. Cit. s. 87.
[776]**Ibid.**
[777]**Accarias**. Op. Cit. s.1230.
[778]*Rescriptum*'lar, Roma imparatorlarınca gönderilen yazılı cevapları ifade etmektedir. **Umur.** Roma Hukuku. s. 95 vd.

hakkında ipucu vermektedir.[779] Bunun gibi, kimi hâllerde saik yanılması durumunda da *exceptio doli*'nin uygulanmasına rastlanılmıştır. *Scaevola*'ya ait D. 44.4.17.pr. uyarınca:

> *"Pater pro filia dotem promiserat et pactus erat, ut ipse aleret filiam suam eiusque omnes: idem homo rusticanus genero scripsit quasi usuras praeteritas ex dotis promissione: quaesitum est, cum ipse filiam suam exhibuerit et maritus nullam impensam fecerit, an ex chirographo ex stipulatu agenti genero exceptio obstare debeat. respondit, si, ut proponatur, pater, cum exhiberet, per errorem promisisset, locum fore doli mali exceptioni."*
>
> "Baba, kızı için çeyiz vaadinde bulunmuş ve kızı ile kızının tüm çocuklarını destekleyeceğine söz vermiştir. Bir köylü olan söz konusu adam, damadına çeyiz vaadine işleyen geçmiş faizler hakkında yazmıştır. Zira, kendisi kızını desteklemiş; kocası ise hiçbir masrafa katlanmamıştır. Damat, *chirographo*'ya dayanarak,[780] *stipulatio*'dan doğan bir dava açarsa; def'inin ona karşı fayda sağlayıp sağlamayacağı sorulmuştur. Cevap, önceden belirtildiği gibi, önceden destek sağlayan babanın, vaadini *hataen* yapmış olduğu yönündedir. Bu nedenle *exceptio doli* uygulanacaktır."

[779]**Kraut, W. T.:** De Argentariis et Nummulariis Commentatios, Gottingen: Dietrich, 1826, s. 124.
[780]*Chirographo*, kişilerin kendi el yazısıyla yazmış oldukları bir takım belgeleri ifade etmektedir. **Kantorowicz, H. ve Buckland, W.W. (ed.):** Studies in the Glossators of Roman Law: Newly Discovered Writings of the Twelfth Century, Cambridge: Cambridge University Press, 1938, s. 80.

Exceptio doli, Roma hukukunda, *exceptio doli praeteriti/specialis* ve *exceptio doli generalis/praesentis* olmak üzere iki biçimde karşımıza çıkmıştır.[781] *Exceptio doli praeteriti*, bir hukuki ilişkide karşı tarafın hileli bir biçimde davalıya sorumluluk yükletmek istemesi hâlinde esas olurken; *exceptio doli generalis* ise, bir hakkın dava yolu ile kullanılmasının *dolus* teşkil ettiği durumlarda kullanılmıştır.[782] Önceleri, sadece, alacaklının kusuru ya da hilesinin mevcudiyeti hâlinde bu def'iler kullanılabilmiştir. Buna karşılık, zamanla alacaklının kusuru veya hilesinden bağımsız olarak, hakkaniyet ve dolayısıyla *bona fides*'e aykırı görülen hâllerde de mağdur olan tarafa *exceptio doli*'ye başvuru imkânı verilmiştir. *Ius commune* döneminde ise, davacının her türlü haksızlığına karşı, davalıya *exceptio doli generalis* tanınmıştır. Bu hâlde diğer tarafa, kendisine karşı dava açılmadan da *actio doli generalis* açıp mağduriyeti ileri sürme imkânı da verilmiştir.[783]

Roma hukukunda, *bona fides*'e aykırılık hâllerinde münferit olarak kullanılan en önemli silahlardan bir tanesi, *exceptio doli* olmuştur. *Exceptio doli*'nin kullanımına başvurulan hâller çok çeşitlidir. Bunlardan bir tanesi, *impuberes infantia maiores* (henüz ergenliğe ulaşmamış çocuklar)'in hukuki işlem ehliyeti bahsinde karşımıza çıkmıştır. Roma hukukunda, 7 ila 14 yaş aralığındaki çocukların yaptıkları hem alacak, hem borç doğuran hukuki işlemler bakımından, hukuki işlemin *impubes* lehine sonuç doğuran bölümü geçerli; aleyhine sonuç doğuran bölümü ise geçersiz olmuştur.[784] Bu durumda, Roma hukukunda *negotium claudicans* (topal/aksak hukuki işlem)'ların[785] varlığından söz edilmektedir.[786] Örneğin, bir *emptio venditio*

[781]**Di Marzo.** Op. Cit. s. 83.
[782]**Umur.** Lügat. s. 67, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 261, **Honsell.** Op. Cit. s. 174.
[783]**Deschenaux, H.:**Schweizerisches Privarecht II, Basel: Helbing Lichtenhahn, 1988, s. 147.
[784]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 205 vd.
[785]**Ataay, A.:**Medeni Hukukun Genel Teorisi: Temel Bilgiler ve Kavramlar. İstanbul: Der Yayınları, 4. Basım, 1995, s. 336.

(alım satım) sözleşmesi yapıkdıktan sonra *impubes*, malın mülkiyetinin kendisine devri konusunda geçerli bir alacak hakkı kazanabilmiş; öte yandan, karşı taraf *impubes*'in bedeli ödememesi hâlinde ona karşı dava açarak hakkını ileri sürememiştir.[787] Bu hâlde *praetor*'lar, *impubes*'lerin dürüstlük kuralına aykırı hareket etmeleri olasılığına karşılık, karşı tarafa *exceptio doli* ileri sürme hakkı vermiş; böylece oluşabilecek hakkaniyetsizlikleri önlemişlerdir. Bu def'i, *impubes*'in *bona fides*'e aykırı davranışının ispatlanması hâlinde, karşı tarafın borcundan kurtulmasını sağlamıştır. Her ne kadar, kaynaklarda *impubes*'in "iyiniyete aykırı" davranışlarından söz ediliyor olsa da, kanımızca burada anlaşılması gereken objektif iyiniyet olup, esasında dürüstlük kuralına işaret etmektedir.

Roma hukukunda *exceptio doli*, yargıca hakkaniyete uygun bir takdir yetkisi tanımıştır. Keza, bir görüşe göre de bu takdir yetkisi, yargıcın hali hazırda takdir yetkisi sahibi olmadığı sözleşmeler için geçerli olup, rızai sözleşmeler, özellikle de iyiniyet sözleşmeleri bakımından böylesi bir spesifik araca gerek olmamıştır.[788] Bu çıkarım, *Digesta* metninde yer alan "…..*quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem"* ifadesinden yola çıkılarak yapılmaktadır.[789] Bu tarz sözleşmelerde, *exceptio doli*'nin maddi içeriği *bona fides*'in içeriğine yedirilmiş olup, bu nedenle sözleşmelere iyiniyet sözleşmesi denilmektedir.[790]

---

[786]*Ataay*, bu hükümsüzlük türünün nişanlanmada karşımıza çıktığını belirtmektedir. Buna göre, ayırt etme gücü sahibi küçük veya kısıtlının yasal temsilci onayı olmaksızın nişanlanması hâlinde; küçük ya da kısıtlı, yasal temsilcinin onayı gelinceye dek nişanlanma ile bağlı olmazken diğer taraf nişanlanmanın sonuçları ile bağlı olacaktır. Öte yandan, TMK 118 uyarınca düzenlenen bu husus hakkında; Dural, Oğuz ve Gümüş, topal ya da aksak hukuki işlem terimini kullanmamaktadır. **Ataay.** Loc. Cit., **Dural, M., Oğuz, T. ve Gümüş, A.:**Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 11. Baskı, 2016, s. 23.
[787]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 207 vd.
[788]**Whitataker ve Zimmermann.** Loc. Cit. **Accarias.** Op. Cit. s. 221.
[789]D.30.84.5.
[790]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 17.

Öğretideki farklı görüşe karşılık, *exceptio doli generalis*'e sonraki dönemlerde özellikle iyiniyet sözleşmeleri bakımından da sık sık rastlanılmaktadır. Örnek olarak, *emptio venditio* (alım satım) bakımından, alıcı veya satıcının diğer tarafı ifaya zorlayabilmesi adına, kendi borcunu ifa etmiş veya en azından ifasını tekif etmiş olması gerekmiştir. Kendi edimini yerine getirmek adına teklifte bulunmayan tarafın, karşı taraftan edimini yerine getirmesini istemesi hâlinde, dürüstlük kuralına aykırı davrandığı gerekçesiyle, diğer tarafa ise *exceptio doli generalis* dermeyan etme imkânı tanınmıştır.[791] *Ius commune*'de, söz konusu def'i *exceptio non adimpleti contractus* (sözleşmenin ifa edilmediği def'i) adını almış olup, modern hukukta ise, sözleşmenin ifa edilmediği def'i, "ödemezlik def'i" olarak anılmaktadır.[792] *Exceptio non adimpleti contractus*'un kökeninin *bona fides*, adalet ve hakkaniyet olduğu hususunda tartışma yoktur.[793] Bu def'i, modern hukukta tüm sinallagmatik sözleşmelerde ileri sürülebilmektedir.[794]

Exceptio doli generalis imkânının karşımıza çıktığı bir durum da, *pignus gordianum* hali olmuştur. İmparator *Gordianus* döneminde kabul edilen *pignus gordianum* ile, rehinli alacağın tümüyle ifa edilmesi durumunda, aynı alacaklının borçluya karşı güvencesiz tüketim ödüncü sözleşmesinden doğan başka bir alacağı varsa; alacaklının teminat konusu malı bu alacak için saklayabileceği düzenlenmiştir.[795] Bu hâlde, *mutuum* (tüketim ödüncü) sözleşmesinden doğan davaya karşı, rehinli

[791]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 194.
[792]**von Tuhr.** Op. Cit. s. 524, **Honsell.** Op. Cit. s. 127.
[793]**Postacıoğlu, İ.:**Gayrı Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecbriyeti, İstanbul: İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1945, s. 230.
[794]**Eren.** Op. Cit. s. 1008.
[795]**Özsunar, E.:***Roma Hukuku'nda Rehin Hakkı (Pignus-Hyptoheca),* DEÜHFD, C. 7, S. 2, Yıl: 2005, s. 137-164, s. 157.

alacaklının *bona fides*'in gözetilmesi adına bir *exceptio doli generalis* ileri sürebileceği kabul edilmiştir.[796]

Yine, soyut *stipulatio*'lar[797] bakımından da, *exceptio doli generalis* büyük önem taşımaktadır. Roma hukukunda, *stipulatio*'lar genellikle sebep gösterilmeksizin yapılmış olup, bu hâllerde, davacı *causa*'nın yani hukuki sebebin varlığını ispat ile yükümlü olmaksızın[798] sadece *stipulatio*'nun mevcut olduğunu ispat etmek zorunda olmuştur.[799] Bu durumda, *praetor*'ların faaliyetleri ile haksız şekilde borçlanmış olan kimseleri korumak amacıyla, soyut *stipulatio*'lar bakımından *exceptio doli generalis* ileri sürme imkânı tanınmıştır.[800] Davalı, *exceptio doli* ileri sürerek, borç sebebinin mevcut olmadığını ya da geçersiz olduğunu ispat edebilmiş ve mahkûmiyetten kurtulabilmiştir.[801] Daha sonra bu def'i, spesifik olarak bu durum bakımından *exceptio non numeratae pecuniae*[802] olarak adlandırılmaya başlanmıştır.[803] Bu sonuç ise, *Ulpianus*'a ait D. 44.4.2.3 metninden çıkarılmaktadır:

---

[796]**Sanfilippo, C.:**Istituzioni di Diritto Romano, Catanzaro: Soverio Mannelli, 2002, s. 188.

[797]*Stipulatio*'larda çeşitli hukuki sebepler (*causa*) söz konusu olabilmiştir. Ancak, bazı *stipulatio*'larda sorunun içerisinde *causa* gösterilirken; bazılarında ise herhangi bir *causa* zikredilmemiştir. İşte, böylesi soyut bir *stipulatio*'dan doğan borç da soyut olmuş ve gizli kalmış olan *causa*'nın varlığına bakılmaksızın geçerli sayılmıştır. Çağdaş hukukta da, hukuki işlemler soyut ve sabebebe bağlı hukuki işlemler olarak incelenebilmekte olup, kazandırmanın hukuki sebebinin, işlemin kurucu bir parçası olduğu hâllerde sebebe bağlı işlemlerden bahsedilmektedir. Bu hâlde, hukuki işlemin geçerliliği hukuki sebebin geçerliliğine bağlıdır. Öte yandan, soyut işlemlerde ise, sebebin yokluğu ya da geçersizliği kazandırıcı işlemi etkilememektedir. Kazandırıcı işlemin sebebi, *causa solvendi* (ifa sebebi); *causa credendi* (alacak sebebi); *causa donandi* (bağışlama sebebi) ya da karma sebeplerdir. **Rado.** Op. Cit. s. 97, **Honsell.** Op. Cit. s. 117-118, **Robaye.** Op. Cit. s. 238-239, **Eren**. Op. Cit. s. 180.

[798]Öte yandan, klasik devrin sonlarına dek davalıya yükletilmiş olan bu ispat yükü, İmparator *Caracalla*'nın M.S. 215 yılında çıkardığı bir emirname ile davacıya yüklenmiştir. Tüm ortaçağ boyunca bu kural geçerli kalmış olup, 19. yüzyılda BGB ve OR, yine buna bağlı olarak TBK uyarınca soyut hukuki işlemlerin varlığı yeniden kabul edilmeye başlanmıştır. Türk-İsviçre hukukunda da, bu husus TBK 18'de düzenlenmektedir.

[799]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 139.

[800]Gai.*Ins.* 4.116a, **Honsell.** Op. Cit. s. 118.

[801]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 140, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 247, **Brégi.** Op. Cit. s. 238.

[802]**Trofimoff, H.:***La Cause Dans l'exception et la Querelle Non Numeratae Pecuniae,* (Ed. Kaiser, W., Schermaier, M. J., Thür, G.) ZSS, Romanistische Abteilung, C.103, S.1, Yıl: 1986, s. 209-261, s. 212 vd.

[803]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 550.

"Circa primam speciem, quibus ex causis exceptio haec locum habeat, haec sunt, quae tractari possunt. si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit: licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est eum, cum litem contestatur, dolo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere: et si cum interponeretur, iustam causam habuit, tamen nunc nullam idoneam causam habere videtur. proinde et si crediturus pecuniam stipulatus est nec credidit et si certa fuit causa stipulationis, quae tamen aut non est secuta aut finita est, dicendum erit nocere exceptionem."

"İlk nokta ile ilgili olarak, bu def'inin uygulaması olan durumlara gelince, aşağıdakiler tartışılabilecek sorunlardır: Eğer birisi, *causa* olmaksızın bir kimse ile bir şey için *stipulatio* yapar ve sonra onu *stipulatio*'nun hükümlerine göre dava ederse, *exceptio doli* onu engelleyecektir. Eğer *stipulatio*'ya dayanan taleplerinde ısrar ederse, *stipulatio*'nun hukuka uygun *causa*'sı olmadığı görülüyorsa, *stipulatio* yapıldığı zaman *causa'*sı olsaydı dahi *stipulatio*'nun yapılma zamanında hile yapmamış olsa bile davanın açıldığı zamanda hileli davrandığı söylenmelidir. Buna ek olarak, eğer bir kimse *stipulatio* ile bir miktar para ödünç vermek isterse ve daha sonra vermezse; *stipulatio*'nun belirli bir *causa*'sı olmasına rağmen tamamlanmamış ya da ifa edilmemiştir. Bu hâlde de, def'inin fayda sağlayacağını belirtmek gerekecektir."

Bu metinde de görüldüğü üzere, *exceptio doli*'nin uygulama alanı genişletilmiş ve uygulaması teknik anlamda *dolus* teşkil etmeyen hâllere dahi teşmil edilmiştir.[804] Bir diğer deyişle, *exceptio doli,* dürüstlük kuralına aykırılık barındıran hâllere uygulanmaya başlanmıştır. Dürüstlük kuralı ile çevreye de yayılan bir güven ilişkisi doğmaktadır. Dürüstlük kuralı yani *bona fides*, pek çok farklı hukuk kuralını bünyesinde barındırmaktadır. *Ius commune* döneminde, *exceptio doli generalis* kuramı altında, *in fraudem legis agere* (kanuna karşı hile) kurumu da dikkate alınmıştır. Roma hukukunda yer alan *"nemo auditur turpitudinem suam allegans"* yani "kimse kendi hileli davranışına dayanarak elde ettiği hakka dayanamaz" maksimi yine bu çerçevede kabul edilmiştir. Bu bağlamda, "hileli davranış" ise dürüstlük kuralına aykırılığı ifade etmiştir. *Exceptio doli generalis* için özel ya da geçmişe ilişkin bir kasıt aranmamış; bilakis, genel ve aktüel kasıt da yeterli olmuştur.[805]

Exceptio doli'nin önemle uygulama alanı bulduğu bir durum da alacaklının sebepsiz yere ifayı kabulde gecikmesinin *bona fides*'e aykırılığından ötürü, alacaklı temerrüdüdür.[806] Alacaklı temerrüdü hâlinde, borçluya *exceptio doli* ileri sürme imkânı tanınmış olmasının altında, hakkaniyet duygusu ile *bona fides*'e uygun davranma dürstüsü yatmaktadır. Marcellus'a ait D.46.3.72 uyarınca:

> *"Qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando*

[804]**Cardilli.** Buona Fede. s. 290.
[805]**Tommaso.** Op. Cit. s. 441.
[806]D.30.84.3 metni de aynı hususu ifade etmektedir. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 186, **Honsell.** Op. Cit. s. 99.

interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset…"

"Farzet ki, on birim borcu olan alacaklısına parayı vermeyi öneriyor ancak alacaklı sebepsiz yere parayı reddediyor: Bu hâlde kusuru olmayan borçlu parayı kaybeder, ancak kendisini *exceptio doli mali* ile koruyabilir. Yine de, ödemesi için çağırıldığında ödeyemezse; paranın yok olması durumunda ona başvurulması haksızlık olur, zira alacaklı kabul etmiş olsaydı o sorumlu olmayacaktı….."

Öğretide, *exceptio doli*'nin usuli fonksiyonu aşarak maddi hukuka ilişkin bir fonksiyon kazandığı belirtilmektedir.[807] *Cicero*'nun, *bona fides* davalarının en önemli özelliği olan ve yargıcın hakkaniyetin gerektirdiğine hükmedebilmesine olanak tanıyan *ex fide bona* kaydını pozitif hukuktan sayması da, bu savı güçlendirmektedir.[808] *Ulpianus* tarafından kaleme alınan D.44.4.2.5 uyarınca, *exceptio doli*'ye itiraz imkânı da olabilmiştir. Buna ise, karşı tarafın sübjektif olarak iyiniyetli olduğu hâllerde rastlanılabilmiştir. Metne göre:

"Et generaliter sciendum est ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem, quia dolo facit, quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit: nam et si inter initia nihil dolo malo

[807] **Berger.** Op. Cit. s. 459.
[808] Bkz. **Cicero.** Topica. 65. 6.

facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.''[809]

"Genel olarak belirtilmesi gerekir ki, *in factum* def'ilerin söz konusu olduğu tüm davalarda hileden dolayı kusurlu olan kişi, usulüne uygun bir biçimde herhangi bir def'i ile karşı konulabilecek bir talepte bulunuyorsa, başlangıçta hileye başvurulmamış olsa dahi, o anda iddiada bulunulması hileli bir davranışa sebebiyet veriyorsa *exceptio doli*'ye başvurulabilecektir. Meğer ki, bu kişi iyiniyetli olsun"

Roma hukukunda, *exceptio doli generalis* bakımından, bir hususun *contra bonos mores* olması da önem taşımıştır. *Papinianus*'a ait D.39.5.29.2 metni, buna örnek olarak gösterilmektedir. Nitekim metinde açıklandığı üzere, ahlaka aykırılık hâlinde *exceptio doli* ileri sürme olanağı söz konusu olabilmiştir.[810]

"Donationem quidem partis bonorum proximae cognatae viventis nullam fuisse constabat: verum ei, qui donavit ac postea iure praetorio successit, quoniam adversus bonos mores et ius gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit"

"En yeni kadın *cognatio* hısmı hala sağ ise, getirdiği malların bir kısmının bağış olarak verilmesinin geçersiz olduğu kabul edilmektedir. Ancak cevaplamıştır ki, böylesi bir bağışlama yapan

[809]D.44.4.2.5.
[810]**Schermaier,M. J.:***Bona Fides im Römischen Vertragsrecht,* "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 387-416, (Römischen Vertragsrecht), s. 411.

> ve daha sonra *ius praetorium* uyarınca mallara halef olan kişiye, mirasa ilişkin dava hakkı verilmez. Zira, henüz olgunlaşmamış davası *bonos mores*'e ve *ius gentium*'a aykırıdır."

Çağdaş hukuk bakımından ise, e*xceptio doli'*nin teknik anlamda bir def'i olmadığı kabul edilmektedir. Bu açıdan *exceptio doli*, dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilebilecektir.[811] Nitekim, def'i, borçlunun ifa edeceği edimi hiç ifa etmemek ya da geç ifa etmek konusunda sahip olduğu bir savunma aracıdır. Öte yandan burada, aksine bir hakkın kullanılması nedeniyle bir hukuk kuralının uygulanması talep edildiğinden, ortada gerçek anlamda bir def'i olmadığı söylenebilir. Def'iler, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmayıp; borçlu tarafından belli bir usul kesitine dek ileri sürülmelidir. *Exceptio doli* ise, yalnızca hakkını kötüye kullanan tarafın hukuk düzeni tarafından himaye edilmeyeceğinin ileri sürülmesini ifade etmektedir.[812] Yine, *exceptio doli generalis*, diğer def'ilerin aksine *bonae fidei iudicia* içerisinde hâkim tarafından *ex officio* dikkate alınmıştır.[813] Kanımızca, bu def'inin *ex officio* dikkate alınması, kökeninde yatan *bona fides* anlayışının bir ürünüdür.[814] *Bona fides* kavramı, Roma hukukunun temel taşlarından bir tanesi olarak görüldüğünden, söz konusu def'inin ileri sürülme imkânı yalnızca tarafların talepleri ile sınırlandırılmamış, adeta yargıca kamu düzenini korumak adına varlığı hâlinde bu def'iyi uygulama zorunluluğu yüklenmiştir.

Exceptio doli, klasik dönem Roma hukukundan, *ius commune*'ye; oradan da, çağdaş hukuk sistemlerine geçmiş ve hakkın kötüye kullanılmasına karşı ileri sürülen her

[811]**Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 51.
[812]**Berger.** Op. Cit. s. 121.
[813]D.19.1.13.8, **Honsell.** Op. Cit. s. 118.
[814]**Merz.** Art. 2, No: 512, **Chappuis.** Art. 2, No: 36, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 300, **Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 71, **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 238.

türlü vasıtaya bu isim verilmeye başlanmıştır. Bugün çağdaş hukuk sistemleri incelendiğinde, *bona fides* kuralının ihlali hâlinde, mağdur olan kimseye ya dava ya da savunma imkânının verildiği görülebilmektedir. Bu durum özellikle hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından oldukça açıktır.[815]

B. Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı

Dürüstlük kuralının uygulamalarından birisi olan hakkın kötüye kullanılması yasağı da, Roma hukukunda *praetor*'un koruma yollarından *"exceptio"* yani def'i türlerinden birisi olan *exceptio doli generalis*, bir diğer deyişle genel aldatma/hile def'inin günümüzdeki yansımasıdır. Keza, ZGB/TMK 2. maddesinin ilk fıkrası, *bona fides* ilkesini düzenlerken; 2. fıkrası ise, *exceptio doli*'yi açıklamaktadır.[816] Dürüstlük kuralı ile adeta bir madalyonun iki yüzünü oluşturan bu kavramın, genel kabul görmüş bir tanımı olmasa da; bu kural, kişinin hakkını açıkça dürüstlük kurallarına aykırı kullanması sonucunda bir başkasına zarar vermesi ya da zarar verme tehlikesi yaratması durumunda ortaya çıkan, üstün ve genel bir hukuk ilkesi olarak açıklanabilmektedir.[817]

Roma hukukunda*"male enim nostro iure uti non debemus"* olarak dile getirilen[818] ve hakkını kullananın başkasına zarar vermemesi; hileli davranışlardan kaçınması

[815]**Akyol.** Op. Cit. s. 23.
[816]**Honsell.** Art. 2, No: 9-10 .
[817]**Honsell.** Art. 2, No: 24, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 27, **Ateş, D.:***Sözleşmelerde Dürüstlük Kuralı,* TBB Dergisi, S. 72, Yıl: 2007, s. 75-93, s. 82, **Breccia, U.:***L'abuso del Diritto*, "Dritto Privato III", Padova: 1997, s. 30.
[818]Gai.*Ins.*1.53.: *"male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administration."* "haklarımızı kötü şekilde kullanmamalıyız; bu sebeple müsrifler, mallarının idaresi konusunda kısıtlanırlar. Esasında, ilgili metin müsriflik nedeniyle kişilerin hukuki işlem ehliyetlerinin kısıtlanmasına yönelik olup, öğretide bu metnin hakkın kötüye kullanılması yasağının kökenine işaret ettiği kabul edilmektedir. Nitekim, her ne kadar komşuluk hukukunda doğmuş olsa dahi, hakkın kötüye kullanılması yasağı XII Levha Kanunu'ndan itibaren özellikle aile

olarak açıklanan hakkın kötüye kullanılması yasağı, *bona fides* düşüncenin bir yansıması olarak ilk etapta komşuluk hukuku bakımından ortaya çıkmış ve günümüze kadar gelmiştir. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, Roma hukukuna *postglossatorlar*'ca geliştirilen *aemulatio* ilkesi ile girmiştir.[819]*Aemulatio* sözcüğü, her ne kadar mülkiyet hakkı ile ilişkilendirilse dahi; klasik Latince'de kötü niyete karşılık gelen bir anlam da taşımaktadır.[820] Roma hukukunda hakkın kötüye kullanılmasına işaret eden en önemli *Digesta* metinleri *Marcellus* ve *Paulus*'a aittir. *Marcellus*'a ait D.39.3.1.12 uyarınca:

> *"Marcellus escribit, cum eo, qui in suo fodiens vicinifontem avertit, nihil posse agi, nee de dolo actionem; et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum melioremfaciendi id fecit.*"
>
> "Bunun üzerine *Marcellus*, başkasına ait su kaynağı ile karşılaşılan toprağını kazan aleyhine, *actio doli* de dâhil olmak üzere herhangi bir dava açılamayacağını yazar. Ancak, kişi kesinlikle kaynağa sahip olmamalı ve kendi toprağını iyileştirmek için komşusuna zarar verme amacı taşımamalıdır."

Yine, *Paulus*'a ait D. 39.3.2.9'a göre:

---

hukuku kapsamında benimsenmeye başlanmış ve özellikle köleye kötü muamele gibi davranışlar *exceptio doli* ile karşı karşıya kalmıştır. **Riccobono, S. (çev. Umur, Z.):***Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi*, İÜHFM, C. 22, S. 1-4, Yıl: 1957, s. 350-397, s. 351, s. 362.

[819]**Merz.** Art. 2, No: 14, **Riccobono.** Op. Cit. s. 351.

[820]Bkz. **Cicero**. *Tusculanae Disputationes.* 4.8.17, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s 48.

"Idem Labeo ait, si vicinusflumen, torrent averterit, ne aqua ad eum perveniat, et hoc modo si effectum, ut vicino noceatur, agi cum eo aquae pluviae arcendae non posse; aqua enim arcere hoc esse curare non influat; qua sententiaverior est, si modo non hoc animo facit, ut tibi noceat, sed ne sibi noceat."

"*Labeo* der ki, eğer komşulardan birisi suyun ona gelmemesi için bir akarsu ya da kaynağın yönünü değiştirirse ve bu komşuya zarar verecek bir biçimde yapılırsa; onun aleyhine *actio aquae pluviae arcendae* açılamaz. Çünkü yağmur suyunun akışının değiştirilmesi için onun yerleşkesinden akması önlenmelidir. Bu görüş ise, kişinin sana zarar vermek amaçlı hareket etmediği, sadce kendini zarardan koruma amacı taşıdığı ölçüde doğrudur."

Görüldüğü üzere, *ius civile*'de tanınan söz konusu dava haklarının kullanılması, esasında kişilerin haklarını kötüye kullanma niyetiyle hareket etmedikleri ölçüde mümkün kılınmıştır. Bu ilke, kişinin kendisine az fayda sağlayan ya da hiç fayda sağlamayan; buna karşılık, bir başkasına çok zarar veren fiillerin yasaklanmasını ifade etmektedir. Öte yandan, sözleşmeler hukuku çerçevesinde ise *exceptio doli* kavramı, çağdaş hukuklarda yer alan hakkın kötüye kullanılması yasağının temelini oluşturmuştur.[821]

Hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından yasaklanan davranış, kişinin çekirdek hakkını aşan kısmıdır. Burada aşma halinin ise, açıkça tespit edilebilir olması gereklidir. Bu hâlde çekirdek hak, yani kötüye kullanılmayan kısım kalacak ve

[821] **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 213.

korunmaya devam edecektir. Alman literatüründe bu durum, *scheinbares Recht* (görünüşteki hak) ile *wirkliches Recht* (gerçek hak) ayrımı ile ifade edilmektedir.[822] Gerçek hak, kişinin yasal sınırlar içinde kullandığı ve başkasını zarara sokmayan hak ya da hakkın özü olarak ifade edilebilir.[823] Hakkın kötüye kullanılması yasağının asıl amacı ise, hakkın özünün kötüye kullanılmasını önleyerek *dolus*'u ve hakkaniyete aykırı durumları engellemektir.[824]

Roma hukukunda benimsenen *"nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur"* ifadesi, haklarını kullanan kimsenin hukuka aykırı davranmış olmayacağına işaret etmektedir.[825] Bu noktada bahsedilen hakkın, gerçek anlamda hak olduğu ileri sürülebilir. Zira, *bona fides* düşüncesi esasında, görünüşteki haktan gerçek hakka ulaşılmasını sağlamaktadır.[826] Yine, bu ifadenin *Iustinianus* döneminde *interpolatio'*ya uğradığı da ileri sürülmektedir.[827] Bununla beraber, kanımızca ifade Roma hukukunun ruhu ile bağdaşmaktadır. Keza, söz konusu ifade çağdaş medeni hukukta da, aynı şekilde yer bulmaktadır.

Öte yandan, öğretide bazı yazarlar da, bu kurumun hakkaniyet icabı kabul edilidiğinin altını çizmektedirler.[828] Bir diğer ifade ile, görünüşteki haklar kötüye kullanılabilirken; gerçek haklar kötüye kullanılamamaktadır. Bu ise, hakkaniyet gereği söz konusu olmaktadır. Roma hukuku da, böylesi hâllerde salt karşı tarafa zarar verme amaçlı hak kullanımını kabul etmemektedir. Zira, kötüye kullanıldığı

[822]**Merz.** Art. 2, No: 21.
[823]**Larenz.** Schuldrechts. s. 131 vd., **Akyol.** Op. Cit. s. 21.
[824]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 231.
[825]D.50.17.55.
[826]**Akyol.** Op. Cit. s. 3.
[827]**Riccobono.** Op. Cit. s. 364. Keza, *aemulatio* fiilleri Scialoja, Bonfante ve Perozzi tarafından reddidilmektedir.
[828]**Ibid.,** s. 354.

anda söz konusu hak gerçek olma vasfını kaybedecektir.[829] Kişinin, kendisine fayda sağlamaksızın başkasına zarar vermek pahasına bir hakkı kullanmakta ısrarcı olması hâlinde, hukuk düzeninin bunu korumaması hakkaniyete olduğu kadar, *bona fides*'e de uygun düşecektir.[830]

Hakkın kötüye kullanılması yasağı, objektif *bona fides* kuralının bir yansıması olup ondan ayrı düşünülememekte; özünde ise *dolus*'un yasaklanmasını ifade etmektedir.[831] Özellikle İsviçre Kommentarları'nda, bu iki ilke arasındaki ilişki sıkça tartışılmış olup, ortada iki ayrı prensip mi yoksa aynı temel ilkenin yansıması olan iki farklı kural mı olduğu sorusuna yanıt aranmıştır.[832] Bu hususta, dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağının aynı temel ideye dayandığı ve içsel bir birlik içinde oldukları fikri isabetli bulunmaktadır. Öğretide bir görüşe göre, zaten dürüstlük kuralından çıkarılabilecek bu yasağın özel olarak düzenlenmesi gereksizdir.[833] Keza, bir hakkın dürüstlük kuralına aykırı kullanılması hâlinde çoğu kez hakkın kötüye de kullanılmış olacağı kabul edilmektedir.[834] Öte yandan, pek çok özel durumda karşılaşılan bu yasağın, müstakil olarak düzenlenmesi uygulama açısından faydalı bulunmuştur.[835]

Mehaz İsviçre Medeni Kanunu ZGB, hakkın kötüye kullanılması yasağını, Roma hukukuna paralel olarak ilk önce eşya hukuku bakımından düzenlemiştir. 1900 tarihli ZGB ön tasarısında, malikin mülkiyetindeki şeyi başkasına zarar vermek için

[829]**Cueto-Rua, J.:***Abuse of Rights,* Louisiana Law Review , C. 35, Yıl: 1975, s. 965-1013. s. 986.
[830]**Akyol.** Loc. Cit.
[831]**Egger.** Art. 2, No: 30.
[832]**Tercier.** Op. Cit. s. 168, No: 471**, Akyol.** Op. Cit.. s. 51.
[833]**Akyol**. Op. Cit.. s. 3.
[834]**Schwarz, A.B. (çev. Hıfzı Veldet):**Medeni Hukuka Giriş, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942, s. 192.
[835]**Chappuis.** Art. 2, No: 23.

kullanamayacağı, yani taciz yasağı düzenlenerek bu yolda ilk adım atılmıştır.[836] Türk-İsviçre medeni hukukunda, her ne kadar kökenleri aynı olsa da, dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı iki ayrı kloz olarak düzenlenmektedir. Önceleri, göreceli olarak daha bulanık olan aradaki çizginin belirginleşmesi ise, İsviçre Federal Mahkemesi (İFM)'nin özellikle 1995 yılı sonrası verdiği kararlarla sağlanmıştır.[837] Türk hukukunda da, TMK 2/II'de yer alan ve negatif bir düzenleme getirten "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz"[838] ifadesi ile, hakkın açıkça kötüye kullanılması yasaklanmaktadır.[839] Bu açıdan Türk-İsviçre hukukunun önemi, Alman ve Fransız hukukunda olmayan, hakkın "açıkça" kötüye kullanılması gerekliliği ile hakkın kötüye kullanılması yasağının genel hükümlerde düzenlenişidir.[840] Her ne kadar, kanun tasarısında hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece mülkiyet hakkı bakımından düzenlenmiş olsa da, yasak daha sonra tüm hakları kapsayacak şekilde genişletilerek *Eugen Huber*'in de çalışmalarıyla günümüzdeki halini almıştır.[841]

Bu noktada dikkat çeken bir husus da, ZGB'de yer alan bu hükmün 1901 tarihli Louisiana Medeni Kanunu'nda yer alan 2315 sayılı hükme olan benzerliğidir.[842] Hakkın kötüye kullanılması yasağı, günümüzde hem medeni hukuk, hem de uluslararası hukuk bakımından çok önemli bulunmakta ve yasağın farklı hukuk

[836]**Tercier.** Op. Cit. s. 168, No: 473**, Akyol.** Op. Cit. s. 3.
[837]**Chappuis.** Art. 2, No: 4.
[838]Art. 2 I ZGB, dürüstlük kuralını düzenlerken; Art. 2 II ZGB'de ise *"Der offenbare Missbrauch eines Rechtes findet keinen Rechtsschutz"/"L'abus manifeste d'un droit n'est pas protegé par la loi."* ifadesi yer almaktadır. İlgili fıkra negatif bir düzenleme getirdiğinden, kuralın somutlaştırılması için diğer hükümlere başvurulması gerekmekte olup, yanılanın yanıldığını dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri süremeyeceğini düzenleyen TBK 34'ü karşılayan OR 25(1) bunlardan birisidir. **Chappuis.** Art. 2, No: 29.
[839]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 24.
[840]**Egger.** Art. 2. No. 23, **Tercier.** Op. Cit. s. 176, No: 489.
[841]**Tercier.** Op. Cit. s. 174, No: 487.
[842]**Mayrand, A.:***Abuse of Rights in France and Quebec*, Louisiana Law Review, C. 34, Yıl: 1973-1974, s. 993-1016, s. 1010.

sistemlerini birbirine yaklaştırdığı savunulmaktadır.[843] Bu durum, esasında *bona fides* kavramının küreselliği ve Kıt'a Avrupası hukuk sistemi ile Anglo-Amerikan hukuk sistemini birbirine yaklaştıran özelliğinin bir göstergesidir. Bugün, özellikle Türk-İsviçre hukukunda ayrı kurumlar olarak kabul edilmiş olsa dahi; dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağının temelini oluşturmaktadır. Keza, hakkın kötüye kullanılması yasağı da, üstün; genel ve tüm sosyal temaslarda geçerli bir prensip olarak hukuk dünyasında yerini almıştır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı, tıpkı dar anlamda *bona fides* gibi evrensel adalet duygusuna dayanmaktadır.

Alman hukukunda *Rechtsmissbrauch* denilen hakkın kötüye kullanılması kavramı, bir *nomen collectivum* olarak *Unzulässige Rechtsausübung* yani hakkın kullanımının kabul edilebilir olmaması terimi ile de ifade edilmektedir.[844] Alman hukukunda derin yer tutan bu kavram, ifa aşamasında dürüstlük kuralına uyulması gerekliliğini getiren BGB § 242 hükmü dışında özel bir savunma teşkil etmeyip; bu kuralın uygulandığı özel bir kategori olarak görülmektedir.[845]

Her ne kadar, BGB kodifiye edildikten sonra Roma hukuku kurallarının önemini yitirdiği akla gelebilse de, Romanist *bona fides* kavramı yerini hep korumuştur. BGB § 242'nin düzenlenmesi karşısında, öğretide BGB sonrasında da *exceptio doli*'nin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmaları mevcut olmuştur.[846] Bu çerçevede yargı pratiği, *exceptio doli*'yi kodifikasyondan önceki gibi uygulamaya devam etmiştir.

---

[843]**Byers, M.:***Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age,* McGill Law Journal, C. 47, Yıl: 2002, s. 390-431, s. 392.
[844]**Roth.** § 242, No: 177, **Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 68 vd.
[845]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 52.
[846]*Exceptio doli*'nin bir diğer çekirdek uygulama alanı ise, Alman hukukunda *Verwirkung* adı verilen; zamanaşımı süresi henüz dolmadan hakkın kaybedilmesi sonucunu doğuran hâllerdir. Bu olgunun belirlenmesinde de, dikkate alınan husus *bona fides*'tir. BGB § 354 uyarınca düzenlenen *Verwirkung*, hak düşürücü yönüyle Anglo-Amerikan hukukunda mevcut olan *estoppel* kurumuna benzemektedir. Bu da esasında, *bona fides*'in farklı hukuk sistemlerini birbirine bağlayıcı yönünü gözler önüne sermektedir. **Roth.** § 242, No: 211.

Öğretide, *exceptio doli*'nin *Treu und Glauben*'in en önemli kısmı olduğu kabul edilmektedir.[847] Keza, konuyla ilgili ilk kararını 1901'de vermiş olan Alman İmparatorluk Mahkemesi *Reichsgericht,* hakkın kötüye kullanılması hâlinde mağdur olan tarafa koruma tanımakta tereddüt etmemiştir.[848] Bu durumda ölçüt alınacak husus ise, davacının, hakkını hakkaniyete aykırı olarak ve karşı tarafı zarara uğratmak yegâne amacı ile kullanıp kullanmadığı olmuştur. Öte yandan, Avusturya hukuku bu noktada Alman hukukundan ayrılmaktadır. Her ne kadar BGB § 242'den etkilense dahi, ABGB § 914 uyarınca Avusturya Mahkemeleri, *exceptio doli generalis*'i uygulamayı reddetmiştir.[849] Bununla beraber BGB, Roma hukukundaki genel kabule paralel olarak, eşya hukukundaki *Schikaneverbot* (taciz yasağı)'u 226. paragrafta düzenlemektedir.[850] Bu kural ile, bir hakkın sadece başkasına zarar vermek amacıyla kullanılması yasaklanmış olup, kuralın, sözleşmesel *bona fides*'i düzenleyen BGB § 157 ve 242 hükümlerine nazaran *lex specialis* konumunda olduğu belirtilmektedir.[851]

Alman hukuku incelendiğinde, hakkın kötüye kullanılması bakımından dışsal ve içsel olmak üzere iki farklı teorinin mevcut olduğu görülmektedir.[852] Dışsal teori *(Aussentheorie)* uyarınca, hak kavramının doğası gereği bir hakkın kötüye kullanılması söz konusu olmayıp; sadece bir hakkın kullanımının kötüye kullanılması mümkün olabilmektedir. İçsel teori *(Innentheorie)* uyarınca ise, bir hakkın kötüye

[847]**Egger.** Art. 2, No: 24, **Luig, K.:***Il Ruolo della Buona Fede Nella Giurusprudenzia della Carte dell'Impero Prima e Dopo L'Entrate in Vigore del BGB dell'Anno 1900*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 417-424, s. 418.
[848]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 19, **Luig**. Op. Cit. s. 421.
[849]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 51.
[850]**BGB § 226:***"Die Ausübung eines Rechts ist unzulässig, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem anderen Schaden zuzufügen."*
[851]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 4.
[852]**Roth**. § 242, No: 134**, Honsell.** Art. 2, No: 25.

kullanılıp kullanılmadığını belirlemede esas alınan faktör, hakkın bizatihi kendisidir. Bu teori, Alman öğretisi tarafından hâkim olarak kabul edilmiştir.[853] Buna göre, her hakkın kullanımı, hakkın içeriğinin sağladığı yetkiler ile sınırlı olmalıdır.[854]

19. yüzyılın sonları ile 20. yüzyılın başlarında, Alman ve İsviçre hukukundaki hükümler doğrultusunda, Fransız hukuku da hakkın kötüye kullanılması kuramını son haliyle kabul etmiştir.[855] Bununla beraber, Fransız öğretisi ve yargı pratiği hakkın kötüye kullanılması bahsinde oldukça ön plandadır. *Code Napoléon*'un tarihine bakıldığında, hakkın kötüye kullanılması yasağının ilk olarak mülkiyet hakkı ile başkayıp; daha sonra, ortaklık ve iş sözleşmeleri bakımından kabul edildiği, en sonunda ise bugünkü şeklini aldığı görülür. Fransız hukukundaki *abus de droit* yani hakkın kötüye kullanılması yasağı, oldukça bireysel olan Roma hukukundaki *bona fides* anlayışına dayanmaktadır.[856] Fransız hukukuna göre, hakkın doğası gereği hakkın kötüye kullanılması, ancak hakkın kullanımı sonucu bir zarar meydana gelmiş ise önem taşımaktadır.[857] Bu açıdan Fransız hukukundaki anlayış, Alman hukukundaki dışsal teoriye benzemektedir.

Fransız mahkemelerinin, kararlarını Alman ve İtalyan mahkemeleri kadar sıklıkla *bona fides* olgusuna dayandırmadığı bilinmekte ise de; Fransız hukukunda hakkın kötüye kullanılması yasağı esas itibariyle mahkeme kararları ile şekillenmiştir.[858] Fransız mahkemeleri, çoğunlukla *abus de droit* kuramını uygularken, hakkın kötüye

[853]**Enneccerus, L, Kipp, T ve Wolff, M (ed. Ludwig Raiser):**Lehrbuch des Bürgerlichenrechts, Sachenrecht, Tübingen: Mohr, 1957, s. 175 vd.
[854]**von Gierke, O.:**Deutsches Privatrecht, Leipzig: 1895, s. 319.
[855]**Terré, F., Simler, P. ve Lequette, Y.:** Droit Civil, Les Obligations, Paris: Dalloz, 2013, s. 30.
[856]**Bolgar, V.:***Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine,* Louisiana Law Review, C. 35, Yıl: 1975, s. 1015-1057, s. 1017.
[857]**Ibid.**
[858]**Ibid.,** s. 1019.

kullanılması yasağının *bona fides*'in bir ifadesi olduğunun altını çizmektedirler.[859] Benimsendiği dönemde evrensel bir ilke hâline gelmeyen hakkın kötüye kullanılması yasağının, bir tarafın karşı tarafa zarar verme niyeti ile hareket etmesi ile hakkın sosyo-ekonomik amacına aykırı kullanılması hâlinde söz konusu olması gerektiği, Fransız öğretisinde kabul edilerek; yasak zamanla günümüzdeki halini almıştır.[860]

Bu hususta özellikle, hakkın ekonomik ve sosyal amacına aykırılığın, hakkın kötüye kullanılmasının bir kanıtı olarak görülmesinin üzerinde durmak önemlidir. Bu durum ilk bakışta, Fransız hukukunda çok önem taşıyan sübjektif haklar/liberal bireysel haklar anlayışı ile oldukça çelişkili görülmüştür. Bu nedenle, hukuki belirsizliğe ve çok geniş takdir yetkisine vücut verdiği söylenmiştir. Mahkemeler ise, bu çekinceyi gidermek için hakkın kötüye kullanılması hakkında belli bir kuram benimsemeye yanaşmamış; isabetli olarak farklı kontekstlerde farklı kararlar vermişlerdir.[861]

Fransız hukukunda, sözleşmesel hakkın kötüye kullanılması fikri de bu şekilde tanınmıştır. Buna ek olarak, bir sözleşmeden doğmayan ve fakat sözleşmelerle bağdaştırılabilen diğer hakların da kötüye kullanılabileceği kabul edilmiş olup, örneğin, önemli ölçüde uzun süren bir müzakere aşaması sonrasında sözleşmeyi tamamlamayı reddetmek, hakkın kötüye kullanılması olarak görülmektedir.[862] Bu hâlde, hakkın kötüye kullanılması yasağının, sözleşme öncesi aşamada *bona fides*'e uyulması yükümlülüğü ile kesiştiği farkedilebilmektedir.[863] Hakkın kötüye kullanılması yasağı da, *bona fides*'e uyma gereksinimi gibi, sözleşmenin her

[859]**Ikonomi veZyberaj.** Op. Cit. s. 484.
[860]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 34.
[861]**Mingam, C. ve Duval, A.:***L'abus de Droit: État du Droit Positif*, Revue Juridique de l'Ouest, S. 4, Yıl: 1998, s. 543-570, s. 544.
[862]**Whittaker ve Zimmerman.** Op Cit. s. 35.
[863]Bkz. IV. Bölüm-IV-B-1.

aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Fransız ve Alman hukukları etkisindeki Belçika hukukunda da, hakkın kötüye kullanılması yasağı, *bona fides* yükümlülüğünden bağımsız değildir. Buna göre, söz konusu yasak yalnızca *bona fides*'in sınırlayıcı fonksiyonunun dışa yansıması olarak değerlendirilmektedir.[864] Hukuk literatüründe *abus de droit* terimini ilk defa kullanan da Belçikalı hukukçu *Laurent* olmuştur.[865]

Hakkın kötüye kullanılması kurumu, *bona fides*'in objektif yansımasının bir türü olarak görülse de; sübjektif açıdan da karakteristik özellikler taşımaktadır. Zira, hakkın kötüye kullanılması durumunun söz konusu olabilmesi için aranan bir unsur da niyettir. Fransız pratiği esas alınarak düzenlenen İtalyan Medeni Kanunu *Codice Civile* (C.C.) 833. maddesi,[866] bu durumu açıkça belirtmektedir.[867] Öte yandan ilgili madde, mülkiyet hakkının kötüye kullanılmasını ifade etmekte olup sözleşmeler bakımından bir düzenleme getirmemektedir.[868] Bununla beraber, İtalyan Yüksek Mahkemesi *Corte di Cassazione*, son dönemlerde sözleşmeler açısından da hakkın kötüye kullanılması yasağını uygulamaktadır.[869] İtalyan öğretisine göre, hakkın kötüye kullanılmasının söz konusu olabilmesi için, hakkın kullanımının bir işlevinin olmaması objektif unsuru ifade ederken; sübjektif unsur ise, *animus nocendi* yani zarar verme iradesidir.[870] Bu nedenle, hakkın kötüye kullanılması yasağının tam anlamı ile Romanist *bona fides* kurumu ile ilişkilendirilebilmesi mümkündür. Öte yandan, *bona fides*'e aykırılık ile ahlaka aykırılık her zaman örtüşmediği gibi; hakkın

[864]**Whittaker ve Zimmerman.** Op Cit. s. 52.
[865]**Laurent, F:** Principes de Droit Civil, Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cie, 1883, s. 483.
[866]**C.c. 833:** *"Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri."* Buna göre, malikin, salt karşı tarafa zarar verme amaçlı faaliyetlerde bulunması yasaklanmaktadır.
[867]**Byers**. Op. Cit. s. 393.
[868]**Merz.** Art. 2, No: 115.
[869]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1190, No:20106, 18.09.2009.
[870]**Gallo.** Contratto. s. 643.

kötüye kullanılmasının söz konusu olması için de mutlaka ahlaka aykırılığın söz konusu olması gerekmemektedir.[871]

Alman BGB kökenli Yunan Medeni Kanunu da, 281. maddesinde hakkın kötüye kullanılması yasağını açıkça düzenlemiştir. Ne var ki, bu maddenin Yunan karşılığının BGB hükmüne nazaran daha geniş olduğu söylenmektedir. Bu hâlde, Yunan hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece hakkın kullanım amacının karşı tarafı zarara uğratma amacını taşıdığı hâllerle sınırlı olmayıp; kullanımın *boni mores*'e aykırı olması, yani *bona fides* sınırını aşması yeterli görülmektedir. Yunan Medeni Kanunu'nun ilgili hükmünün, Fransız hukukundaki gelişmelerden etkilendiği de savunulmaktadır.[872] Öte yandan, genel anlamda Alman hukuk ailesi etkisindeki Yunan Medeni Kanunu'nun hakkın kötüye kullanılması yasağını özel olarak daha geniş ele alması, Yunan felsefesi geleneğinin *bona fides* kavramı ile olan ilişkisine de dayandırılabilmektedir.

Bununla beraber, Kıt'a Avrupası'nda kabul edilen hakkın kötüye kullanılması kuramının, İngiliz hukukunda, özellikle ifa aşamasında bu katılıkla kabul edilmediği görülmektedir. İngiliz yargı içtihatları uyarınca, bir sözleşme ile bir hak elde eden kişi, bu hakkını kullanmaya da yetkili olup, hakkını iyi bir amaçla, kötü bir amaçla ya da amaçsızca kullanabilecektir.[873] Bu aşamada, geleneksel hak kavramına da daha liberal yaklaşan Anglo-Amerikan hukukunda, bu nedenle genel bir *bona fides* yükümlülüğünün inkâr edildiği; yine, hakkın kötüye kullanılması yasağının da benimsenmediği belirtilebilmektedir. [874] Buna karşılık, Anglo-Amerikan hukukunda

[871]**Gürzumar.** Zorunlu Unsur. s. 59.
[872]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 49.
[873]Bkz.White and Carter Ltd. v. McGregor. [1962] AC 413.
[874]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 41.

da farklı isimlerle benimsenmiş olan pek çok yavru kuram, hakkın kötüye kullanılmasını engellemekte ve *bona fides*'i gözetmektedir.

Bu sebeple, özellikle ticaret hukukunun küreselleşmesini amaçlayan uluslararası *lex mercatoria* metinlerinde de, hakkın kötüye kullanılması yasağı düzenlenmiş olup, *bona fides*'e dayanan bu yasak, aslında pek çok farklı hukuk sisteminin ortak paydada buluşmasını sağlamaktadır. UNIDROIT ilkeleri arasında yer alan 1.7 numaralı madde, bunlardan bir tanesidir.[875] Hakkın kötüye kullanılması, bu maddede yer alan *bona fides* ve "dürüst iş yapma" ilkelerine klasik bir aykırılık örneği olarak kabul edilmektedir. Her ne kadar, maddenin lafzında adı geçmese de; hakkın kötüye kullanılması hâllerinin bu ilke ile yasaklandığı konusunda tereddüt yoktur.[876] Zira, hakkın kötüye kullanılması yasağı, *bona fides* ilkesinin tipik bir uygulamasıdır.[877] Özellikle bir tarafın, hakkını hakkın tanınma amacına aykırı olarak; neredeyse tamamen karşı tarafa zarar vermek amacıyla kullanması hâlinde, UNIDROIT ilkeleri uyarınca hakkını kötüye kullandığı ve *bona fides*'e aykırı davrandığı kabul edilecektir.[878] UNIDROIT ilkeleri bakımından, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin ayrı bir hükmün kabul edilmesine gerek duyulmamış; bu husus, *bona fides*'in içeriğine dâhil olarak görülmüştür.[879]

Hakkın kötüye kullanılması hâlinde, uygulanacak *ipso iure* yaptırımlardan bir tanesi, *pacta sunt servanda* ilkesine getirilebilecek bir istisna olarak; hâkimin sözleşmeye müdahalesi olacaktır. Bu müdahalenin ölçüsü ise, hukuki ilişkinin niteliğine göre

[875]**UNIDROIT 1.7.:***"(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty."*
[876]**Bonell.** Commentary. Loc. Cit.
[877]**Vogenauer.** Unidroit. s. 181.
[878]**Bonell.** Commentary. Loc. Cit.
[879]**Vogenauer.** Unidroit. s. 182.

belirlenecektir. Bu noktada, hâkimin sözleşmeye müdahale ederken ilgili tarafın *bona fides*'e aykırılıktan önceki sözleşme menfaatlerini mümkün olduğunca koruması gerektiğinin altı çizilmektedir.[880] *Bona fides*, hakkaniyete uygun bir çözüm üretebilmek adına, genellemelerden kaçınılması gerektiğini de simgelemektedir. Hâkim, bu aşamada hakkını kullanırken ya da borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralına uymayan tarafa karşı, muhatap lehine bir talep hakkı tanımakta olup, bu talep hakkının hukuki dayanağı ise, Türk hukukunda TMK 2'de yer alan dürüstlük kuralıdır.[881] İki norm arasındaki fark ise, TMK 2/I hükmünün doğrudan kişilere yönelik olması iken; 2/II hükmünün, yargıca yönelik *(Beuerteilungsnorm)* oluşudur.[882]

Bir kimseye ait olan bir hakkın kullanımı, çoğunlukla karşı taraftaki kişinin dezavantajına olmaktadır.[883] Çağdaş hukukta bir hakkın kullanımın kötüye kullanma mertebesinde değerlendirilebilmesi için, elbette bazı koşullar gerekmektedir. Bunlar, temel olarak, hakkın amacına aykırı kullanım ile hakkın kullanılmasında menfaat olmayışı olarak sayılabilir.[884] Esasında, hakkın kötüye kullanılması durumunda, dürüstlük kuralının alt ölçütlerinden olan amaca aykırılık unsuru, katlanılmamaz bir hâl almıştır. Bir diğer deyişle, TMK 2/I ve II. fıkralar arasında yoğunluk farkı mevcuttur. Öte yandan, menfaatler arasında aşırı bir oransızlık olması hâlinde ise, irade özgürlüğü ilkesi gereğince yorum yapılmalıdır. Bununla beraber, özel bazı durumlar için aşırı yararlanma gibi kurumlar benimsenerek, menfaatler dengesinin dezavantajlı taraf lehine sağlanması kanuni olarak düzenlenmekte olup, bu da aslında, *bona fides*'den türeyen hakkın kötüye kullanılması yasağının düzeltici bir

[880]**Akyol**. Op. Cit. s. 110.
[881]**Ibid.,** s. 114.
[882]**Tercier.** Op. Cit. s. 170, No: 478.
[883]**Ibid.,** s. 169, No: 474.
[884]**Tercier.** Op. Cit. No: 476-477, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 79.

işlevi olduğuna işaret eder.[885] Hakkın kötüye kullanılması davranışının sübjektif boyutunu ifade eden amaca aykırı kullanım biçimlerinin içerisine, hakkın atipik bir sebeple; çelişkili ya da özensiz biçimde kullanılması da sokulabilmektedir.[886] Eğer, kişiyi aynı sonuca ulaştırabilecek birden fazla hak mevcut ise ve kişi bu haklar arasında karşı tarafı zorda bırakacak olanı seçiyorsa, bu durumda da kural olarak hakkın kötüye kullanıldığı söylenmektedir.[887] Hak sahibinin, hakkı kullandıktan sonra elde etmeyi umduğu menfaat ile karşı tarafın uğrayacağı zarar arasında çok büyük bir uçurum olması hâli de, hakkın kötüye kullanılması hâlleri arasında gösterilmektedir.[888]

Öte yandan, hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanması için zarar koşulunun gerekip gerekmediği ise tartışmalıdır.[889] Esasında, hakkın kötüye kullanılması yasağının mevcudiyeti tespit edilirken ahlaki bir değerlendirme yapılmamakta; sadece somut bir davranışın, hukuk düzeninin hakka bahşettiği ve diğer kişilerce riayet edilmesi gereken hâkimiyet alanının dışına çıkıp çıkmadığı belirlenmektedir.[890] Zira, hakkın normatif etkisi irade özgürlüğünden kaynaklanmakta ve bu yetki aşılırsa o hak artık kullanılamamaktadır.[891] Buna karşın, hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından hâkimin ahlaki bir değerlendirme yapmayacak oluşu, kavramın özünün ahlaki ve etik bir yapısı olduğu gerçeğini değiştirmemektedir. Roma hukukuna dayanan hakkın kötüye kullanılmasının yasaklanması, *bona fides*'in gereklerindendir.

---

[885]**Egger.** Art. 2, No: 28, **Tercier.** Op. Cit. s. 216, No: 578, **Chappuis.** Art. 2, No: 35, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 72.
[886]**Roth.** § 242, No: 186,**Akyol.** Op. Cit. s. 25.
[887]**Akyol.** Op. Cit**.** s. 102.
[888]**Ibid.,** s. 105.
[889]Oğuzman ve Barlas'a göre zarar koşulu gerekmezken; Akipek ve Akıntürk, bu koşulun gerektiğini savunmaktadır. **Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 178, **Akipek ve Akıntürk.** Op. Cit. s. 199.
[890]**Gürzumar.** Zorunlu Unsur. s. 59.
[891]**Ibid.**

1. Şekle Aykırılığın İleri Sürülmesinin Hakkın Kötüye Kullanılması Sayılması

Romanist *bona fides* ilkesinin ihlali kapsamında hakkın kötüye kullanılması, çağdaş hukuklarda uygulamada pek çok yerde karşımıza çıkmaktadır. Bu durumlar arasında önem taşıyan bir tanesi de şekle aykırılığın ileri sürülmesinin, hakkın kötüye kullanılması teşkil ettiği durumlardır.[892] Şekle bağlı bir sözleşmenin şekil şartlarına uyulmaksızın yapılması hâlinde, taraflardan birisinin edimini yerine getirmesine karşılık; diğer tarafın butlanı ileri sürmesi belli koşullarda hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir.[893] Öğretide, şekle aykırılığı bizzat meydana getiren veya meydana gelmesine neden olan kişinin, sonradan şekle aykırılığı ileri sürmesinin, açıkça hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağı kabul edilmektedir.[894]

Bu duruma örnek olarak, topraktan taşınmaz satışı verilebilmektedir.[895] Yeterli bilgi ve tecrübeye sahip olmayan alıcıların yalnızca adi yazılı belge karşılığında, satım bedelini yükleniciye ödemeleri hâlinde, satım sözleşmesi şekle aykırılıktan dolayı batıl olacaktır. Öte yandan Yargıtay, ülkemizde sıkça görülen bu durumlar karşısında batıl sözleşmeye geçerlilik tanıyarak, TMK'nın 2. maddesi uyarınca tescil davasının kabul edilebilir olduğu fikrini benimsemiştir.[896] Bu hâlde, sözleşmenin geçerliliği *ex tunc* yani geriye etkili olacak ve sözleşme baştan itibaren geçerli olan bir sözleşmenin tüm sonuçlarını doğuracaktır.[897]

---

[892]**Honsell.** Art. 2, No: 45.
[893]**Tercier.** Op. Cit. s. 224, No: 592.
[894]**Oğuzman, M.K.:***Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyan Hakkının Suistimali.* İstanbul Barosu Dergisi, C. 29, S. 6, Yıl: 1955, s. 249-258, s. 249 vd.
[895]**Akyol.** Op. Cit. s. 68.
[896]Bkz.Yrg İBBGK, 30.09.1986, E. 87/2, K. 88/2.
[897]**Akyol.** Op. Cit. s. 82.

Burada önemli olan, ifanın iki tarafça da yapılmış olmasıdır.[898] Nitekim, aksi hâlde iadeye[899] yönelik hükümler daha rahat uygulanabilecektir.[900] Özellikle, bir tarafın şeklin gerçekleşmesine kasten engel olması hâlinde, butlanı kendisinin ileri sürmesi ile edimlerin karşılıklı olarak ifa edilmiş olması hâlinde, butlanın ileri sürülmüş olmasının hakkın kötüye kullanılması teşkil edeceği belirtilmelidir.[901] İsviçre öğretisinde bir görüş, sözleşmenin kısmen ifa edilmiş olması hâlinde tıpkı tamamen ifa edilmiş gibi hakkın kötüye kullanılması yasağının ileri sürülemeyeceğini savunmakta ise de; karşı görüş, bu hâlde de yasağın iler sürülebileceği yönündedir.[902] Esasında bu düşünce, kökenini çelişkili davranış yasağında bulmaktadır. Alman Federal Mahkemesi *Bundesgerichtshof* (BGH), bu çerçevede butlanın uygulanmasının sert ve dayanılmaz olması gerektiğini aramaktadır. Buna karşılık genel görüşe göre, butlanın uygulanmasının sert ve dayanılmaz olması gerekmemekte; elverişsiz bir durum yaratması yeterli görülmektedir.[903]

Şekle bağlılığın, koruma; aleniyeti sağlama; işlem güvenliğini yerine getirme; ispatı kolaylaştırma gibi pek çok işlevi mevcuttur.[904] Şekil, düşüncesizce yapılan işlemleri önlemekte ve güvenlik sağlamaktadır.[905] Şekle aykırılığın müeyyidesi ise butlandır. Öte yandan, ortada sosyal ve hukuki bir temas mevcut ve bu doğrultuda güven ilişkisi de kurulmuş ise, dürüstlük kuralından doğan koruma yükümlülükleri doğmuş ve fiili sözleşme ilişkisi kurulmuş demektir.[906] Alman hukukunda *die Faktische*

[898]**Honsell.** Art. 2, No: 46, **Tercier.** Op. Cit. s. 225, No: 596 vd.
[899]Belirtilmelidir ki, sebepsiz zenginleşmeye dayanılarak iade talep edildiğinde, taşınmazda meydana gelebilecek değer artışı yükleniciye kalacağından, bu durum hakkaniyete aykırı olacaktır. **Schäfer ve Aksoy.** Op. Cit. s. 100
[900]**Postacıoğlu.** Op. Cit.s.228.
[901]**Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 158.
[902]**Ibid.**
[903]**Akyol.** Op. Cit**.** s. 81.
[904]**von Tuhr.** Op. Cit. s. 228, **Eren.** Op. Cit. s. 279 vd.
[905]**Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 271.
[906]**Akyol.** Op. Cit. s. 75.

Vertragsverhältnisse olarak anılan fiili sözleşme ilişkileri kuramı uyarınca, sözleşme ilişkilerinin kurulması için her zaman irade beyanı gerekmemektedir. Bazı durumlarda, sadece fiili olgular, sözleşme hükümlerinin uygulanması gereken ilişkilerin kurulabilmesini mümkün kılmaktadır.[907] Bir diğer deyişle, bir takım maddi olgular sözleşmelerin kurulabilmesi için gerekli olan irade açıklamalarının yerini almaktadır.[908] Yine, fiili sözleşme ilişkileri kuramı çerçevesinde, şekil eksikliğinden ötürü geçerli olmayan sözleşmelere belli durumlarda geçerli sözleşme hükümleri de uygulanabilmektedir.[909]

İFM, bu konuyla ilgili olarak, hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen ZGB 2 II hükmünün sadece olumsuz etki yapacağını belirtmiştir. Ancak, ifa gerçekleştikten sonra butlanı ileri süren tarafın bu butlandan sonuçlar çıkarması önlenmelidir.[910] Öte yandan, öğretide *ultima ratio* olarak TMK 2 ve buna denk hükümlerin olumlu etki yapması gerektiği de savunulmaktadır.[911] Bu noktada, *bona fides* kuralının geniş ve kapsayıcı olarak kullanılmasının isabetli olacağı savunulabilir. Zira, kanunlarda böyle bir hüküm bulunmasının yegâne nedeni hakkaniyetin sağlanması olup, hakkaniyet, bir kuralın daha geniş olarak uygulanmasını gerektiriyorsa böylesi bir uygulamadan kaçınılmaması adaletin sağlanması adına faydalı olacaktır.

Şekle aykırılığın ileri sürülmesi hâlinde, hakkın kötüye kullanıldığı sonucuna varılıyorsa, hakkaniyete aykırı olan bu durumun giderilmesi için pek çok yola

[907]**Tunçomağ, K.:**Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976, s. 208.
[908]**Kılıçoğlu, A.:***Fiili Sözleşme İlişkileri,* Ankara Barosu Dergisi, C. 5, S.6, Yıl: 1985, s. 738-752, s. 739.
[909]**Lambrecht, P.:** Die Lehre vom Faktische Vertragverhältnis, Tübingen: Mohr, 1994, s. 5.
[910]**Akyol.** Op. Cit. s. 70.
[911]**Ibid.,** s. 77.

başvurulabilir. Bunlardan ilki, geçersiz bir hukuki işlemi, geçerlilik koşullarını taşıyan başka bir işlem olarak ayakta tutma faaliyeti olan tahvil/konversiyondur.[912] Örneğin Türk hukukunda, TMK 706 uyarınca taşınmaz satım sözleşmelerinin Tapu Sicil Müdürlükleri'nde resmi şekil şartı gözetilerek yapılması zorunludur. Bu hâlde, noterde yapılan bir taşınmaz satışı, taşınmaz satış vaadi olarak ayakta tutulabilecektir.[913] Bu çerçevede akla gelen bir başka metot ise, hukuki ilişkilerin taraflarının müdahalesi ile ilk yapılan işleme sağlık kazandırılması anlamına gelen iyileşme/konvalszensdir. Buna örnek olarak, yazılı şekle tabi olan bağışlama vaadinin sözlü olarak yapılması verilebilir. Bu hâlde, ifa ile, yani elden bağışlamanın gerçekleştirilmesi ile hukuki işlem sağlık kazanmaktadır.[914]

Şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması sonucunu doğurduğu hâller, Anglo-Amerikan hukuku bakımından da önemsiz görülmemektedir. Örneğin, İngiltere'de doğup gelişen ve Amerika, Avusturalya ve Canada gibi pek çok *common law* ülkesinde önemle uygulanan *estoppel* kuramının, Kıt'a Avrupası'nda şekle aykırılık nedeniyle hakkın kötüye kullanılması bahsi ile olan paralelliği bilinmektedir. *Common law*'a özgü kavramlardan bir tanesi olan *equitable estoppel* kurumu, Kıt'a Avrupası'nda mevcut olmasa dahi; bu kurumun kökeni de Romanist *bona fides*'dir. Etimolojik olarak *estoppel* kelimesi Fransızca *"estoupail"* sözcüğünden türemiş olup, bir hareketi durdurmaya yarayan mekanizma anlamına gelmektedir. Hukuki olarak ise, sözleşme taraflarından birinin kullanmayacağına dair karşı tarafta haklı güven uyandırdığı ve karşı tarafın zararına sonuç verebilecek hukuki yetkilerini

[912]Bkz. **Serozan, R.:**Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels in Rechtsgeschaft nach Deutschen, Schweizerischen und Türkischen Recht. (Juristiche Studien).Tübingen: 1968, (Formmangels).
[913]Bkz.Yrg. HGK, 26.06.1957, E.1/70, K.64.
[914]**Akyol.** Op. Cit. s. 79.

kullanmasının dürüstlük kuralı uyarınca yasaklanması anlamına gelmektedir.[915] *Estoppel'*in *promissory estoppel*[916] ya da *estoppel by deed* gibi pek çok türü mevcut olup, *bona fides* ile en yakın ilişkide olanı ise *equitable estoppel'*dir.[917] Zira, İngiliz hukukunda *estoppel*'in kökeni olan *allegans contraria non est audiendus* prensibi yani çelişkili iddiaların dinlenmeyeceği kuralı, *bona fides*'e dayanmaktadır. Öğretide de, bu ilkenin temel dayanağının ahlaki düşünceler ve dürüstlük kuralı olduğunun altı çizilmektedir.[918]

2. *Venire Contra Factum Proprium* (Çelişkili Davranış Yasağı)

Esasında şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması sayıldığı hâller, gerek Kıt'a Avrupası, gerekse Anglo-Amerikan hukukunda benimsenen ve hakkın kötüye kullanılması yasağının bir uygulamasını teşkil eden çelişkili davranış yasağı ile ilgildir.[919] Kişinin fikirlerini ve bu doğrultuda davranışlarını değiştirebilme hakkı, kişilik hakkının bir parçası olup, buna *ius variandi* adı verilmektedir.[920] Öte yandan, karşı tarafta mevcut bir güven uyandırdıktan sonra tamamen farklı bir davranışta bulunarak onu hukuken elverişsiz bir duruma sokmak ise, *bona fides* ilkesi ile bağdaşmayacağından hukuken de kabul edilmeyecektir.[921]

---

[915] **Uoqing.** Op. Cit. s. 1.
[916] Amerikan hukukunda, *"promissory estoppel"* ifadesi *"equitable estoppel"* yerine de kullanılmaktadır.
[917] *Equiatble estoppel* için gerekli olan unsurlardan bir tanesi de niyet olup, ilgili tarafın, karşı tarafı çelişkili davranışlarıyla bilerek ve isteyerek ya da bilebilecek durumda olarak zarara uğratması gerekmektedir. Görüldüğü üzere, bu çerçevede aranan, objektif iyiniyetin varlığına ek olarak sübjektif iyiniyetin de yokluğudur. **Anenson, T, L.:***The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation*, The Review of Litigation, C. 27, S. 3, Yıl: 2008, s. 377-440, s. 399.
[918] **Ibid.,** s. 388.
[919] **Chappuis.** Art. 2, No: 33.
[920] **Akyol.** Op. Cit. s. 57.
[921] **Honsell.** Art. 2, No: 43, **Merz.** Art. 2, No: 401, **Mattar, M. Y.:***Promissory Estoppel: Common Law Wine in Civil Law Bottles*, Tulane Civil Law Forum, C. 4, Yıl: 2003, s. 71-150, s. 74.

Çelişkili davranış yasağı, Roma hukukundan gelen *"non concedit venire contra factumnon valet"* ya da *"venire contra factum proprium"* ilkeleri ile ifade edilmektedir. Çelişkili davranış yasağının kökeni de *bona fides* olup, dürüstlük kuralına göre, hukuk etiği çelişkiyi kabul etmeyecektir.[922] Bununla beraber, *Digesta* metinleri incelendiğinde çelişkili davranış yasağının *aequitas naturalis* kavramına da dayandırıldığı görülmektedir.[923] Doğal hakkaniyet esasında, çelişkili davranış biçiminde ortaya çıkan, sözün ihlalini müeyyidelendirmekte; sözle veya davranışla uyandırılan haklı güvenin ihlali de yine bu kapsamda değerlendirilmektedir.[924]

Bu açıdan, özellikle *Ulpianus*'a ait *"huius edicti aequitas naturalis est. quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare."*, "Bu *edictum*, insanoğlunun taraflarca üzerinde anlaşılmış hükümlere uymasını gerektiren *bona fides'*e uygunluğunu ifade eden, doğal hakkaniyete ilişkindir." metni önem taşımaktadır.[925] *Praetor*'un bahis konusu *edictum*'u, doğal hakkaniyete dayalı pek çok sözleşmeyi kabul etmiştir. Nitekim, söz konusu sözleşme rızai olsun ya da olmasın; rıza unsuru her sözleşme için söz konusudur.[926] Bu anlamda, tarafların anlaştığı noktalar açık olabileceği gibi; zımni de olabilmiştir. Bu hükümlere uymayan taraflar ise, çelişkili davranmış sayılmışlardır. Söz konusu *Digesta* metni, sadece *venire contra factum proprium* değil; özellikle *ius commune* dönemi sonrasında, *exceptio doli generalis* kurumunun da temeli olarak ele alınmaktadır.[927] Öğretide, 20. yüzyılın sonundan itibaren *exceptio doli generalis*'in uyanışının, bu kurum sayesinde gerçekleştiği savunulmaktadır.[928]

[922]**Honsell.** Op. Cit. s. 174.
[923]D.13.5.1.pr.
[924]**Merz.** Art. 2, No: 431.
[925]D.2.14.1.pr.
[926]**Gordley.** Medieval Law. s. 95.
[927]**Schermaier.** Römischen Vertragsrecht. s. 411, **Schermaier.** Contract Law. s. 88.
[928]**Egger.** Art. 2. No: 36, **Gallo.** Contratto. s. 644.

Venire contra factum prorpium kuramının uygulanabilmesi için, hukuki ilişkinin bir tarafının görünürdeki davranışı, iyiniyetle hareket eden karşı tarafın ona güvenmesi için bir temel oluşturmalı; bu nedenle davranıştaki çelişki ve değişiklikler, güvenen tarafın zararına olmalıdır.[929] *Venire contra factum proprium* yasağı, zararı ekonomik olarak hukuki ilişkinin iyiniyetli tarafının üzerinden alarak, çelişkili davranan tarafa kaydırmakta ve bu açıdan hukuk ve ekonomi kuramına göre de verimli bir sonuç ortaya çıkarmakta; yine, buna paralel olarak hakkaniyetin sağlanmasına hizmet etmektedir.[930]

Alman hukukunda, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde belirlenen *Fallgruppen* arasında sayılan çelişkili davranış yasağının unsurları arasında, ilk olarak çelişkili bir davranışın varlığı aranır.[931] Örneğin, sözleşmenin bir tarafı, takas def'ini kullanmayacağı izlenimini uyandırmış ve *protestatio facto contraria* yani aksine davranış uyarısı yapmaksızın, sonradan bu hakkını kullanmışsa ortada çelişkili bir davranış mevcuttur denilebilir.[932] Elbette, bu noktada salt çelişkili bir davranışın varlığı yeterli görülmeyecek ve yasağın ikinci unsuru olarak çelişkili davrananın kusurlu olması da aranacaktır. Buna ek olarak, bu yasağın uygulanabilmesi için, karşı tarafın da korumaya değer olması gereklidir.[933] Hukuki ilişkinin karşı tarafı, önceki davranışa güvenmiş ve buna göre hareket etmiş olmalıdır. Karşı tarafın, diğerinin sonraki davranışının çelişkili ya da farklı olabileceğini bilmesi ya da bilebilecek durumda olması hâlinde bu yasağın söz konusu olmayacağı da belirtilmelidir.[934] Bu koşul, esasında, güvenenin sübjektif

[929]**Tercier.** Op. Cit. s. 218, No: 583, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 82.
[930]**Schermaier.** Op. Cit. s. 76.
[931]**Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 235.
[932]**Roth.** § 242, No: 134**, Akyol.** Op. Cit. s. 58.
[933]**Larenz.** Schuldrechts. s. 133.
[934]**Ibid.**

olarak iyiniyetli olmasını ifade eder. Görüldüğü üzere, çelişkili davranış yasağının da, tıpkı kökeni olan *bona fides* ilkesi gibi hem objektif, hem de sübjektif boyutu mevcuttur.

Bu yasağın asıl amacının, işlem hayatında güvenin korunması olduğu da söylenmektedir.[935] Keza *Canaris*'e göre, bir sözleşme ilişkisinde karşı taraf güven yatırımı yapmakla kalmamalı; güveni de korunmalıdır.[936] Esasında, bu açıdan bakıldığında, *bona fides* ilkesi de özünde ekonomik bir amaca hizmet etmekte ve işlem hayatının iyi ve güvenli ilerlemesini sağlamaktadır. Bir diğer ifade ile, her ne kadar hakkaniyet ve adaleti sağlamada en önemli araçlardan birisi olsa da, *bona fides* ilkesi ve bu ilkenin uygulamaları aynı zamanda hukuk ve ekonomi kuramı çerçevesinde ekonomik etkinliği sağlamaya da hizmet etmektedir.[937]

Çelişkili bir davranışa karşı diğer tarafın güveninin korunması, olumlu olabileceği gibi; olumsuz olarak da sağlanabilir. Olumlu koruma hâlinde, güvenilen durum ayakta tutulurken; olumsuz koruma hâlinde, tazminat ödenmesi suretiyle karşı tarafın zararı giderilebilecektir.[938] Hangi koruma türünün uygulanması gerektiği ise, durumun spesifik yapısına göre belirlenmelidir. *Venire contra factum proprium* yasağı bazen dürüstlük kuralına aykırılık, bazen ise hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde karşımıza çıkabilmektedir. Çelişkili davranışlarda bulunan taraf, bir hakkını kullanırken veya borcunu yerine getirirken dürüstlük kuralına aykırı davranmış olabileceği gibi; güven duyanı hayal kırıklığına uğratmış ve hakkını

[935]**Roth**. § 242, No: 98, **Akyol.** Op. Cit. s. 59.
[936]**Canaris, C. W.:**Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München: C. H. Beck, 1971, (Die Vertrauenshaftung), s. 338.
[937]**Schäfer ve Aksoy.** Loc. Cit.
[938]**Akyol**. Op. Cit. s. 61.

kötüye kullanmış da olabilir.[939] Bu hâlde ise çelişkili davranışın yasaklanması, hakkın kötüye kullanılması yasağının düzeltici işlevini gözler önüne serecektir.[940] Buna karşılık, bu yasağın *bona fides*'in hakları kısıtlayıcı işlevine ilişkin olduğu da söylenmektedir.[941] Kısıtlayıcı işlev, düzeltici işlevin bir parçası olup, ana başlık olarak düzelticilik kavramının kullanılması daha isabetlidir. Öte yandan, bunun belirlenmesi sadece teknik bir aşamayı ifade etmekte; tüm bu yasağın özünde ise, *bona fides* ilkesi yatmaktadır.

Çelişkili davranış yasağına örnek olarak, bir tarafın belirli bir hakkını kullanmayacağı yönünde karşı taraf nezdinde güven uyandırması verilebilir. Yine, tutarsızlık da çelişkili davranışın bir türü olarak görülmektedir.[942] Önceden mevcut haksızlığa ya da geçersizliğe, sadece çıkarı sona erdiğinde müdahale eden kişinin davranışı da, tutarsız bir davranış olarak değerlendirilebilecektir. Bunun gibi, batıl bir sözleşmeye dayanarak menfaat elde eden şahsın, menfaati sona erince butlanı ileri sürmesi de çelişkili bir davranış teşkil eder.[943] Bu açıdan, şekle aykırılığın ileri sürülmesinin hakkın kötüye kullanılması sayıldığı bazı özel durumlarda, esas olarak *bona fides* ilkesine dayanan *venire contra factum proprium* yasağının söz konusu olduğu sonucuna varılabilmektedir.

---

[939]**Akyol.** Op. Cit. s. 61.
[940]**Tercier.** Op. Cit. s. 218, No: 583.
[941]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 203.
[942]Hakkın kötüye kullanılması yasağının çelişkili davranış yasağı ile paralel olan bir diğer uygulaması ise, D.44.4.8 uyarınca *Paulus* tarafından belirtilen, *"dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est"* kuralıdır. Buna göre, kişinin, iddianın konusu hakkında anında kabul edilebilir bir karşı iddiada bulunulacağını bildiği hâlde bir iddiada bulunması hâlinde, davranışı *dolus* teşkil etmekte ve hakkın kullanımında objektif menfaatin eksikliği nedeniyle hakkın kötüye kullanılması olarak değerlendirilmektedir. Bu kural, özellikle, patent sahiplerinin lisans vermeyi reddetmeleri durumunda uygulama alanı bulmaktadır. **Honsell.** Art. 2, No: 40, **Roth.** § 242, No: 373, **Tercier.** Op. Cit. s. 222, No: 589, **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 234.
[943]**Akyol.** Loc. Cit.

Bu bağlamda değinilmesi gereken bir husus da, şekil eksikliği bilinerek yapılan ifanın iadesinin istenememesidir.[944] Bunun için, hukuki ilişkinin taraflarının şekle aykırılığı bilinçli olarak istemiş olmaları ile hakkın kötüye kullanıldığını ileri süren tarafın ifadan kaçınmaması gerektiği İFM tarafından kabul edilmektedir.[945] İfanın iadesi istenmeyerek, tarafların sözleşmenin geçerli olması hâlinde bulunmuş olacakları duruma getirilmesi ve böylece hakkaniyetin tesisi sağlanmaktadır.[946] Bu çözüm sadece Kıt'a Avrupası'nda değil, Anglo-Amerikan hukukunda da kabul edilmektedir. *Equitable estoppel* ya da *promissory estoppel* kurumlarına göre, karşı tarafta yanlış kanaat uyandırarak olay ve olguların kasıtlı olarak farklı yansıtılması ve karşı tarafın bu duruma kendi zararına olacak şekilde güvenmesi hâlinde, diğer taraf, yaratılan bu durumdan menfaat elde etmekten men edilmektedir.[947] Öte yandan, sözleşmenin batıl olduğunu bilmeden, bir başka ifade ile hata sonucu yapılan ifada, iadenin istenebileceği öğretide savunulmaktadır.[948] *Venire contra factum proprium* kuralı, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkabileceği gibi, sözleşme görüşmelerinde de ortaya çıkabilmekte; bu hâlde ise, yine *bona fides'*e dayanan *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açmaktadır.[949]

Çelişkili davranış yasağına uluslararası metinlerde de rastlanılmaktadır. Örneğin, CISG 29(2) kuralı, Kıt'a Avrupası hukukundaki hakkın kötüye kullanılması yasağı ve Romanist *venire contra factum proprium* ilkelerine ilişkindir.[950] Maddeye göre: "(2) Her türlü değişiklik veya sona erdirme anlaşmasının, yazılı yapılması gerektiği

[944]**Merz.** Art. 2, No: 496.
[945]Bkz. BGE 42 II 681.
[946]**Akyol**. Op.Cit. s. 79.
[947]**Flechtner.** Op. Cit. s. 320.
[948]**Akyol.** Loc. Cit.
[949]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 228.
[950]**Schroeter, U. (çev. Oral, T.):***Madde 29* (ed. Schwenzer, I ve Çağlayan Aksoy, P.) "Mileltlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması/Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi" İstanbul: XII Levha yayıncılık, 2015, (Madde 29), s. 632.

hükmünü içeren yazılı bir sözleşme, başka şekilde bir anlaşmayla değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz. Ancak taraflardan biri, kendi davranışı ile diğer tarafın bu davranışa güven duymasına yol açtığı ölçüde bu hükme dayanamaz." Buna göre, sözleşme karşı tarafın davranışları sebebiyle uyulması beklenen şekil kurallarına uyulmaksızın değiştirilmişse, bu davranışa güvenerek hareket eden tarafın, şekle uyulmayacağı konusunda hissettiği güven korunmaktadır.[951] Bu hüküm, öğretide, haklı beklentilerin teminatı olarak işlev gösteren *common law* kökenli bir savunma mekanizması olan, *estoppel* kuramına yakın bulunmaktadır.[952] Bir diğer ifade ile, hükmün amacı kişinin, çelişkili davranışları sebebiyle kendi yarattığı durumdan karşı tarafın zararına olacak şekilde avantaj kazanmasını engellemektir.[953] Yine, öğretideki hâkim görüş tüm bu kuralların altında yatan temelin, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı olduğu yönündedir.[954]

Keza, CISG 16(2)(b) maddesi de çelişkili davranış yasağı ve güven teorisine ilişkindir.[955] Madde 16 uyarınca: "(1) İcapta bulunanın geri alma beyanı, muhatabın kabul beyanını göndermesinden önce muhataba ulaşmış olmak koşuluyla, icap, sözleşme kuruluncaya kadar geri alınabilir. (2) Ancak; (a) icapta kabul için kesin bir süre öngörülmüş veya icabın geri alınmaz olduğu başka bir şekilde ifade edilmişse veya (b) muhatap açısından icabın geri alınamaz olduğuna güvenmek makul sayılabiliyorsa ve muhatap bu icaba güvenerek hareket etmişse icap geri alınamaz." Söz konusu madde de, kökenini *bona fides*'te bulmaktadır. Zira, öneride bulunanın

[951]**Schroeter.** Madde 29. s. 632.
[952]**Cartwrigt, J.:***Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, Electronic Journal of Comparative Law, C. 10, S. 3, Yıl: 2006, s. 1-22, s. 6.
[953]Bkz. Horn v. Cole, (1868) 51 N.H. 287, 289, Montrfiori v. Montefiori, (1762) I Black. W. 363.8.
[954]**Schroeter.** Madde 29. Loc. Cit.
[955]**Schroeter, U. (çev. Yakupoğlu, D.):***Madde 16*, (ed. Schwenzer, I ve Çağlayan Aksoy, P.) "Mileltlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması/Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi" İstanbul: XII Levha yayıncılık, 2015, (Madde 16), s. 456.

bizzat kendisinin, karşı tarafta sağladığı haklı ve makul güven korunmakta ve önerenin öneri ile bağlı olmasına sebep olmaktadır.[956]

Güvenin korunması, *estoppel* kuramının temel taşı olup, taraflardan birinin, karşı taraf gözünde yarattığı ve diğer tarafın makul bir biçimde güvendiği bir durumla çelişecek davranışlardan kaçınması dürüstlük kuralının[957] bir uygulamasını oluşturmaktadır.[958] Buna paralel olarak, UNIDROIT ilkeleri arasında yer alan 1.8. madde[959] ile *Draft Common Frame of Reference*/Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR) Art. I-1:103[960] de çelişkili davranışları düzenlemekte olup, güvenin korunmasına ve bu nedenle, özü itibariyle *bona fides*'e ilişkindir.[961] Buna göre, sözleşme ilişkisinde bulunan bir taraf, karşı taraf nezdinde uyandırdığı ve karşı tarafın makul bir biçimde ona güvenerek kendi zararına olacak bir biçimde davrandığı fikirle çelişkili davranışlarda bulunamayacaktır. Zarar, bir hakkın kaybı ya da değişikliğe uğramasını ifade edebilmekte; karşı tarafının güveninin makul olup olmadığının ise, olayın özelliklerine göre her bir bireysel olay bakımından ayrı ayrı belirlenmesi gerekmektedir. Bu belirleme yapılırken esas alınacak ölçüt de, *bona fides*'dir. Görüldüğü üzere, hakkın kötüye kullanılması yasağının önemli bir uygulamasını oluşturan çelişkili davranış yasağı, hem Kıt'a Avrupası hukuklarınca, hem de Anglo-Amerikan hukuku tarafından benimsenmekte; bu açıdan, hukukun uyumlaştırılmasını sağlamaktadır. Bu yakınlığı sağlayan sebep ise, hem hakkın

[956]**Schroeter.** Madde 16. s. 456.
[957]**Ferrari.** Op. Cit. s. 65.
[958]**Lando.** Op. Cit. s. 394.
[959]**UNIDROIT 1.8:***"A party cannot act inconsistently with an understanding it has caused the other party to have and upon which that other party reasonably has acted in reliance to its detriment."*
[960]**DCFR I–1:103:***"(1) The expression "good faith and fair dealing" refers to a standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment."*
[961]**Looschelders ve Olzen**. § 242, No:1236, **Lando**. Loc. Cit.

kötüye kullanılması yasağının, hem de *venire contra factum proprium* kuralının, Romanist *bona fides* kuralından doğmuş olmasıdır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM: SÖZLEŞMELER HUKUKUNDA *BONA FIDES*'İN UYGULANMASI

I. Sözleşmenin Kurulması Aşamasında *Bona Fides*

Roma hukukunda doğan ve gelişen *bona fides* ilkesi, klasik dönem Roma sözleşmeler hukukunda önemle uygulanmıştır. Öte yandan, bu uygulamalar ise, genellikle münferit olaylar çerçevesinde gerçekleşmiştir. Romanist *bona fides* ilkesinin sözleşmeler hukukundaki uygulamalarının, sözleşmelerin kurulması aşaması; ifa aşaması ve ifa sonrası aşama olmak üzere üç ayrı evrede ele alınması mümkündür. Roma hukukundan bu yana, bir sözleşmenin kurulması için, iki veya daha fazla kişinin bir hukuki sonuç[962] doğurmak üzere irade beyanında bulunması ve bunların birbirine uygun olması gerekmektedir.[963] Sözleşme de, hukuki işlem gibi soyut bir kavram olup, bir sözleşmenin kurulması çağdaş hukukta ise bir tarafça yapılan önerinin, karşı tarafça kabulü ile gerçekleşmektedir.[964] Öte yandan, çoklukla tarafların uzun bir pazarlık ve sözleşme öncesi görüşme döneminden geçmesi söz konusu olmaktadır.[965] Roma hukukundan günümüze, sözleşmelerin kurulması

[962]Kimi zaman, sözleşme denildiğinde hukukî sonucun bizatihi kendisi de kastedilebilmektedir. Örneğin, ibra sözleşmesi ifadesi böyledir; zira, meydana gelen hukuki sonuç ibra edilen alacağın düşmesidir. Öte yandan, Roma hukukunda *acceptilatio* olarak ifade edilen ibra kavramı isabetli olarak borcun sona erme sebeplerinden sayılmış ve sözleşmeler sisteminde yer almamıştır. **Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 165.
[963]**Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 48, **von Tuhr.** Op. Cit. s. 152, **Eren.** Op. Cit. s. 199, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 30.
[964]**Kocayusufpaşaoğlu**. Op. Cit. s. 165, **Eren.** Loc. Cit.
[965]**Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 50.

aşamasında *bona fides*, hem hukuki işlemlerin geçerlilik koşulları ve özel unsurları bakımından; hem de sözleşme görüşmeleri bakımından önem taşımaktadır.[966]

A. Hukuki İşlemlerde *Bona Fides*'in Önemi

Roma sözleşmeler hukukunda *bona fides*'in incelenmesi için, öncelikle Roma hukukunda hukuki işlem kavramının değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, sözleşmeler iki taraflı hukuki işlemler olarak ele alınmaktadır.[967] Hakların kazanılması, değiştirilmesi ya da kaybedilmesine "hukuki sonuç" adı verilmekte olup, hukuki sonuç doğuran olaylar ise "hukuki olay" olarak adlandırılmaktadır.[968] Çeşitli sınıflandırılmalara tabi tutulabilecek olan hukuki olaylar, insan iradesi dışında meydana gelebileceği gibi; insan iradesinden de doğabilir. İnsan iradesinden doğan ve insan faaliyetlerinin ürünü olan bu tür hukuki olaylara ise, hukuki fiiller adı verilmektedir.[969] Hukuk düzeninin onayladığı hukuki fiillerin en önemli grubunu, hukuki işlemler oluşturmaktadır.[970] Buna göre, hukuki işlem hukuk düzeninin saptadığı sınırlar içinde kişilerin arzuladıkları amaçlara uygun olarak, hukuki sonuçlar doğuracağını kabul ettikleri irade beyanınını içeren olguyu ifade etmektedir.[971] Hukuki işlemler, irade beyanında bulunan tarafların sayısı bakımından da sınıflandırılabilecek olup, iki ya da çok taraflı hukuki işlemlerin en önemli grubunu ise sözleşmeler oluşturmaktadır.[972]

---

[966]Sözleşme görüşmeleri bakımından *bona fides* kavramı, esas olarak *culpa in contrahendo* teorisi çerçevesinde incelenmektedir. Bu teori, çalışmamız kapsamında *bona fides*'in borç doğurucu işlevi altında ele alınmaktadır. Bkz. IV. Bölüm-IV-B-1.
[967]**Oğuzman ve Öz.** Loc. Cit.
[968]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 87.
[969]**Eren.** Op. Cit. s. 159.
[970]**Karadeniz Çelebican**. Roma Hukuku. s. 187.
[971]**Eren.** Op. Cit. s. 119.
[972]**Karadeniz Çelebican.** Op. Cit**.** s. 194, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 31.

Roma hukuku kaynakları incelendiğinde, hukuki işlem kavramının sistematik olarak ele alınmadığı, ancak münferit olarak ve çoğunlukla da sözleşmeler biçiminde karşımıza çıktığı görülmektedir. Bir diğer deyişle, Roma hukukunda hukuki işlem teorisine ilişkin kurallar uygulama çerçevesinde geliştirilmiştir.[973] Esasında kaynaklarda, hukuki işlemler için *"negotium"* sözcüğünün kullanıldığına rastlanmaktadır.[974] Ne var ki, bu sözcüğün her zaman olmamakla beraber, sıklıkla *donatio* yani bağışlamayı dışladığı görülmektedir.[975] Yine, kimi kaynaklarda *"actus"* sözcüğü ile karşılaşılmakta olup, ne *negotium*, ne de *actus* sözcükleri teknik hukuki terimleri ifade etmiştir.[976] Alman Pandekt hukukçuları, uygulamada mevcut olan hukuki işlem türlerini inceleyerek belirledikleri genel kavram ve kuralları sistematize etmeye çalışmış; bu kavrama ise *"negotium iuris"* adını vermişlerdir.[977] Buna göre, hukuki işlemin kurucu unsuru irade açıklaması *(Willenäusserung)* olup, hukuki işlemlerin ayrıca geçerli sonuç doğruabilmesi için gereken geçerlilik unsurları ya da etkinlik unsurları da mevcut olabilmiştir.[978]

Öte yandan, her ne kadar klasik ve post-klasik dönemde, Pandekt kökenli çağdaş hukukta olduğu gibi bir hukuki işlem teorisi mevcut olmasa da; Roma'da her bir hukuki işlem türü bakımından, farklı mekanizmalar vasıtasıyla çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.[979] Bu nedenle, Roma hukukunda hukuki işlem kavramının mevcut olmadığını söylemek yanlış olacaktır. *Bona fides* ise, bu hukuki işlem türleri bireysel olarak düzenlenirken başvurulan en önemli prensiplerden olmuş; bu nedenle, çağdaş hukukta yer alan kurumların da temelini teşkil etmiştir.

[973]**Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s.53 vd.
[974]**Buckland.** Roman Law. s. 180.
[975]**Ibid.**
[976]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 89.
[977]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 192.
[978]**Eren.** Op. Cit. s. 120-124.
[979]**Buckland.** Roman Law. s. 181.

Hukuki işlem kavramının, özellikle 18. yüzyılın doğal hukuk anlayışı neticesinde geliştiği bilinmektedir. Akabinde bu kavram, Alman hukukunda BGB'nin "Genel Hükümler" kısmında[980] ayrıca düzenlenmiş olup, Türk-İsviçre borçlar hukukunda ise, hukuki işlemin en çok uygulanan türü olan sözleşme düzenlenmektedir. Hukuki işlem kavramı, kimilerine göre aslında sadece bir soyutlamadan ibarettir.[981] Nitekim Fransız hukukunda, bizatihi hukuki işlemin değil; çeşitli hukuki işlem tiplerinin mevcut olduğu söylenmiştir.[982] Bu görüş, Roma hukukundaki anlayışı yansıtmaktadır. Nitekim, Romalı hukukçular da hukuki işlem kavramının teknik tanımı ile ilgilenmemiş; uygulama bakımından sözleşme tipleri üzerine yoğunlaşmışlardır. Öte yandan, Alman hukukçu *Larenz*, hukuki işlemin bir soyutlamadan ibaret olduğu fikrine karşı çıkarak, özel hukuki işlem tiplerini düzenleyebilmek ve anlayabilmek adına *a priori* bir hukuki işlem kavramının mevcut olması gerektiğini söylemiştir.[983] Öğretide hâkim görüş ise, böylesi bir *a priori* çalışmanın her zaman mümkün ve tatmin edici olmayacağı yönündedir. Buna göre varılabilecek en doğru tanım, tarih boyunca özel hukuki işlem tiplerinden elde edilen verilerin soyutlanması suretiyle elde edilecektir.[984] *Bona fides*'in uygulamaları da, günümüze bu veriler neticesinde gelmiştir.

1. Hukuki İşlemlerin Geçerlilik Koşulları Bakımından

Roma hukukundan günümüz hukukuna, hukuki işlemlerin geçerlilik koşulları arasında, bir iradenin varlığı; o iradenin açığa vurulması yani irade beyanı ve irade

[980]Bkz. § BGB 104-185.
[981]**Eren**. Op. Cit. s. 125.
[982]**Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 89, **Mélin, F.:**Droit des Obligations, Paris: LGDJ, 2006, s. 65.
[983]**Larenz, K.:**Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts: zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Frankfurt: Metzner Alfred, 1982, s. 53.
[984]**Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 90.

ile beyanın içeriğinin birbirine uygun olması sayılmaktadır. Kimi zaman ise hukuki işlem kavramının tamamlanması için ek bir takım olguların mevcudiyetine de ihtiyaç olabilmektedir.[985] Öte yandan, bazı durumlarda gerçek irade ile beyan edilen irade birbirini tutmamaktadır.[986] Bu durumlar, kimi zaman bilerek ve istenerek; kimi zaman ise, istenmeden yaratılmışlardır. İrade ile irade beyanı arasında istenilerek yaratılan uygunsuzluklar ise, tek tarafın ve iki tarafın isteği ile yaratılmış olabilirler.[987] İrade ile beyan arasında mevcut olan bu uygunsuzluk hâllerinde, *bona fides*'in önemi geçmişten beri büyük olmuş; *bona fides*, karşılaşılan uygunsuzlukların değerlendirilmesinde sıklıkla ana kriter olarak kullanılmıştır.

a. *Reservatio Mentalis* ve *Iocandi Causa* (Zihni Kayıt ve Şaka Beyanı)

Günümüzde olduğu gibi, Roma hukukunda da tek tarafın isteği neticesinde iradesi ile beyanı arasında yarattığı uygunsuzluk durumlarına, *reservatio mentalis* (zihni kayıt) ile *iocandi causa*[988] (şaka beyanı) hâllerinde rastlanmıştır.[989] Aslında *Reservatio mentalis* kavramına, klasik ve post-klasik dönem kaynaklarında sıklıkla rastlanılmamaktadır.[990] *Reservatio mentalis* ile karşılaşılan hâllerde karşı taraf, beyan edilen hususun gerçekte istenmediğini anlayabilecek hâlde ise, hukuki işlemin geçerli olmayacağı, aksi hâlde ise hukuki işlemin geçerli sayılacağı kabul edilmiştir.[991] D.2.15.12 uyarınca, *Celsus*, karşı tarafın *bona fides* uyarınca sözleşmenin ilk kısmına yönelik bir zihni kayıt koyma niyetini anlayamayacağı

[985]Bunun en önemli örneği, irade uyuşmasının yanı sıra bir malın teslimi ya da bir işin yapılmasını da gerektiren ayni sözleşmelerdir. **Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 91.
[986]**Eren.** Op. Cit. s. 362.
[987]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 222.
[988]**Girard,P.F.:**Manuel Élémentaire de Droit Romain, Paris: Librarie Arthur Rousseau, 6. Édition, 1918, s. 468.
[989]**Umur.** Op. Cit. s. 205, **Burdese.** Op. Cit. s. 223.
[990]**Tahiroğlu ve Erdoğmuş.** Roma Hukuku. s. 206 vd.
[991]**Karadeniz Çelebican.** Op. Cit. s. 223.

hâllerde, iradenin sözleşmenin sadece bir kısmına yönelik olduğu iddiasının dinlenmeyeceğini belirtmiştir.[992]

Ius commune ve Kilise hukukçuları ise, bu kavram üzerinde durarak çeşitli çalışmalar yapmıştır.[993] Kanonik hukukçular, bu kuralı sistematize ederek nihai kuralı netleştirmiş; tarafların gizli ama gerçek iradelerinin dikkate alınmasının *honestas* ve *aequitas*'ın gereği olduğunu belirtmişlerdir.[994] Bu değerlendirmeyi yaparken başvurulacak mekanizma ise, *bona fides* olmuştur. Çağımızda da, *reservatio mentalis*'in hukuki işlemnin geçerliliğini etkilemeyeceği, bunun sebebinin ise hukuki işlem güvenliği ve verilen söze bağlılık olduğu belirtilmektedir.[995]

Kişi, iradesini beyan ederken beyan edilen sonucu istemediğini zihninde gizleyip saklı tutarsa, zihni kayıt söz konusu olacaktır.[996] Bu hâlde de, işlem iradesi ile beyan iradesi birbirine uygun olmamaktadır. Roma pratiğini esas alan BGB § 116 uyarınca, bir irade beyanı zihni kayıt sebebiyle hükümsüz sayılamaz; öte yandan, eğer beyan başkasına yapılacaksa ve bu kişi de zihni kayıtı biliyorsa beyan batıldır.[997] Türk-İsviçre hukukunda, *reservatio mentalis* konusunda açık bir düzenleme olmamakla beraber, güven teorisi uyarınca, aynı sonuca ulaşılmakta olup, dürüstlük kuralına göre, karşı taraf zihni kayıtı biliyor ya da bilmesi gerekiyorsa beyanın önem taşımadığı kabul edilmektedir.[998] Görüldüğü üzere, burada, hem objektif; hem de sübjektif *bona fides* yönünden bir değerlendirme yapılmaktadır.

---

[992]**Zimmermann.** Loc. Cit.
[993]**Siber, H.:**Römisches Privatrecht, 2. Auflage, Darmstadt: 1968, s. 435 vd.
[994]**Ibid.,** s. 645.
[995]**von Tuhr.** Op. Cit. s. 272.
[996]**Eren.** Op. Cit. s. 364, **Honsell.** Op. Cit. s. 40.
[997]**BGB § 116:***"Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil sich der Erklärende insgeheim vorbehält, das Erklärte nicht zu wollen. Die Erklärung ist nichtig, wenn sie einem anderen gegenüber abzugeben ist und dieser den Vorbehalt kennt."*
[998]**Eren.** Op. Cit. s. 365.

Hem *reservatio mentalis*, hem de *iocandi causa* hâllerinde kişi, bilinçli olarak gerçek iradesi ile beyanı arasında uygunsuzluk yaratmakta; sadece ikinci hâlde, bu şaka yapma saikiyle ve karşı tarafın bunun ciddi olmadığını anlayacağı inancıyla gerçekleştirilmektedir.[999] Roma hukukunda *iocandi causa* hâllerine, özellikle bir hususu anlatmak ya da ders vermek için rastlanılmış ve bu hâllerde tarafların iradesinin sözleşme kurmak yönünde olmadığından; sözleşmenin geçersiz olacağı kabul edilmiştir.[1000] Zira, bu hâlde beyan sahibi, irade beyanının karşı tarafça ciddiye alınmayacağı düşüncesiyle hareket etmekte olup, bu nendenle, sözleşme iradesi de mevcut değildir.[1001]

Iocandi causa da TMK ve mehaz kanun ZGB'de düzenlenmemiştir. Buna karşılık, BGB § 118'de ise açık bir düzenleme mevcuttur. BGB § 118 uyarınca Roma hukukunda benimsenen çözüm aynen kabul edilerek; ciddi olmayan irade beyanlarının batıl olacağı düzenlenmiştir. Buna göre, güven teorisi uyarınca da karşı tarafın beyanın şaka olduğunu bildiği ya da bilmesi gerektiği durumlarda irade beyanının batıl olcağı kabul edilmektedir.[1002] İleride de açıklanacağı üzere, güven teorisi ise *bona fides*'in çağdaş hukukta geçirdiği evrim neticesinde ortaya çıkan yeni bir organizmadan başka bir şey değildir.[1003]

[999]**Tahiroğlu ve Erdoğmuş.** Roma Hukuku. Loc. Cit.
[1000]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 644.
[1001]Esasında bu hâlde, iradenin ne oluşumu, ne de beyanı sırasında bir bozukluk mevcut olmasına karşın, kimi yazarlara göre burada görünüşte bozuk bir irade söz konusu olup, şaka beyanı şekli anlamda irade bozukluğu teşkil etmektedir. **Eren.** Op. Cit. s. 363.
[1002]**BGB § 118:***"Eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung, die in der Erwartung abgegeben wird, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, ist nichtig."* **Eren.** Loc. Cit.
[1003]Bkz. IV. Bölüm-I-B.

b. *Simulatio* (Muvazaa)

İrade ile beyan arasında iki tarafın[1004] da isteği[1005] ile gerçekleştirilen uygunsuzluklara ise *simulatio* (muvazaa) adı verilmektedir.[1006] Muvazaa, bir hukuki işlemde gerçek durumu üçüncü kişilerden gizlemek amacıyla, tarafların anlaşarak gerçekte istediklerinden başka türlü irade beyanında bulunmalarını ifade etmektedir.[1007] Bu hâlde, üçüncü kişilere karşı bir hukuki işlemi yapmak ister gibi görünen taraflar, gerçekte hiçbir hukuki işlem yapmak istemiyorlarsa, mutlak muvazaa; gerçekte yapmak istediklerinden farklı bir hukuki işlemi saklamak için bir başka hukuki işlem yapıyorlarsa nispi muvazaa söz konusu olmaktadır.[1008] Muvazaada amaç, *simulare* yani karşı tarafı yanıltmaktır.[1009] Bu nedenle Roma hukukundan bu yana, muvazaanın geçersiz sayılmasının altında yatan görüş *bona fides* ilkesidir.

Roma hukukunda, *simulatio* hâlleriyle özellikle *emptio venditio* (alım satım) sözleşmesi bakımından karşılaşılmıştır.[1010] Özellikle, *donationes inter virum et uxorem* (karı koca arasında yapılan bağışlar)'i yasaklayan *lex Cincia*'nın hükümlerinden kaçmak sebebiyle eşler, birbirleri arasında gerçekte istemedikleri bir satım sözleşmesi yapmışlardır.[1011] İlk dönemlerde, bu sözleşmeler geçerli sayılmış;

[1004]Tek taraflı hukuki işlemlerde de *simlulatio* söz konusu olabilmektedir. Ancak, bunun için irade beyanının varması gereklidir. **von Tuhr.** Op. Cit. s. 275.
[1005]*Eren* ve *Karadeniz Çelebican*, "tarafların isteği ile meydana gelmiş uyumsuzluk" ifadesini kullanmakta ise de, *Oğuzman* ve *Öz*, bu ifadeden muvazaa anlaşmasının çıkarılamayacağını; bu nedenle de, ifadenin isabetsiz olduğunu belirtmektedir. Öte yandan, iki tanım da aynı açıklamayı getirmekte ve bu tartışma sadece teorik düzeyde kalmaktadır. **Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 130, **Eren**. Op. Cit. s. 365.
[1006]**Umur**. Roma Hukuku. Loc. Cit. **Honsell.** Op. Cit. s. 40, **Burdese.** Op. Cit. s. 224.
[1007]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. Loc. Cit. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 107.
[1008]**von Tuhr.** Op. Cit. s. 273,**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 224**, Eren**. Op. Cit. s. 369.
[1009]**Tahiroğlu ve Erdoğmuş.** Roma Hukuku. s. 207 vd.
[1010]**Oğuz, A.:**Probleme der Simulation in Rechtshisorischer und Rechtvergleichender Sicht, Ankara: AÜHFY, 1998, (Simulation), s. 10 vd.
[1011]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 647, **Oğuz.** Op. Cit. s. 101.

dahası, eski hukuk döneminde böylesi bir sözleşmenin geçerli olmaması fikri imkânsız görülmüştür. Klasik dönemde ise, muvazaa ile ilgili kesin bir kurala rastlamak mümkün değildir. Nitekim, kimi münferit hâllerde beyan edilen iradenin önem taşıdığı görüşünden hareket edilerek, muvazaalı işlemler geçerli sayılabilmiştir. Öte yandan, çeşitli durumlarda ise, gerçek iradenin bu yönde olmaması ve karşı tarafı yanıltma kastının mevcudiyeti nedeniyle muvazaalı işlemler geçersiz sayılmıştır.[1012] *Ulpianus*'a ait D.18.1.36 uyarınca:

> *"Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. Hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio viliore nullius momenti est."*

> "Eğer birisi, karşı tarafa bağışta bulunmak niyetiyle, bir malı değerinden daha düşük bir fiyata satarsa, satım sözleşmesi geçerlidir. Bu hâlde, satım sözleşmesi ancak tamamen bağışlama sebebiyle yapıldığı takdirde geçersiz olacaktır. Ancak, bu konuda özgürlük söz konusu olduğundan, satım sözleşmesinin daha düşük bir bedel karşılığında yapılması durumunda, satımın sıhhatli olduğu konusunda şüphe yoktur. En azından, genelde karı-koca arasındaki satım bakımından satım bedelinin düşük belirlenmesinin bir etkisi yoktur."

[1012]D.19.1.36, D.18.1.46, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Loc. Cit.

Görüldüğü üzere, klasik dönem metinlerinde satım sözleşmesinin, arkasında yatan bağışlama sözleşmesini gizlemek adına yapılması hâlinde, geçersiz olacağı belirli olaylar bakımından kabul edilmiştir.[1013] Öte yandan, satım sözleşmesinde bedelin belirlenmesi ise tarafların takdirine bırakılmıştır. Yine, *Modestinus*'a ait D. 44.7.54 uyarınca: *"Contractus imaginarii etiam in emptionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate"*, "Satım sözleşmesi de dâhil olmak üzere, hayali sözleşmeler hukuki bir borç doğurmazlar. Zira, işlem, gerçek olgular mevcut olmadığından muvazaalıdır."[1014] Bunun gibi, *Paulus*'a ait D.18.1.55 metni de: *"Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intellegitur."*, "Çıplak ve hayali bir satım, satım değildir; bu nedenle, mülkiyet geçmeyecektir." biçimindedir.

Pugliese'ye göre, bu metinler *interpolatio*'ya uğradığından aslında Roma hukukunda muvazaalı işlemler hep geçerli olmuştur.[1015] Öte yandan, *Kaser*'e göre ise, bu konunda kategorik olarak bir yargıya varmak mümkün değildir; zira, Roma hukukunda bu sorun kazuistik olarak ele alınmıştır.[1016] Keza, kimi *simulatio* hâllerinde *dolus malus*'un varlığı kabul edilerek, *praetor*'un koruma yollarına başvurulmuştur.[1017] Belirtmek gerekir ki, özellikle rızai sözleşmelerin kabulü ve yaygınlaşması ile iradenin önemi artmış; bu nedenle, geçersiz sayılan muvazaalı işlemler çoğalmıştır.[1018]

[1013]**Oğuz**. Simulation. s. 15 vd.
[1014]**Accarias.** Op. Cit. s. 183, **Oğuz**. Op. Cit. s. 25.
[1015]**Pugliese.** Diritto Romano. s. 257, **Pugliese, G.:** La Simulazione nei Negozi Giuridici, Padova: CEDAM, 1938, (Simulazione), s. 117 vd.
[1016]**Kaser, Knütel, Löhsse.** Op. Cit. s. 67.
[1017]**Monier.** Tome II. s. 70.
[1018]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 647, **Villey.** Droit Romain. 120.

Iustinianus döneminde ise, çağdaş hukukumuzda olduğu üzere muvazaalı işlemlerin geçersiz sayılacağı kuralı yerleşmiştir.[1019] *"Simulata non valent dissimulata valent"* ifadesi ile, muvazaalı işlemlerin değer taşımayacağı kabul edilmiştir.[1020] Buna göre, mutlak muvazaa hâlinde, işlem geçersiz sayılmış; nispi muvazaa hâlinde ise, görünürdeki işlemin geçersiz, gizlenmiş işlemin yani *negotium dissimulatum*'un ise hukuk düzeninin gerekli saydığı unsurları[1021] taşıdığı takdirde geçerli sayılacağı düşüncesi yerleşmiştir.[1022] Bu sonuca varılmasını sağlayan, Cod.4.22.2 ile Cod.4.38.9 metinleridir.[1023] Bu metinler, özellikle *traditio* yapıldıktan sonra bağışlamanın gerçek iradeleri yansıttığından dolayı geçerli olacağını ve *lex Cincia*'dan etkilenmeyeceğini açıklamaktadır.[1024] Çağdaş hukukta ise, muvazaanın Roma hukukunda olduğu gibi, butlan yerine yokluk hâline vücut vereceği de savunulmaktadır.[1025] Roma hukukunda, muvazaadan söz edebilmek için, karşı tarafı yanıltma kastının olması gerekmiştir. Karşı tarafı yanıltma kastı, aslında *bona fides*'e aykırılıktan başka bir şey değildir. Nitekim, buradaki anlamıyla yanıltma kastı, *bona fides*'in zıttı olan *dolus* kavramını ifade etmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda, üçüncü kişileri yanıltma kastı muvazaanın zorunlu bir unsurudur.[1026] TBK 19/I uyarınca, "bir sözleşmenin türünün ve içeriğinin belirlenmesinde ve yorumlanmasında, tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın, gerçek ve ortak iradeleri esas

[1019]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 226, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Loc. Cit.
[1020]**Brégi.** Op. Cit. s. 229.
[1021]Örneğin, hukuk düzeni resmi şekil şartı getirmiş ise, bu şartın gerçekleşmemiş olması sebebiyle muvazaalı işlem geçersiz sayılmalıdır. Türk-İsviçre hukukunda İFM ve Yargıtay'ın içtihadı, bu yöndedir. Öte yandan, Fransız hukukunda görünüşteki işlem bakımından şekil şartına uyulması nedeniyle, gizli sözleşme için de şekil şartının gerçekleştiği fikri mevcuttur. **Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 134.
[1022]**Tahiroğlu ve Erdoğmuş.** Roma Hukuku. s. 208 vd.
[1023]**Oğuz.** Simulation. s. 82.
[1024]Bu yargıya, *"sed et donationis gratia praedi facta venditione si traditio sequitur, actione pretii nulla competente perficitur donatio"* cümlesinden varılmaktadır.
[1025]**Eren.** Op. Cit. s. 430 vd.
[1026]Bkz. BGE 97 II 201.

alınır." denilmektedir. Buradaki "gerçek amaçlarını gizlemek için ifadesi", öğretide, muvazaanın varlığı için karşı tarafı aldatma kastının olması gerektiği biçiminde yorumlanmaktadır.[1027] Alman hukukunda ise hâkim görüş, böylesi bir kastı muvazaanın zorunlu unsurları arasında saymamaktadır. Bu açıdan, Türk-İsviçre hukuku anlamında muvazaa kavramının Roma hukukuna daha yakın olduğu belirtilebilmektedir.[1028]

Muvazaa iddiasının dürüstlük kuralına aykırı düştüğü hâllerde ileri sürülemeyeceği de kabul edilmektedir.[1029] Muvazaalı işlemlerde, üçüncü kişilerin korunması da dürüstlük kuralının bir gereğidir. TBK 19/II uyarınca, "borçlu, yazılı bir borç tanımasına güvenerek alacağı kazanmış olan üçüncü kişiye karşı, bu işlemin muvazaalı olduğu savunmasında bulunamaz." Üçüncü kişilerin korunması gereği, özellikle 19. yüzyıl sonrasında gelişen doğal hukuk düşüncesinin bir ürünüdür. Öte yandan, Türk-İsviçre hukukunun aksine Almanya böylesi bir hükmü BGB içerisine almayı reddetmiş; bununla beraber, Avusturya § 916 II ABGB ile bu düzenlemeyi getirmiştir.[1030] Alman hukukunda bu kuralın ayrıca düzenlenmemiş olmasının nedeni ise, *bona fides* ilkesinin öneminin az olması değil; bilakis, *Treu und Glauben* kavramının münferit olayları kapsayacak bir biçimde içselleştirilmiş oluşudur.

Çağdaş hukuktaki kanuna karşı hile[1031] kurumunun kökeni de *simulatio*'dur. *Fraudem legis agere* adı verilen kanuna karşı hile durumunda, kanunun yasakladığı bir sonuca başka bir yoldan ulaşmak isteyen kişilerin davranışı, kanunun ruhuna

[1027] **Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 345.
[1028] **Ibid.**
[1029] **Eren.** Op. Cit. s. 377.
[1030] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 650, **Honsell.** Op. Cit. s. 41.
[1031] Öğretide bir görüş, kanuna karşı hileyi, gerçek anlamda kanuna karşı hile ile gerçek olmayan kanuna karşı hile olarak ele almaktadır. Buna göre, gerçek olmayan kanuna karşı hile hâlinde, kanunun yasak hükmü dolanılmak için muvazaalı bir işleme başvurulmaktadır. **Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 387.

aykırı görülmüş ve *ius commune* hukukçularınca özel olarak incelenmiştir.[1032] *Fraudem legis*, kimi zaman *simulatio* ile karıştırılmış olup, genellikle uygulama alanları sıklıkla kesimiş, ikisi de sözleşmenin geçersizliğiyle sonuçlandırılmıştır.[1033] *Ius commune*'de *simulatio* teriminin kanuna karşı hileyi de kapsadığı bilinmektedir. Öte yandan, *simulatio* hâlinde hukuki işlem istenmemekte, sadece o hukuki işlemin yapıldığı görüntüsünün yaratılması amaçlanmakta iken; *fraudem legis agere* hâlinde ise, hukuki işlem istenmektedir.[1034] Diğer bir ifade ile, bir *actus vertus* mevcut ve fakat *iniustus*'tur. Muvazaalı işlemler *"corpora sine spiritu et cadavera sine anima"* (ruhu olmayan beden) iken; kanuna karşı hilede ruh tarafların iradesi tarafından yaratılmaktadır.[1035] Bu nedenle, muvazaa ve kanuna karşı hile kurumları, farklı kurumlar olmakla beraber; Romanist kökenleri ise aynıdır.

Nitekim, çağdaş hukukta da kimi zaman taraflar *bona fides*'e aykırı olarak kanunda öngörülmüş bir yasağı delmek için, kanunun başka bir hükmünden yararlanarak yasak hükmü dolanmak istemektedirler.[1036] İsviçre öğretisinde, ZGB 2 II uyarınca, hakkın kötüye kullanılması yasağı çerçevesinde ele alınan; Alman hukukunda ise, BGB § 242 çerçevesinde değerlendirilen kanuna karşı hile kurumu, Alman İmparatorluk Mahkemesi tarafından, kanunun caiz kılmadığı bir sonuca ulaşmak için, caiz bir hükümden yararlanmak biçiminde tanımlanmıştır.[1037] İFM'ye göre ise, kanun bizatihi bir sonuca ulaşmayı yasaklamış ise, yasağı delmeye yarayan tüm yolların kapalı olması gerekir. Öte yandan, yollardan bir tanesine başvurulması

[1032] D.1.3.30.
[1033] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 648, **Honsell.** Op. Cit. s. 39.
[1034] **Pugliese.** Diritto Romano. s. 256.
[1035] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 649.
[1036] **Eren.** Op. Cit. s. 388.
[1037] **Egger.** Art. 2, No: 38, **Tercier.** Op. Cit. s. 181. No: 504, **Chappuis.** Art. 2, No: 54, **Larenz.** Schuldrechts. s. 143, **Topçuoğlu, H.:** Kanuna Karşı Hile, İzmit: 1950, s. 130 vd.

yasaklanmışsa, bu hâlde diğer yollar kullanılabilecektir.[1038] Kanuna karşı hile kurumu, ZGB 2 II hükmü kapsamında yasaklanmaktadır.[1039] Roma hukukundan günümüze, hem muvazaalı işlemlerin; hem de kanuna karşı hilenin geçersiz olmasının altına yatan temel sebep *bona fide*s'tir.[1040] Nitekim, *simulatio* hâlinde *dolus malus*'un mevcut olduğu *actio de dolo*'nun babası olan *C. Aquillus Gallus* tarafından da belirtilmiştir.[1041] Bu düşünce ise, değişmeden çağdaş hukuklara yansımıştır.

c. *Error* (Yanılma)

Hukuki işlemlerin geçerli olabilmesi için, irade ile beyanın birbirine uygun olması gerekmekte ise de, kimi hâllerde, tarafların arzuları dışında bir uygunsuzluk meydana gelebilmektedir. Roma hukukundan bu yana, irade ile beyan arasında istenmeden ortaya çıkan uygunsuzluklar ise, *error* yani yanılmayı ifade etmektedir.[1042] Yanılma, gerçek durum hakkında bilinçli olmayan ya da eksik olan tasavvur, bir diğer ifade ile *falsa opinio*'dur.[1043] Roma hukukunda *error* kavramı, daha sonra yapılan çalışmalar neticesinde *error in corpore* ve *error in substantia*/*materia*[1044] olmak üzere iki kısımda ele alınmıştır.[1045] *Error in corpore* hâlinde, hukuki işleme konu olan şey bakımından düşülen bir hata söz konusu iken; *error in substantia* hâlinde ise, hukuki

[1038]**Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 387.
[1039]**Egger.** Art. 2, No: 38, **Tercier.** Op. Cit. s. 181. No: 504.
[1040]**Zimmermann.** Op. Cit. s 665.
[1041]D.4.3.1.2.
[1042]**Buckland.** Roman Law. s. 417, **Honsell.** Op. Cit. s. 41, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 66, **Arangio-Ruiz**. Op. Cit. s. 97, **Brégi.** Op. Cit. s. 230, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 175.
[1043]**Kocayusufpaşaoğlu**. Op. Cit. s. 393, **Eren.** Op. Cit. s. 393, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 121 vd., **Robaye.** Op. Cit. s. 207.
[1044]Öte yandan, *error in substantia*, malın özüne ilişkinken; *error in materia*, malın niteliğine ilişkindir. D.18.1.4.1, **Zimmermann.** Op. Cit. s. 307, **Burdese.** Op. Cit. s. 226, **Apathy, P.:***Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht,* ZSS, Romantische Abteilung, S. 60, Yıl: 1994, s. 95-154, s. 127.
[1045]**Honsell.** Op. Cit. s. 43.

işlemin kendisi hakkında *consensus* sağlanmış, ne var ki, hukuki işlemin konusunu oluşturan şeyin niteliği hakkında hataya düşülmüştür.[1046] Örnek olarak, sirke yerine şarap satın alınması Roma hukukunda *error in substantia* teşkil etmiştir.[1047] *Error in substantia,* klasik dönemde dikkate alınmamıştır.[1048]

Error in corpore–error in substantia ayrımını, çağımız hukukunda mevcut olan esaslı yanılma-esaslı olmayan yanılma ayrımı ile örtüştürmek zordur.[1049] Esaslı yanılma, hataya düşülen husus bilinseydi kişinin hukuki işlemi yapmayacak olduğu sonucuna varılmasını sağlayan önemli nitelikteki hataları ifade eder.[1050] Esaslı yanılmalar, Roma hukukundan günümüze açıklamada yanılma ve esaslı saik yanılması olarak karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, Roma hukukunda genel anlamda "*error in corpore"* ifadesi, esaslı yanılmaların tümüne işaret eder biçimde kullanılmıştır.[1051] Bunlar ise, konuda *(in corpore)*[1052]; kişide *(in persona)*[1053]; hukuki işlemin niteliğinde *(in negoito)*[1054] yanılmayı kapsamıştır.[1055]

[1046]**Umur.** Lügat. s. 65-66, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 108, **Sohm, R. (tr. Ledlie, J.C.):** The Institutes in Roman Law, London: Oxford Clarendon Press, 1892, s. 137, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 102.
[1047]**Robaye.** Op. Cit. s. 208.
[1048]D.45.1.22, Öte yandan, *Iulianus* ve *Ulpianus*, kimi hâllerde satım sözleşmesi bakımından satım konusu şeyde *error in substantia*'ya düşülmesi hâlinde, sözleşmeyi batıl saymışlardır. D.18.1.41.1 metni, bu duruma örnek olarak gösterilmektedir. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 109.
[1049]Buna karşılık, kimi çağdaş hukuk kaynaklarında *error in substantia* esaslı yanılma olarak ele alınmaktadır. Kanımızca, gerek *error in corpore*; gerekse *error in substantia*, duruma göre esaslı olan veya olmayan bir yanılma teşkil edebilecektir. Roma hukukunda ise, *Marcellus* ve *Ulpianus*'un görüşleri doğrultusunda yalnızca *error in corpore* esaslı yanılma teşkil ettiği söylenmektedir. Zira bir şeyin belirlenmesi için esas olan, o malın dış görünüşü olup, özü değildir. *Error in materia* hâlinde ise, yanılma esaslı olmayacaktır. Bununla beraber, Iulianus ise bir satım sözleşmesinin geçerli olabilmesi için onun vasıfları üzerinde de uyuşulması gerektiğini belirtmiş ve *error in substantia*'nın da bir sözleşmeyi hükümsüz kılabileceğini savunmuştur. **von Tuhr.** Op. Cit. s. 285, **Büyükay, Y.:***Roma Hukukunda Error in Substantia ve Error in Materia,* AÜHFD, C. 5, S. 1-4, Yıl: 2001, s. 349-360, s. 358.
[1050]**Eren.** Op. Cit. s. 398.
[1051]**Honsell.** Op. Cit. s. 42.
[1052]*Ins.*3.19.2 ve D.18.1.9. pr.
[1053]D.17.2.52.21.
[1054]D.12.1.18.1.
[1055]**Girard.** Op. Cit. s. 465 vd.

İrade beyanının, istenmeyerek arzuya uygun olmaksızın gerçekleşmesi, beyanda ya da açıklamada yanılma hâllerine işaret eder.[1056] Çağdaş hukuklarda açıklamada yanılma, bir hukuki işlemin niteliğinde *(error in negotio)*; hukuki ilişkiye girilen kişide *(error in persona)*; hukuki işlemin konusunda *(error in corpore)* ya da miktarda *(error in quantitate)* ortaya çıkabilmektedir.[1057] Kişide yanılma ise, karşı tarafın kimliğinde ya da niteliklerinde yanılma biçiminde görülebilmektedir.[1058]

Roma hukukunda *error in corpore, consensus* yokluğuna işaret ettiğinden hukuki işlemlerin geçersiz kılınmasını sağlamıştır. Bununla beraber, *error in substantia* hâlleri *stricti iuris* (dar hukuk) sözleşmelerinde hiçbir şekilde dikkate alınmazken; *bona fidei* (iyiniyet) sözleşmelerde ise, özellikle de alım satım sözleşmesi bakımından, münferit durumlarda dikkate alınabilmiştir.[1059] Bu durum ise, başta rızai sözleşmeler olmak üzere iyiniyet sözleşmelerinde *bona fides*'in önemine dikkat çekmektedir.

Öte yandan, *traditio*; *pignus* (rehin); *commodatum* (kullanım ödüncü); *depositum* (saklama) gibi sözleşmeler bakımından ise, *error in substantia* kesinlikle sözleşmelerin geçerliliğini etkilememiştir.[1060] Buna karşılık, özellikle *emptio venditio* (alım satım) sözleşmesinde, tarafların sadece üzerinde anlaştıkları hususlarla değil, aynı zamanda *bona fides*'in gerektirdikleri ile de bağlı oldukları; bu nedenle, yanılan tarafın sözleşmeye devam etmesinin *bona fides*'e aykırı düştüğü durumlarda, sözleşmenin geçersiz sayılması gerektiği kabul edilmiştir.[1061] Öte yandan, objektif

[1056]**Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 94.
[1057]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 396 vd., **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 234, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 101.
[1058]**Eren.** Op. Cit. s. 405.
[1059]**Girard**. Op. Cit. s. 470.
[1060]**Sohm**. Op. Cit. s. 137.
[1061]**Ibid.,** s. 138.

anlamda dürüstlük kuralı uyarınca ise bu durum, aslında esaslı-esaslı olmayan yanılma ayrımına işaret etmektedir. Çağdaş hukukta, esaslı olmayan yanılma hiçbir şekilde dikkate alınmamaktadır. Sözleşmelerin geçerliliğini etkileyen *error* bakımından, *bona fides*'in sübjektif yansıması da dürüstlük kuralı ile beraber göz önünde tutulmaktadır.[1062] Düşülen esaslı yanılmanın sözleşmenin geçerliliğini etkileyeceği fikri ise, Romanist *bona fides*'in gereğidir.

Fransız, İtalyan, İspanyol, Hollanda ve Belçika hukukları, yanılma kurumunu Romanist düşünceye paralel olarak *substantia* ve *qualitas* ekseninde düzenlemektedir.[1063] Bununla beraber, Alman hukuku ise, açıklamada yanılma kurumu ile *error in substantiale qualitate* kurumları arasında ayrım yapmaktadır.[1064] Türk-İsviçre hukukunda yanılma kurumu da, Roma hukukuna paralel olarak düzenlenmiştir.[1065] TBK 30 uyarınca, "sözleşme kurulurken esaslı yanılmaya düşen taraf, sözleşme ile bağlı olmaz." TBK 31 hükmü ise, açıklamada yanılma hâllerini esaslı hata olarak saymaktadır. Buna göre yanılan, kurulmasını istediği sözleşmeden başka bir sözleşme ya da konu için iradesini açıklamışsa; ya da gerçekte sözleşme yapmak istediği kişiden başkasına veya sözleşmeyi yaparken belirli nitelikleri olan bir kişiyi dikkate almasına karşın, başka bir kişi için iradesini açıklamışsa; son olarak da, gerçekte üstlenmek istediğinden önemli ölçüde fazla ya da az bir edim için iradesini açıklamışsa, esaslı yanılma söz konusudur.[1066] Avusturya, İtalya, Hollanda ve Portekiz hukuklarında ise, hataya düşen tarafın, karşı tarafın hatanın varlığını bilmemesi ya da bilemeyecek durumda olması hâlinde, hatasına dayanarak

[1062]**Söllner.** Op. Cit. s. 19.
[1063]**Sefton-Green, R.:***Introduction* (ed. Sefton-Green, R.) "Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s.1-39, s. 18.
[1064]**Ibid.**
[1065]**Merz.** Art. 2, No: 130, 312.
[1066]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 495 vd.

sözleşmeyi iptal ettiremeyeceği kabul edilmekte; bu açıdan sübjektif *bona fides*'e ağırlık verilmektedir.[1067]

Anglo-Amerikan hukukunda ise, yanılma hâlinde *dissensus* oluşacağı fikri hâkim olup, bu hâlde sözleşmenin kurulmayacağı görüşü kabul edilmektedir.[1068] Bu düşünce de, özünde klasik Roma hukukundaki yaklaşıma benzetilebilir. Nitekim, klasik dönem Roma hukukunda da *error* ile *dissensus* arasında tam olarak ayırım yapılamamış; *error* hâlleri, *ius commune* hukukçularınca sistematize edilmiştir.[1069] Yine de, hem İngiliz hem de Amerikan mahkemeleri, tarafların sözleşme ile bağlı olup olmadıklarını belirlerken, yanılmanın büyüklüğünü ve dürüstlük kuralını dikkate almaktadırlar. Son dönemde Anglo-Amerikan hukukundaki eğilim ise, Kıt'a Avrupası hukuklarında yer alan, yanılmanın "esaslı" olup olmadığının araştırılması olup, bu araştırmada da objektifliği sağlayan ölçüt *bona fides* olmaktadır.[1070]

Açıklamada yanılma hâllerine ek olarak, iradenin oluşmasına etken olan bir hususta hataya düşülmesi ise saikte yanılma olarak ifade edilmektedir.[1071] Saik, bir kimseyi bir hukuki işlemi yapmaya iten itki ya da güdüdür.[1072] Roma hukukunda, *bona fides* prensibinin gözetildiği en önemli yanılma hali, saikte yanılmadır. Esasında, irade ile irade beyanı arasında bir uygunsuzluğun olmadığı; aksine iradenin oluşumu sırasında bir bozukluk olduğu hali ifade eden saikte yanılmanın, hukuki işlemlerin geçerliliğini etkilemeyeceği kuralı Roma hukukunda kabul edilmiş olup çağdaş hukuklarda da

[1067]**Sefton-Green.** Op. Cit. s. 21.
[1068]**McKeag, E.C.:**Mistake in Contract: A Study in Comparative Jurisprudence, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2013, s. 78.
[1069]**Jansen, N. ve Zimmermann, R.:***Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules*, Oxford Journal of Legal Studies, C. 31, S. 4, Yıl: 2011, s. 625–662, s. 649.
[1070]**Knapp, C.:***Contract Law*, (ed. Morrison, A.) "Fundamentals of American Law", New York: Oxford University Press, s. 201-236, s. 222.
[1071]**Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 94, **Eren.** Op. Cit. s. 395.
[1072]**Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 101.

varlığını sürdürmüştür.[1073] Roma hukukunda, saikte yanılma *"error in motive"* olarak ele alınmış[1074] ve kural olarak *falsa causa non nocet* ilkesi gereği dikkate alınmamıştır.[1075] Keza, Romalı hukukçulara göre saik, kişinin iç iradesini ilgilendiren bir kavram olduğundan, böylesi bir hata, *bona fides* gereği karşı tarafın avantajını zedelememelidir.[1076] Türk-İsviçre hukukunda da kural olarak saikte yanılma esaslı hata sayılmaz.[1077] Bu durum, TBK 32/c. 1 uyarınca düzenlenmektedir.

Öte yandan, bu kuralın istisnası "temel hatası" kurumudur. Nitelikli bir saikte yanılma hâline işaret eden bu kuruma göre, yanılma esaslı ise, yani yanılan taraf, durumu bilseydi o hukuki işlemi yapmayacak idi ise, belirli koşullar altında saik yanılması, temel hatası olarak nitelendirilmiş ve hukuki bakımdan dikkate alınabilmiştir.[1078] Bu koşullardan en önemlisi, dürüstlük kuralı yani *bona fides*'in hukuki işlemin geçerli olmamasını gerektirmesidir.[1079] Esaslı saik yanılması, *ius commune* hukukçularının çalışmaları ile hukuki işlemlerin geçerliliğini etkileyici bir faktör olarak kabul edilmiştir.[1080]

Buna paralel olarak, Türk-İsviçre hukukunda da TBK 32/c.2 ve c3 uyarınca: "Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına uygun olması hâlinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir." İş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralı ifadesi öğretide objektif bakımdan esaslı olması şartı olarak ele

[1073]**Girard**. Op. Cit. s. 65 vd.
[1074]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 597.
[1075]**Sohm.** Op. Cit. s. 137.
[1076]**Zimmermann. Op**. Cit. s. 597.
[1077]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 176.
[1078]**Eren.** Op. Cit. s. 404, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Loc. Cit.
[1079]**Tahiroğlu ve Erdoğmuş.** Roma Hukuku s. 216 vd.
[1080]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 232.

alınmaktadır.[1081] Eski BK'da "ticari doğruluk" olarak anılan bu şartın, o dönemde dahi aslında TMK 2 anlamında dürüstlük kuralını ifade ettiği savunulmuştur.[1082] Buna göre, iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kurallarına göre makul ve doğru düşünen kişilerce sözleşmenin temeli sayılacak hâllerde, temel hatası söz konusu olabilecektir.[1083] Her ne kadar, esaslı saik yanılması bakımından dürüstlük kuralına uygunluğun ölçülmesi için referans alınacak dürüst davranış prototipi, sıradan bir insana göre daha bilgili ve basiretli bir kimse dikkate alınarak belirlenmekte ise de; bu kural bakımından, *bona fides*'in önemi yadsınamaz. Öte yandan, bu hususta dikkat çeken Fransız hukukunda, sözleşmenin konusu olan şeye yabancı bir hususa ilişkin olarak ortaya çıkan saik yanılmasının dikkate alınmayacağı düzenlenmekte; bununla beraber, Türk-İsviçre hukukunda aranan "iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralı" şartı da, yanılmanın çoklukla sözleşmenin konusu şeye ilişkin olmasını gerektirmektedir.[1084]

Kıt'a Avrupası hukuklarında, yanılma hâlleri bakımından dürüstlük kuralının önemi büyüktür.[1085] Keza, *error nocet erranti* ilkesi de, dürüstlük kuralı gereğince yanılmanın yanılana zarar vereceğini ifade etmektedir. Örneğin, Fransız hukukunda yanılmanın dikkate alınabilmesi için, yanılmanın *bona fides* gereği objektif anlamda esaslı olması aranmaktadır.[1086] Bu durum, TBK 34 uyarınca da düzenlenmiş olup, maddeye göre: "Yanılan, yanıldığını dürüstlük kurallarına aykırı olarak ileri süremez. Özellikle diğer tarafın, sözleşmenin yanılanın kasdettiği anlamda kurulmasına razı

[1081]**Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 106, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 178.
[1082]**Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 407.
[1083]**Eren.** Op. Cit. s. 405.
[1084]**Mélin.** Op. Cit. s. 89.
[1085]Alman hukukunda ise saikte yanılma, sübjektif işlem temelinin çökmesi durumu bakımından da karşımıza çıkmaktadır. **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 466, s. 496.
[1086]**Schermaier, M.J.:***Mistake, Misrepresentation and Precontractual Duties to Inform: the Civil Law Tradition,* (ed. Sefton-Green, R.) "Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 39-65, (Mistake), s. 57.

olduğunu bildirmesi durumunda, sözleşme bu anlamda kurulmuş sayılır." Buna göre, yanılma *bona fides* ilkesine aykırı bir biçimde ileri sürülememekte; taraflar ise *bona fides'*i her aşamada gözetmek durumundadırlar. İsviçre öğretisinde, bu hükmün kıyasen kısmi butlan bakımından da uygulanacağı kabul edilmektedir.[1087]

Avrupa'da ortak bir sözleşmeler hukuku yaratma amacını güden PECL de, irade sakatlıklarını düzenlemekte; yine bu çerçevede yanılma ve aldatma kurumlarını da ele almaktadır. PECL kapsamında yanılma kurumu düzenlenirken özellikle Anglo-Amerikan hukukundan ilham alınmıştır.[1088] PECL 4.103, sözleşmelerin geçerlilik şartına ilişkin olup, karşı tarafın esaslı hataya düştüğünü bilme ve dürüstlük kuralına yani *bona fides* ve "dürüst iş yapma" ilkelerine aykırı olarak susma halini ele almaktadır.[1089] Bu hâlde, hükümde sözleşmenin iptal edilebileceği düzenlenmekte ve dürüstlük kuralına da açıkça vurgu yapılmaktadır. Buna benzer olarak DCFR Art. II-7.201 uyarınca, taraflardan birinin, karşı tarafın yanılmasına dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" ilkeleri uyarınca sebep olması ya da yanılmayı bilebilecek durumda olmasına karşın susması hâlinde, diğer tarafın sözleşme ile bağlı olmayacağı düzenlenmektedir.[1090] UNIDROIT ilkeleri madde 4.202 de,

[1087]Bkz. ATF 123 III 200, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 182-183.
[1088]**Zimmerman ve Jansen.** Op. Cit. s. 649.
[1089]**PECL 4.103:***"(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if:(a)(i) the mistake was caused by information given by the other party; or (ii) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or (iii) the other party made the same mistake, and (b) the other party knew or ought to have known that the mistaken party, had it known the truth, would not have entered the contract or would have done so only on fundamentally different terms."*
[1090]**DCFR II.–7.201:***"(1) A party may avoid a contract for mistake of fact or law existing when the contract was concluded if: (a) the party, but for the mistake, would not have concluded the contract or would have done so only on fundamentally different terms and the other party knew or could reasonably be expected to have known this; and (b) the other party (i) caused the mistake; (ii) caused the contract to be concluded in mistake by leaving the mistaken party in error, contrary to good faith and fair dealing, when the other party knew or could reasonably be expected to have known of the mistake; (iii) caused the contract to be concluded in mistake by failing to comply with a pre-contractual information duty or a duty to make available a means of correcting input errors; or (iv) made the same mistake. (2) However a party may not avoid the contract for mistake if: (a) the mistake was inexcusable in the circumstances; or (b) the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne, by that party."*

sözleşmedeki bir tarafın, karşı tarafın yanıldığını bilebilecek durumda olmasına karşın buna izin vermesi ve bu durumun, dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" ilkelerine aykırılık teşkil etmesi hâlinde; yanılanın, sözleşme ile bağlı olmayacağı düzenlemesini getirmektedir.[1091] Bu hükümlerin amacı da, tarafların makul beklentilerini ve birbirlerine olan güvenlerini dürüstlük kuralı gereğince korumaktır.[1092]

2. *Condicio* (Şart) Bakımından

Geçerlilik unsurlarının yanı sıra, kimi hâllerde hukuki işlemlerde bazı istisnai unsurlar da bulunabilmektedir. Roma hukukundan günümüze, hukuki işlemin istisnai unsurlarından bir tanesi de *condicio* (şart)'dur.[1093] Genel kuralın, hukuki işlemlerin yapıldığı anda hüküm ve sonuç doğurmaları olmasına karşılık; kimi zaman, hukuki sonuçların gerçekleşmesi ya da gerçekleşmeyi sona erdirmesi bir takım olaylara bağlanabilmektedir.[1094] *Condicio*, bir hukuki işlemin hüküm ve sonuçlarının bağlandığı, gerçekleşmesi objektif olarak şüpheli olan olayları ifade etmektedir.[1095] Şart kavramı, taraflara, hukuki işlemleri sübjektif durumlarına göre düzenleme imkânı tanırken, aslında kural olarak hukuk düzeni bakımından dikkate alınmayan saikleri de hukuki işlemin bir parçası hâline getirmektedir.[1096]

[1091] **UNIDROIT 4.202:** *"(1) A mistake of fact or law existing when the contract was concluded may be invoked by a party only if: (a) the other party caused the mistake, (b) the other party knew or ought to have known of the mistake and it was contrary to the principles of good faith and fair dealing to leave the mistaken party in error; or (c) the other party made the same mistake."*

[1092] **Zimmerman ve Jansen.** Op. Cit. s. 655.

[1093] **Eren.** Op. Cit. s. 1185, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 84.

[1094] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 717.

[1095] **Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 244, **Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s. 64, **Burdese.** Op. Cit. s. 232, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 131.

[1096] **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 192.

Roma hukukunda şart konusunda yapılan ve günümüzde de aynı şekilde esas olan en önemli ayrım, *condicio suspensiva* (geciktirici şart) ile *condicio resolutiva* (bozucu şart) ayrımıdır.[1097] Buna göre, hukuki işlemlerin hüküm ifade etmelerinin bağlandığı şartlara, *condicio suspensiva*; bu hükümlerin sona ermelerinin bağlandığı şartlara ise, *condicio resolutiva* adı verilmektedir.[1098] Öte yandan, şart, iradi; tesadüfî ya da karma olabilir. Gerçekleşmesi taraflardan birinin iradesine bırakılmış olan şarta, iradi şart *(condicio potestativa)* adı verilmiştir. Teasüdfi şart ya da *condicio causalis* ise taraf iradesinden bağımsız bir olayı ifade etmektedir. Yine, karma şart *(condicio mixta)* bakımından ise, hem üçüncü bir kişinin hem de sözleşme taraflarından birinin iradesi esas olmuştur.[1099]

Post-klasik dönemde yapılan bu ayrımlar, aslında klasik dönemde de mevcut olmuştur Öte yandan, klasik hukukçuların terminolojisi her zaman açık olmamıştır. Geciktirici şart, *Lex Duodecim Tabularum* (XII Levha Kanunu) döneminide, özellikle kölelik kurumu bahsinde kullanılmış ve daha sonra tüm sözleşmelere sirayet etmiştir.[1100] Genellikle metinlerde *"sub condicionem"* ifadesi mevcutsa, bunun geciktirici şartı ifade ettiği bilinmektedir.[1101] Öte yandan, *stricti iuris* sözleşmelerin şarta bağlı yapılamayacağı kabul edilmiştir.[1102] Yani, bir sözleşmeye "şart" unsurunun eklenebilmesi için, o sözleşmenin *bonae fidei* olması gerekmiş; tarafların böylesi bir belirleme yapabilmes, *bona fides* uyarınca mümkün olmuştur.

[1097]**Pugliese.** Diritto Romano. s. 239, **Oğuzman ve Öz**. Op. Cit. s. 175, **Eren.** Op. Cit. s. 1195.
[1098]**Umur.** Lügat. s. 43, **Karadeniz Çelebican.** Op. Cit. s. 245.
[1099]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 195, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 85.
[1100]**Zimemrmann.** Op. Cit. s.717.
[1101]D.18.1.3, D.18.2.2.
[1102]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 718.

Roma hukukunun klasik döneminde geciktirici şart söz konusu olmuş; bozucu şart varmış gibi görünen hâllerde ise, geciktirici şarta bağlı bir dönme anlaşmasının varlığı kabul edilmiştir.[1103] Yine, dolaylı bir bozucu şart imkânı getirilmesi de özellikle rızai sözleşmeler ve iyiniyet sözleşmeleri açısından söz konusu olmuştur.[1104] Şartın *contra bonos mores* (ahlaka aykırı) olması hâlinde ise, o şart yazılmamış sayılmıştır.[1105] D.28.5.71 ve D.30.64 uyarınca, ölüme bağlı tasarruflar bakımından hileli şartlar batıl kılınmıştır.[1106]

Roma hukukunda kabul edilmiş olup, günümüze ulaşan bir diğer kurala göre, geciktirici şart gerçekleşinceye kadar sözleşme askıdadır.[1107] Şart gerçekleşirse *(condicio exisit),* sözleşme geçerli olacak; aksi hâlde *(condicio deficit)* ise, sözleşme hiç hüküm ve sonuç doğurmamış sayılacaktır.[1108] Buna, belirsizlik aşaması *(condicio pendet)* adı verilmektedir.[1109] Özellikle post-klasik dönem bakımından, belirsizlik aşamasında şartlı hak sahiplerinin beklenen bir hakları olduğu kabul edilmiş olup, korunmaları gerektiğine inanılmıştır. Bu nedenle, şarta bağlı bir taahhütte bulunan kişinin, bu aşamada şartlı hak sahibine zarar verecek *bona fides*'e aykırı davranışlardan kaçınması gerektiği;[1110] aksi hâlde, bu davranışlarından dolayı sorumlu tutulacakları kuralı benimsenmiştir.[1111] Keza, aksi durumda da kıyasen şart gerçekleşmiş sayılabilecektir.[1112] Güncel hukuk bakımından da benimsenen bu sonuç ise, *bona fides*'e dayanmaktadır.[1113]

[1103]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 194.
[1104]**Zimmermann.** Loc. Cit.
[1105]D.28.7.14.
[1106]**Di Marzo.** Op. Cit. s. 69.
[1107]**Girard.** Op. Cit. s. 481.
[1108]**Zimmermann**. Op. Cit. s. 723, **Di Marzo.** Op. Cit. s. 70.
[1109]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 251, **Honsell.** Op. Cit. s. 29, **Burdese.** Op. Cit. s. 235.
[1110]**Zimmermann**. Op. Cit. s. 724.
[1111]**Karadeniz Çelebican.** Op. Cit. s. 252.
[1112]**Umur.** Roma Hukuku. s. 195.
[1113]**Sirmen, A.L.:**Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara: BTHAE, 1992, (Şart), s. 136.

Diğer hukuk düzenlerinde olduğu gibi, Türk-İsviçre hukukunda da mevcut olan bu koruma yükümlülüğünün, borç ilişkisinin özel amacı içinde dürüstlük ve güven kuralları çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.[1114] Bunlar ise, genel davranış yükümlülüklerinden ayrılarak, borç ilişkisinin içeriğine yan yükümlülükler olarak dâhil edilmiş olan ve alacaklının edimle ilgili olarak doğabilecek ve fakat önlenebilecek zararlardan korunmasını amaçlayan davranış yükümlülüklerdir.

Roma hukukunda borçlunun iradesine bağlı olan şartın, *bona fides*'e aykırı olmaması gerekmiştir. Olası bir aykırılık durumunda ise şartın geçersiz sayılacağı kabul edilmiştir.[1115] Yine, şartın gerçekleşmesi aleyhine olacak tarafın, şartın gerçekleşmesini *bona fides*'e aykırı biçimde engellemesi hâlinde, şartın gerçekleşmiş sayılacağı kabul edilmiştir.[1116] *Ulpianus*'a ait D.50.17.161 uyarınca:

> *"In iure civili receptum est, quotiens per eum, cuius interest condicionem non impleri, fiat quo minus impleatur, perinde haberi, ac si impleta condicio fuisset. quod ad libertatem et legata et ad heredum institutiones perducitur. quibus exemplis stipulationes quoque committuntur, cum per promissorem factum esset, quo minus stipulator condicioni pareret."*[1117]

> "Ne zaman ki, menfaati olan bir taraf, bir şartın gerçekleşmesini engellerse; şartın gerçekleşmiş sayılacağı kuralı *ius civile*'ye göre

[1114] **Eren.** Op. Cit. s. 1203.
[1115] **Karadeniz Çelebican.** Op. Cit. s. 247.
[1116] **Tahiroğlu**. Op. Cit. 197.
[1117] D.50.17.161.

kabul edilir. Bu, azat işlemlerine; belirli mal vasiyetlerine; mirasçı atanmasına da uygulanır ve bu kurala göre, *promissor*'un fiilleri sebebiyle *stipulator*'un şarta uygun davranamaması hâlinde de *stipulatio* geçerli sayılacaktır."

Bu durum, hem geciktirici şart; hem de bozucu şart bakımından esastır.[1118] Görüldüğü üzere, şartın gerçekleşmesinden önceki hukuki sonuçlar bakımından, *bona fides* ilkesi büyük önem taşımaktadır. Bu kural, çağdaş hukuklarda da geçerlidir.[1119] TBK 175 uyarınca, "taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesine dürüstlük kurallarına aykırı olarak engel olursa, koşul gerçekleşmiş sayılır. Taraflardan biri, koşulun gerçekleşmesini dürüstlük kurallarına aykırı biçimde sağlarsa, koşul gerçekleşmemiş sayılır." denilmektedir. Zira, şart irade özgürlüğünün alanını oldukça genişletmekte ve başka bir kimsenin faaliyetine etki etmeye imkân vermekte olduğundan *bona fides'*in gözetilmesi gerekmektedir.[1120] Yine, Alman hukukunda BGB § 242'nin özel uygulama alanlarından olan § 161 de tam olarak aynı düzenlemeyi getirmektedir.[1121] Koşulun gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı olarak engellenmesi, kasıtlı ya da ihmalli bir davranışla söz konusu olabilecektir.[1122]

Fransız *Code Civil*'de, şartın düzenlendiği maddeler uyarınca dürüstlük kuralı ifadesi geçmemektedir. Buna karşın, C.Civ. eski 1178. maddede, borçlunun şartın gerçekleşmesini önlediği takdirde, şartın gerçekleşmiş sayılacağı düzenlenmiştir.[1123]

[1118]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 252 vd.
[1119]**von Tuhr.** Op. Cit. s. 739.
[1120]**Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 127, **von Tuhr.** Op. Cit. s. 737.
[1121]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 362 vd.
[1122]**Eren.** Op. Cit. s. 1203.
[1123]**Eski C.Civ. 1178:** *"La condition est réputée accomplie lorsque c'est le débiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement."*

Bu hâlde, mahkemelerin değerlendirme yaparken ölçüt alacakları kavram ise *bona fides* olmuştur.[1124] 2016 yılındaki sözleşmeler hukuku reformu neticesinde kabul edilen yeni madde olan Art. 1304-3 ise, geciktirici şartın gerçekleşmemesinde menfaati olan tarafın, şartın gerçekleşmesini önlemesi hâlinde şartın gerçekleşmiş sayılacağını düzenlemektedir. Öte yandan maddeye, bozucu şartın gerçekleşmesinde menfaati olan tarafın, şartın gerçekleşmesini önlemesi hâlinde, şartın gerçekleşmiş sayılacağı hükmü de eklenmiş; bu çerçevede Türk-İsviçre hukuku ile paralellik sağlanmıştır.[1125] Anglo-Amerikan hukukunda da, şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralına aykırı biçimde önlenmesi hâlinde şartın gerçekleşmiş sayılacağı, mahkeme kararları ile kabul edilmektedir.[1126] Ancak, bu hâlde şartın gerçekleşmesini önleyen tarafın işbirliği yükümlülüğüne aykırı davrandığı kabul edilmekte; işbirliği yükümlülüğü de özünde *bona fides*'e dayanmaktadır.[1127]

Uluslararası metinlerde de şart ve *bona fides* arasındaki bağa değinilmektedir. Örneğin UNIDROIT ilkeleri 5.3.3. madde uyarınca, bir tarafça şartın gerçekleşmesinin dürüstlük kuralı, "dürüst iş yapma" veya iş birliği yükümlülüğüne aykırı biçimde önlenmesi hâlinde, işbu tarafın şartın gerçekleşmediği olgusuna dayanamayacağını düzenlemektedir. *Vice versa*, şartın dürüstlük kuralı, "dürüst iş yapma" veya iş birliği yükümlülüğüne aykırı biçimde gerçekleşmesi hâlinde de, ilgili taraf şartın gerçekleştiği olgusuna dayanamayacaktır. Şartın gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin beklendiği dönemde ise, bir tarafın dürüstlük kuralı ve "dürüst

[1124]Bkz. 3. Chambre Civile de la Cour de Cassation du 23.06.2004 (n°785).
[1125]**C. Civ. 1304-3:**"*La condition suspensive est réputée accomplie si celui qui y avait intérêt en a empêché l'accomplissement. La condition résolutoire est réputée défaillie si son accomplissement a été provoqué par la partie qui y avait intérêt."*
[1126]Bkz. (1881) 6 App. Case. 251.
[1127]**MacMahon, P.:***Good Faith and Fair Dealing as an Underenforced Legal Norm*, Minnesota Law Review, S. 99, Yıl: 2015, s. 2051-2110, s. 2064.

iş yapma" prensiplerine aykırı davranması ve karşı tarafın beklenen hakkını tehlikeye atması, Roma hukukunda olduğu gibi yasaklanmaktadır.[1128]

PECL de, diğer *lex mercatoria* araçlarına paralel olarak şart kavramını düzenlemiş olup, 16.102. maddeye göre, eğer bir şartın gerçekleşmesi *bona fides*, "dürüst iş yapma", iş birliği yükümlülüğüne aykırı ve karşı tarafın dezavantajına olacak şekilde biçimde önlenirse şart gerçekleşmiş sayılacaktır.[1129] Yine, Avrupa'da yeknesak bir sözleşmeler hukuku yaratılmasını amaçlayan DCFR III: 1-206 uyarınca da aynı düzenleme getirilmektedir. Görüldüğü üzere, Roma hukukundan günümüze hukuki işlemlerin istisnai unsurlarından olan şartların geçerliliği bakımından da, *bona fides* önemini giderek artırmıştır. *Bona fides*, farklı hukuk sistemlerini birbirine bağlama yetisi sayesinde, hukukun uyumlaştırılmasında büyük rol oynamaktadır.

B. Sözleşme Serbestîsi ve Sözleşmelerin Rızailiği Bakımından *Bona Fides*

Kişilerin, hukuki ilişkilerini serbestçe kendi iradeleri ile ve kendi sorumlulukları altında düzenleme imkânına irade özerkliği adı verilmekte; bu düşünce ise, her insanın özgür ve sorumluluk sahibi olduğu fikrine dayanmaktadır.[1130] *Kant*, irade özerkliğini istemenin bizatihi, istenilenlerin özelliklerinden bağımsız olarak bir yasa

[1128]**UNIDROIT 5.3.3:** *"(1) If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the non-fulfilment of the condition. (2) If fulfilment of a condition is brought about by a party, contrary to the duty of good faith and fair dealing or the duty of co-operation, that party may not rely on the fulfilment of the condition."*

[1129]**PECL 16.102:** *"(1) If fulfilment of a condition is prevented by a party, contrary to duties of good faith and fair dealing or co-operation, and if fulfilment would have operated to that party's disadvantage, the condition is deemed to be fulfilled."*

[1130]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 456, **Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 501, **Eren.** Op. Cit. s. 16, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 45.

olması şeklinde açıklamakta ve ahlaklılığın en üstün ilkesi olarak görmektedir.[1131] İrade özerkliğinin borçlar hukukundaki görünümü ise sözleşme serbestîsidir.[1132] 19. yüzyılda artan liberal anlayışın etkisi sonucu, irade özgürlüğü ilkesi sözleşmeler hukukuna hâkim olan en önemli ilke hâline gelmiştir. Türk hukukunda bu özgürlük, Anayasa (AY)'nın 48. maddesinde özel olarak ifade edilmektedir.[1133] Buna benzer olarak sözleşme serbestîsi *(Vertragsfreiheit)* ve irade özerkliği, Alman hukukunda da Grundgesetz (GG) Art. 2(1) uyarınca anayasal güvenceye bağlanmıştır.[1134] Fransız hukukunda da, C. Civ. Art. 1134, hukuka uygun olarak kurulmuş bulunan sözleşmelerin, sözleşenler nezdinde kanun gücü kazandığını belirtmek suretiyle, irade özerkliğine verilen önem vurgulamaktadır.[1135] Keza, Anglo-Amerikan hukukunda da, sözleşme serbestîsi büyük önem taşımakta ve özel hukukun temel taşı kabul edilmektedir.[1136]

Sözleşme, kişilerin iradesinin hür ifadesi olarak görülmekte olup, özel hukukun temel ilkesi olan sözleşme özgürlüğü kavramı bünyesinde pek çok unsuru barındırmaktadır.[1137] Kişilere, hukuki ilişkilerini serbest iradeleri doğrultusunda, hukuk düzeninin çizdiği sınırlar içerisinde düzenlemeleri imkânını sunan sözleşme özgürlüğü, irade özerkliğinin bir boyutunu oluşturmaktadır.[1138] Sözleşme serbestîsi,

[1131]**Kant, I. (çev. Ioanna Kuçuradi):**Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013, s. 88, **Aral.** Op. Cit. s. 117, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 458.
[1132]**Eren.** Op. Cit. s. 17.
[1133]**AY 48/I:***"Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir."*
[1134]**Roth.** § 242, No: 425, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 456, **von Tuhr.** Op. Cit. s. 242, **Eren.** Op. Cit. s. 313, **Pieck.** Op. Cit. s. 111.
[1135]**Mélin.** Op. Cit. s. 69.
[1136]**Scheiber, H.N.:***Notes*, (ed. Scheiber, H.N.) "The State and Freedom of Contract", Stanford: Stanford University Press, 1998, s. 301-365, s. 355.
[1137]Türk hukukunda AY 48 ile garanti altına alınan sözleşme yapma özgürlüğünün, çeşitli sınırları vardır. TBK 27/I uyarınca: *"Kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür."* Görüldüğü üzere, *ius cogens* (emredici hukuk kuralları) sözleşme serbestîsinin ilk sınırını oluşturmaktadır. **von Tuhr.** Op. Cit. s. 243, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 129.
[1138]**Schwenzer.** Op. Cit. s. 175-176**, Gürzumar.** Zorunlu Unsur. s. 42.

bir sözleşmeyi yapıp yapmama; sözleşmenin karşı tarafını dilendiği gibi seçme; sözleşmenin konusunu istenen biçimde belirleme; sözleşmede değişiklik yapma; sözleşmeyi ortadan kaldırma ve sözleşmeyi dilendiği şekilde yapma özgürlüklerini kapsayan bir genel kavramdır.[1139] Her ne kadar, sözleşmeyi yapıp yapmama; karşı tarafı seçme; değişiklik yapma ve ortadan kaldırma özgürlüğü olsa dahi, sözleşmenin konusunu istenen biçimde belirleme ve şekil özgürlüğü olmadığından Roma hukukunda sözleşme serbestîsinden tam olarak bahsetmek mümkün değildir.[1140]

Sözleşme serbestîsi kavramı kaynağını, 19. yüzyıldan itibaren gelişen doğal hukuk anlayışında ve özellikle de ekonomik liberalizmde bulmaktadır. Zira, ortaçağda mevcut olan feodal toplum anlayışı, kişilere malik oldukları taşınmazlara göre sahip oldukları statüler sağlamış ve bu nedenle kişiler serbestçe sözleşme yapamamışlardır.[1141] 17 ve 18. yüzyılda ise, özellikle Fransız Devrimi ile başlayan özgürlükçü ve bireyci akım, bu eğilimi tersine çevirmiş; 18. yüzyılda başlayan sanayi devriminin ekonomik paradigmayı değiştirmesi ile de, yeni bir dönem başlamıştır. Buna göre, bireysel özgürlüğün üstün olduğu bir toplumda, kişiler malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edebilmeli ve diledikleri kişilerle; diledikleri sözleşmeyi; diledikleri şekilde yapabilmelidirler.[1142]

18 ve 19. yüzyılda başlayan kodifikasyon hareketlerinin bu çerçevede en önemli olanı, kuşkusuz devrimi ile *"liberté, égalité, fraternité"* (özgürlük, eşitlik, kardeşlik) değerlerini yücelten Fransız hukuku olmuştur. Fransız hukukunda, *autonomie de la*

[1139]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 503, **Eren**. Op. Cit. s. 317, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 130.
[1140]**Rado**. Borçlar Hukuku. s. 59 vd.
[1141]**Sirmen, A. L.:**Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara: 1972, (Sözleşme), s. 441-442.
[1142]**Kocayusufpaşaoğlu.** Loc. Cit.

volonté (irade özerkliği) büyük önem taşımış; bundan ötürü, *pacta sunt servanda* ilkesi sıkı sıkıya kabul edilmiştir. Modern Kıt'a Avrupası sözleşme hukukunun temelleri, ilk etapta *Domat* tarafından *"Les Loix Civiles Dans Leur Ordre Naturel"* isimli eseri sayesinde atılmış; daha sonra bu görüşler, *Pothier* ve Fransız C. Civ. tarafından benimsenmiştir.[1143] Öte yandan, kendi teamüllerinden olmadığından bahisle, Romanist sözleşmeler sisteminin elimine edilmesi gerekliliğini de savunmuşlardır.[1144] Böylelikle, Roma hukukunda tam anlamıyla mevcut olmayan sözleşmelerin rızailiği, esas prensip olarak kabul edilmiştir. Daha sonra ise, doğal hukukçular *Grotius, Pufendorf* ve *Wolff*'un çalışmalarıyla, Kıt'a Avrupası hukukunda sözleşme kavramı tam olarak şekillendirilmiştir.[1145] Almanca *"Vertrag"* sözcüğü, modern anlamda sözleşme olarak ilk defa *Wolff* tarafından kullanılmış olup, iradelerin uyuşması sözleşmesel sorumluluğun temeli olarak kabul edilmiştir.[1146]

Bununla beraber, sözleşmelerin rızailiği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri ile *bona fides* arasında önemli bir ilişki vardır. Nitekim, *bona fides* bilinç sahibi olan ancak nasıl davranacağını bilmeyen insanoğlunun, bilinci ile iradi davranışları arasında bir köprü görevi görmekte ve karar alma mekanizmasını netleştirmektedir.[1147] Bu nedenle, Roma hukukunda *bona fides*, irade özerkliğine verilen önemi artırmış ve sözleşme serbestîsine geçişi kolaylaştırmıştır.[1148] Öte yandan, irade özerkliğine dayanan sözleşme özgürlüğü, tüm çağdaş hukuk sistemlerinde bir takım hukuk ötesi ilkelerle sınırlandırılmaktadır.[1149] Bunlardan bir tanesi de *bona fides* olup, bu durum, dürüstlük kuralından doğan sözleşme yapma yükümlülüğünde kendini

[1143] **Villey.** Droit Romain. s. 54.
[1144] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 567.
[1145] **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 64.
[1146] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 568.
[1147] **Severino.** Op. Cit. s. 56.
[1148] **Cardilli.** Buona Fede. s. 341.
[1149] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 706.

göstermektedir. Keza, *bona fides*, sadece hakların değil aynı zamanda hukuki kurumların da güvencesidir. Bundan ötürü, her ne kadar Roma hukukunda doğmuş ve şekillenmiş dahi olsa bu ilkeye atfedilen önem gün geçtikçe artmaktadır. Öğretide bir görüş, sözleşmelerin rızailiğinin ve sözleşme özgürlüğü ilkesinin kabulünden önceki dönemde genel bir *bona fides* ya da *mala fides* teorisinin kabul edildiğini söylemenin mümkün olmadığı yönündedir.[1150] Ne var ki, dürüstlük kuralı Roma hukukunda eski dönemlerden beri mevcuttur. Buna karşın, sözleşmelerin rızailiği ve sözleşme özgürlüğü ilkeleri, *bona fides*'in uygulama alanını genişleterek; bu ilkenin günümüze ulaşmasını sağlamıştır.

Çağdaş hukuklarda da, sözleşme özgürlüğü ilkesi ile *bona fides* arasındaki ilişki önem taşımakta olup, Avrupa'da yeknesak bir sözleşme hukuku oluşturmayı hedefleyen PECL, bunu açıkça hükme bağlamıştır. "Sözleşme Özgürlüğü" başlıklı 1.102 numaralı ilkeye göre, taraflar sözleşme yapıp yapmada ve sözleşmenin içeriğini belirlemede serbesttirler. Öte yandan, tarafların bu serbestîsi *bona fides*, "dürüst iş yapma" ve bu ilkelerce belirlenen bağlayıcı kurallarla getirilen prensiplerin gerekleri ile açıkça sınırlandırılmaktadır. Buna karşın, ilkelerce aksi öngörülmedikçe, tarafların bu kurallardan herhangi birinin uygulanmayacağını kararlaştırmaları ya da etkilerini değiştirmeleri mümkündür.[1151] Buna benzer olarak, DCFR 1:102'de aynı düzenlemeyi getirmektedir.[1152]

[1150] **Ibid.,** s. 44.

[1151] **PECL 1.102:** *"(1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the 12 requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles. (2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or 13 vary their effects, except as otherwise provided by these Principles."*

[1152] **DCFR II-1:102:** *"Party autonomy (1) Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules. (2) Parties may exclude the application of any of the following rules relating to contracts or other juridical acts, or the rights and obligations arising from them, or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided. (3) A provision to the effect that parties may not exclude the application of a rule or derogate from or*

CISG bakımından da irade özerkliği, Antlaşmanın dayandığı temel ilkelerden bir tanesi biçiminde ele alınmaktadır. Buna dayanak olarak ise, Antlaşmanın 6. maddesi gösterilmektedir.[1153] İlgili madde uyarınca taraflar, sözleşmesel ilişkilerine CISG'nin uygulanmayacağını kararlaştırabilecekleri gibi; 12. madde saklı kalmak şartıyla, Antlaşmanın hükümlerine istisna getirebilmekte veya hükümlerinin doğurabileceği etkileri değiştirebilmektedirler. Keza, CISG'nin pek çok hükmünde[1154] "taraflar aksini kararlaştırmadıkça" ibaresine rastlamak mümkün olup, bu da, Antlaşmanın sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliğine dayandığını göstermektedir.[1155] UNIDROIT ilkeleri de, uluslararası ticaretin temel ilkesi olarak görülen sözleşme serbestîsini, özel olarak düzenlemektedir.[1156] Tarafların, sözleşme yaparken ve sözleşmenin içeriğini belirlerken serbest oldukları, 1.1. madde uyarınca hükme bağlanmaktadır.[1157] Bununla beraber, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamalardan bir tanesinin ise, 1.7. madde gereğince dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" ilkelerine aykırılık olduğu kabul edilmektedir.[1158] Roma hukukunda temelleri atılmaya başlayan sözleşme özgürlüğü ilkesi, *bona fides*'in gözetilmesi kuralını garanti altına alırken; *bona fides* ise, gerek bizatihi dürüstlük kuralı olarak, gerekse doğurduğu yavru ilkeler sayesinde sözleşme özgürlüğünü sınırlandırmaktadır. Öte yandan, sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması ise, özünde bu özgürlüğün güvence altına alınmasını ifade etmekte olduğundan; *bona fides*'in sözleşme hukukunun garantisi olduğu söylenebilecektir.

---

vary its effects does not prevent a party from waiving a right which has already arisen and of which that party is aware."

[1153]**Gül, H.:***Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit under CISG*, Hacettepe Law Review, C. 6, S. 1, Yıl: 2016, s. 77-102, s. 80.

[1154]CISG 35(2) ve 9(2) bunlara örnek olarak gösterilebilmektedir.

[1155]**Gül.** Op. Cit. s. 81.

[1156]**Lookofsky, J.:***The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT 'Restatement' and Danish Law*, Oxford Journal of Comparative Law, C. 46, S. 3, Yıl: 1998, s. 485-508, (Contract Freedom), s. 493.

[1157]**UNIDROIT 1.1:***"The parties are free to enter into a contract and to determine its content."*

[1158]**Lookofsky.** Contract Freedom. s. 494.

1. Roma Hukukunda Sözleşmeler Sistemi

Roma hukukunda, sözleşme özgürlüğü yerine adeta bir sözleşmeler sistemi mevut olmuştur.[1159] Esasında, Roma hukukunun en eski devirlerinde çok az sayıda sözleşme tipi tanınmış olup, bu sözleşmeler, özgür *pater familias*'lar tarafından yapılmıştır.[1160] Bunlar arasında en eskisi, satım sözleşmesinin kökenini oluşturan *nexum*[1161] ve *stipulatio*'dur.[1162] Klasik hukuk döneminden itibaren ise, Roma hukukundaki borç kaynaklarının en önemli grubunu, *obligationes ex contractu* (sözleşmelerden doğan borçlar) oluşturmuştur.[1163] Sinallagmatik sözleşmeler de cumhuriyet döneminin son yüzyılında ortaya çıkarak, *actiones bonae fidei*'ye vücut vermiştir.[1164] Öte yandan, Roma hukukunda *contractus* ifadesi, sadece *ius civile* tarafından tanınan sözleşmelere işaret etmiş ve *numerus clausus* olarak sayılmıştır.[1165] *Ius civile*, özellikle ilk dönemlerde oldukça şekilci olduğundan, *consensus* yani iradelerin uyuşması sözleşmenin kurulması için yeterli görülmemiştir.[1166] Sözleşmelerin kurulabilmesi için, genellikle bir takım sözlerin belirli şekillerde söylenmesi ya da bir şeyin verilmesi aranmıştır.[1167]

[1159] **Talamanca.** Diritto Romano. s. 273, **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 31.
[1160] **Villey.** Droit Romain. s. 112.
[1161] Roma hukukundaki en eski sözleşme, *nexum* adı verilen; şekle bağlı hukuki işlemdir. Bu işlem, *per aes et libram* yapılmış olup, satım sözleşmesinin kökenini oluşturmuştur. Kronolojik olarak, daha sonra, sözlü sözleşmelerden olan *stipulatio*, bunu takiben de yazılı sözleşmeler gelmiştir. **Girard.** Op. Cit. s. 441.
[1162] **Burdese.** Op. Cit. s. 487.
[1163] **Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s. 52 vd, **Honsell.** Op. Cit. s. 100, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 289, **Robaye.** Op. Cit. s. 197.
[1164] **Monier.** Tome II. s. 117.
[1165] **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 59.
[1166] **Umur.** Lügat. s. 46, **Erdoğmuş.** Op. Cit. s. 53 vd.
[1167] **Rado.** Op. Cit. s. 61.

Roma hukukunda sözleşmelerin *numerus clausus* olarak sayıldığı, *Gaius*'un *Institutiones*'inde açıkça görülmektedir.[1168] Gai.*Ins.*3.89 uyarınca: *"Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harun auten quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu."*, "Öncelikle, sözleşmeden doğan borçları görelim. Bunlar dört çeşittir. Zira, her borç ilişkisi bir şeyle; sözlerle; yazılarla ya da rıza ile kurulur."[1169] Burada bahsi geçenler, elbette *ius civile* uyarınca borç doğurucu özelliği olan sözleşmeleri ifade etmektedir.[1170] Diğer bir ifade ile, *numerus clausus* olarak sayılan *contactus*'lar bir *actio* ile müeyyidelendirilmiş olanlardır.[1171] Anlaşılacağı üzere, Roma hukukunda sözleşmeler bakımından kural olarak tipe bağlılık ilkesi geçerli olmuştur.[1172]

Gaius'un metnine göre, sözleşmeler, ayni; sözlü; yazılı ya da rızaidirler.[1173] Ayni sözleşmeler *(re contrahitur)*, rızaların uyuşmasına ek olarak, bir şeyin verilmesi ya da yapılması; örneğin, *possessio* (zilyetlik) ya da *detentio*'nun nakli ile kurulabilmiştirler.[1174] Roma hukukunda ayni sözleşmeler grubunu: *Mutuum* (tüketim ödüncü), *commodatum* (kullanım ödüncü), *depositum* (saklama) ve *pignus* (rehin) sözleşmeleri oluşturmuştur.[1175] *Mutuum*, ayni sözleşmelerin en eskisi olup, her

[1168]**Akıncı, Ş.:**Roma Borçlar Hukuku, Konya: Sayram Yayınevi, 7. Baskı, 2017, (Borçlar Hukuku), s. 14 vd.,**Villey.** Op. Cit. s. 115.
[1169]*Ins* 3.13.2 metni de aynı şekildedir. **Arangio-Ruiz.** Op. Cit.s. 296.
[1170]**Accarias.** Op. Cit. s. 194 vd., **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 32.
[1171]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 123.
[1172]**Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s. 48 vd.
[1173]**Brégi.** Op. Cit. s. 23.
[1174]**Tahiroğlu.** Op. Cit.s. 127, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 236, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 218, **Honsell.** Op. Cit. s. 102, **Robaye.** Op. Cit. s. 213**, Brégi.** Op. Cit. s. 115, **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 40
[1175]Ayni sözleşmeler, hem irade uyuşması; hem de bir şeyin teslimi ya da bir işin yapılması anlamına gelen *consensus + res* formülü ile düzenlenmiştir. Çağdaş hukukta da, istisnai olarak ayni sözleşmeler mevcuttur. Buna örnek olarak, Türk Ticaret Kanunu (TTK) madde 768'de yer alan taşıma sözleşmesi verilebilecektir. Ne var ki, ayni sözleşme kavramı Türk-İsviçre borçlar hukukuna büyük ölçüde yabancıdır. **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 213, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 303, **Robaye.** Op. Cit. s. 229.

zaman *stricti iuris* bir sözleşme olarak kalmıştır.[1176] Keza, *Gaius* da ayni sözleşmeler bahsinde sadece *mutuum*'u ele almaktadır.[1177] Bununla beraber, Roma hukukunda ayni sözleşmelerin alanı, *contracti innominati* (isimsiz sözleşmeler)'nin ortaya çıkmasıyla genişlemiş, *Iustinianus* döneminde bunlar *"do ut des"* (veriyorum vermen için); *"do ut facias"* (veriyorum yapman için); *"facio ut des"* (yapıyorum vermen için) ve *"facio ut facias"* (yapıyorum yapman için) olmak üzere dört ana grup altında toplanmışlardır.[1178] Bunlar arasında en önemlileri ise, *aestimatum* (satış için tevdi); *permutatio* (trampa); *transactio* (sulh) ve *precarium* sözleşmeleri olarak sayılmaktadır.[1179] Öte yandan, bu sözleşmeler bakımından da, iyiniyet sözleşmeleri olmaları sebebiyle *bona fides* her zaman önem taşımıştır.

Roma hukukunda ortaya çıkmış ikinci sözleşme grubunu, sözlü sözleşmeler *(verbis contrahitur)* oluşturmuştur.[1180] Bu sözleşmelerin geçerli olarak kurulabilmeleri için, tarafların iradelerini belirli sözlü bir şekle tabi olarak açıklamaları gerekmiştir.[1181] Klasik hukuk döneminde en önemli sözlü sözleşme tipi *stipulatio*'dur.[1182] *Stipulatio*'nun önemi ise Roma sözleşmeler sistemine egemen olan tipe bağlılık ilkesinin, bu sözleşme tipi ile aşılabilmiş olmasıdır.[1183] *Stipulatio*'nun yanı sıra, *dotis dictio* (cihaz vaadi) ve *promissio iurata liberti* (azadlıların efendilerine hizmet

[1176]**Girard.** Op. Cit. s. 445.
[1177]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 62.
[1178]**Erdoğmuş.** Op. Cit. s. 103, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 284, **Monier.** Tome II. s. 189.
[1179]Öte yandan, bu sözleşmeler Roma sözleşmeler sistemine dâhil olan diğer sözleşmelerin özelliklerini taşıdıklarından, ayrıca incelemeye alınmamıştır. Örnek olarak, malın satış bedelinin bir kısmını karşı tarafa vermek üzere bir malın satılması için bir başkasına teslim edilmesini ifade eden *aestimatum* sözleşmesi, aslında *mandatum* (vekâlet), *emptio venditio* (alım satım) ve *lcoatio conductio operis* (eser) sözleşmelerinin özelliklerini taşımaktadır. *Permutatio* sözleşmesinin dava *formula*'sı ise, *actio empti* ile aynıdır. Günümüzde de isimsiz sözleşmeler mevcut olup, bunlar, kanunda düzenlenen sözleşmelerin tipik unsurlarını içerisinde barındırdıklarından "karışık muhtevalı akit" adı da almaktadırlar. **Zimmermann.** Op. Cit. s. 537, **Kuntalp, E.:**Karışık Muhtevalı Akit, Ankara: BTHAE, 2013, s. 36.
[1180]**Honsell.** Op. Cit. s. 101, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Loc. Cit, **Robaye.** Op. Cit. s. 215 vd.
[1181]**Girard.** Op. Cit. s. 494.
[1182]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 130.
[1183]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 38.

edeceklerine dair bulundukları yeminli vaat) de sözlü sözleşme tipleri arasında sayılmıştır.[1184]

Yazılı sözleşmeler *(litteris contrahitur)* ise, sözlü sözleşmeler gibi şekle tabi olmuştur. Bunların en önemlisi *Gaius* tarafından bahsedilen[1185] ve post-klasik dönemde tamamen ortadan kalkmış olan, *nomen transcriptium*[1186] (*pater familias*'ın alacağının günlük hesap defterine kaydı)'dur.[1187] Roma hukukunda en son ortaya çıkan sözleşme türü ise, rızai sözleşmelerdir. Özellikle, şekle bağlı olmayan rızai sözleşmelerin, *bona fides* ile yakın ilişkide olduğu söylenebilir.[1188]

Roma hukukunda sözleşmelerin *numerus clausus* olarak belirlenmesi, ekonomik açıdan da önem taşımaktadır. Öğretide bir görüşe göre, sözleşmeler hukukunda *numerus clausus* ilkesinin benimsenmesi bilgi asimetrisini azaltmakta; bu nedenle, *bona fides*'in yeknesak olarak uygulanmasını kolaylaştırmaktadır.[1189] Öte yandan, kanımızca sözleşme özgürlüğü paradigmasında da, *bona fides* pek çok sorunu çözebilecek niteliktedir. Nitekim, Roma hukukunda rızai sözleşmelerin *pactum*'lar vasıtasıyla genişlemesi hâlinde, *bona fides* başvurulan en faydalı gereçlerden olmuştur. *Bona fides*, esasında sözleşme özgürlüğünü tamamlayıcı bir yapıya sahiptir ve tarafları her durumu özel olarak belirleme maliyetinden kurtararak ekonomik etkinlik sağlamaktadır.

[1184]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 63.
[1185]Gai.*Ins.*3.128.
[1186]Bu kayıtların toplamına, *codex accepti et expensi* ya da *tabulae acepti et expensi* adı da verilmektedir. **Girard.** Op. Cit. s.505, **Robaye.** Op. Cit. s. 246 vd.
[1187]**Umur.** Roma Hukuku. s. 354, **Honsell.** Op. Cit. s. 102, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 250.
[1188]**Robaye.** Op. Cit. s. 249.
[1189]**Del Granado**. Op. Cit. s. 312.

2. Rızai Sözleşmelerin *Bona Fides*'in Gelişimine Etkisi

14. yüzyıldan itibaren *bona fides* ilkesi, Roma hukukunda istisnai olarak uygulanmaktan çıkmış ve kural halini almıştır. Bu durumun öncüsü ise, "rızai sözleşmeler" adı verilen sözleşme grubudur.[1190] Rızai sözleşmeler, salt iradelerin uyuşması ile kurulan, bir diğer deyişle karşı tarafa bir şey teslim etmeksizin ya da şekli bir muamele yapmaksızın kurulan konsensüel sözleşmeleri ifade etmektedir.[1191] Kural olarak, rızai sözleşmelerin sinallagmatik olduğu ve *bona fides*'e dayandığı kabul edilmektedir.[1192] Her ne kadar, öğretide kimi zaman, rızai sözleşmelerin iyiniyete dayandığı belirtiliyor olsa[1193] da, esasında bu sözleşmelerin dayandığı temel ilke, objektif bir yapıya sahip olup, dürüstlük kuralını ifade etmektedir. Diğer bir ifade ile, rızai sözleşmeler, varlıklarını *bona fides*'e borçludur; zira, bu borç ilişkilerinin temeli *bona fides* ve buna bağlı olarak *aequitas naturalis* düşüncesidir.[1194] Roma hukukunda yer almış olan dört rızai sözleşme, modern sözleşmeler hukukunun ana iskeletini oluşturmakta; Romanist rızai sözleşmeler, sözleşmeler hukukunun *bona fides* ile bağlı olduğuna vurgu yapmaktadır.[1195] Taraflar, rızai sözleşmeleri yaparken, hakkaniyete ve dürüstlük kuralına uygun davranmayı zımni olarak da üstlenmektedirler.[1196] Keza, rızai sözleşmelerden doğan davalar da *iudicia bonae fidei* niteliğindedir.[1197] Nitekim, öğretide de bu dört

[1190] **Honsell.** Op. Cit. s. 103, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 336.
[1191] İrade beyanlarının uygunluğu anlamına gelen *consensus*, doğal iradelerin, fiili olarak ve beyanların anlam olarak birbirine uygun olmasını ifade eder. Buna göre uygunluk, doğal uygunluk ile normatif uygunluk şeklinde karşımıza çıkar. Sözleşme taraflarının fiili olarak birbirlerini doğru anlamasını ifade eden doğal uygunluğun olmadığı hâllerde, tarafların birbirlerinin irade beyanlarına güven teorisi uyarınca verdikleri anlamı ifade eden normatif uygunluk aranmaktadır. **Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s.70 vd., **Eren.** Op. Cit. s. 246.
[1192] Bu durum, "*alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet.*" şeklinde ifade edilmektedir. **Borkowski.** Op. Cit. s. 265, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 208.
[1193] **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 114.
[1194] **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 73, **Waldstein.** Op. Cit. s. 76.
[1195] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 19.
[1196] **Brégi.** Op. Cit. s. 139.
[1197] **Erdoğmuş**. Borçlar Hukuku. Loc. Cit.

sözleşme türü bakımından borçlar hukukunun günümüze kadar gelmiş en önemli ilkelerinin ortaya konduğu belirtilmekte[1198] ve bunun esas nedeninin ise, rızai akitlerin *bona fides*'in Roma hukukunda büyük ölçüde dikkate alınmasını sağlamış olduğunun altı çizilmektedir.[1199]

Öğretide, rızai sözleşmelerin temelinin Yunan felsefesinin etkisiyle, irade özgürlüğü olduğu savunulmaktadır. Öte yandan, bugün hâkim görüş bu sözleşmelerin *praetor*'larca yaratıldığı ve *praetor*'ların ise *bona fides*'i ölçüt olarak aldıkları yönündedir.[1200] Bu fikre göre *fides*, hem salt rızaya dayalı olarak karşılıklı sözler verilmesinin yeterli sayılmasını sağlamış; aynı zamanda karşı edimlerin kaynağını oluşturmuştur.[1201]

Roma hukukunda karşımıza çıkmış rızai sözleşmelerin en önemlisi, *emptio venditio* (alım satım) sözleşmesidir. Yine, kira; hizmet ve iş sözleşmelerini bünyesinde toplayan *locatio conductio* da, *bona fides*'e uyma yükümlülüğü içeren hükümleri dolayısıyla, büyük önem taşımıştır.[1202] Bunların yanı sıra, *fides*'e dayanan *societas* (ortaklık) ve *mandatum* (vekâlet) sözleşmeleri de rızai sözleşmeler arasında sayılmaktadır. Rızai sözleşmelerin hepsi, şekle bağlı olmaksızın, çoğunlukla sinallagmatik olarak kurulan sözleşmelerdir. Sözleşmenin sinallagmatik oluşu ile *bona fides*'in önemi arasında pozitif bir korelasyon mevcuttur. Zira, sözleşme karşılıklı iki tarafa borç yüklemekte ise, tarafların birbirlerine karşı olan sadakatleri daha da önem kazanmaktadır. [1203]

[1198]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s 192.
[1199]**Erdoğmuş.** Loc. Cit.
[1200]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 73.
[1201]Buna örnek olarak ise, *mandatum* (vekâlet) sözleşmesinde vekilin masraf yapması hâli verilebilecektir. **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 74.
[1202]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 298.
[1203]**Girard.** Op. Cit. s.543, **Cardilli**. Bona Fides. s. 83.

Cicero'nun metinleri incelendiğinde de, özellikle alım satım, ortaklık ve vekâlet gibi rızai sözleşmelerin en önemli *bonae fidei* sözleşmeler arasında sayıldığı görülmektedir.[1204] Öte yandan, ayni; yazılı ve sözlü sözleşmelerin aksine, rızai sözleşmelerin şekle bağlı oldukları ya da *stricti iuris* oldukları bir öncül dönem olmamıştır.[1205] Günlük hayat bakımından sıklıkla karşılaşılan ortaklık, vekâlet, alım satım, kira, hizmet ve eser sözleşmeleri gibi sözleşmelerde *bona fides*'in dikkate alınması gerektiği, *Scaevola* tarafından da sıklıkla belirtilmiştir.[1206] Rızai sözleşmelerin, *iudicia bonae fidei'*ye ve tarafların *exceptio doli* ileri sürme imkânına vücut vermesi, *bona fides'*in bu sözleşme tipi bakımından önemini gözler önüne sermektedir.[1207]

Rızai sözleşmelerin Roma hukukunda gelişimi ise, *ius gentium* sayesinde olmuştur. Zira, bu sözleşmelerin kökeni, uluslararası ticaret uygulamalarına dayanmakta olup, bu sözleşmeler, *ius gentium* sözleşmeleri olarak da adlandırılmış ve yabancıların da bunlara taraf olabilecekleri kabul edilerek, dürüstlük ve hakkaniyete büyük önem verilmiştir.[1208] Keza, yavaş yavaş ticaret hayatının ihtiyaçlarını karşılamak adına ve özellikle de *praetor*'ların faaliyetlerinin yardımıyla, tarafların salt *consensus*'ları ile sözleşmenin kurulabileceği, yani sadece *consensu*s ile borç doğabileceği kabul edilmiştir.[1209] *Ius gentium* sayesinde doğan bu sözleşmeler, M.S. 2. yüzyıldan sonra ise *ius civile* içerisine alınmıştır. Böylece, başta *emptio venditio* (alım satım) olmak üzere tüm rızai sözleşmeler, Roma devletinin sınırları içinde yaşayan herkes için

[1204]**Oğuz.** Unidroit. s. 17.
[1205]**Girard**. Loc. Cit.
[1206]**Oğuz.** Loc. Cit.
[1207]**Robaye.** Op. Cit. s. 249.
[1208]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 114, **Brégi.** Op. Cit. s. 24.
[1209]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 61.

uygulama alanı bulmuştur.[1210] Ancak, bunlar her zaman istisnai kalmıştır. Zira, *consensus*'a dayalı olarak sözleşmenin kurulması, olgunlaşmış bir hukuk kültürünün ürünüdür.[1211]

Örneğin, bir rızai sözleşme olarak *mandatum* (vekâlet) sözleşmesinin gelişiminde de, diğer tüm rızai sözleşmelerde olduğu gibi *ius gentium*'un etkisi olduğu kabul edilmektedir. Zira, Roma'nın genişlemesiyle uluslararası ticaret yapan iş adamları, kendi ad ve hesaplarına bazı hukuki işlemler yapılmasını yabancılara da bırakmak zorunda kalmışlar; bu sebeple de, şekilsiz rızai bir sözleşme olarak *mandatum* ortaya çıkmıştır. Öte yandan, *procuratio* (vekâlet kurumu) ise *ius civile*'de çok eskiye dayanmaktadır.[1212]

Digesta metinlerinde de, rızai sözleşmelerin kökeninin *ius gentium*'da yattığına ilişkin çeşitli örneklere rastlanılmaktadır. Örneğin, D.1.1.5' e göre:

> *"Ex hoc iure gentium introducta bella, discretae gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt."*
>
> "*Ius gentium*'un sonucunda savaşlara başlanıldı; milletler bölündü; krallıklar kuruldu; mülkiyet hakkı kişiselleştirildi; malların sınırları

[1210]**Rado, T.:***Alım satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuza Tesiri,* A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul: 1955, (Alım Satım), s. 498 vd.
[1211]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 60, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 32, **Pugliese.** Op. Cit. s. 557 vd.
[1212]**Rado.** Op. Cit. s. 151.

çizildi; binalar yapıldı; ticaret başladı ve doğrudan *ius civile* tarafından tanınanlar haricinde alım satım ve *locatio conductio* sözleşmeleri meydana getirildi."

Yine, *Institutiones*'de rızai sözleşmelerin kökeninin *ius gentium* olduğu, *"ex hoc iure gentium et omnes paene contractus introducti sunt, ut emptio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum, et alii innumerabiles."*[1213] sözcükleri ile ifade edilmiştir. Buna göre, "alım satım, kira, hizmet, eser, ortaklık, saklama, tüketim ödüncü ve birçok sözleşme *ius gentium* tarafından meydana getirilmiştir."

16. yüzyılda ise, *ius gentium* vasıtasıyla gelişen sözleşmelerin rızailiği prensibi, istisnaları olmakla beraber artık kural hâline gelmiştir.[1214] Öğretide, rızai sözleşmelerin gelişiminin Roma hukukunun en önemli başarılarından olduğu kabul edilmektedir.[1215] Roma hukukunda *numerus clausus* olarak sayılmış olmalarına karşılık; sözleşmelerin rızailiği başta Türk-İsviçre hukukunda olmak üzere, modern hukuk sistemlerinde kural olarak kabul edilmektedir. TBK 1 uyarınca, "sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur." Buna göre, dürüstlük kuralı ise kural olarak rızai olan sözleşmelerin her aşamasında dikkate alınacaktır. Sözleşmelerin rızailiği prensibini ifade eden bu ilke, İtalyan C.c. Art. 1325'e de alınmıştır. Kıt'a Avrupası hukukunda uzun yıllar, formalizmin sözleşme özgürlüğünün ikiz kardeşi olduğuna ve onu garanti altına aldığına inanılmıştır.[1216] Bununla beraber, Fransız hukukunda *Ancient Règime* sonrasında sözleşmelerin rızailiği kural olarak kabul edilmiş; bu çerçevede sözleşmelerin

[1213] *Ins.*1.2.2.
[1214] **Gazzoni, F.:**Obbligazioni e Contratti, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015, s. 1008.
[1215] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 230.
[1216] **Charpentier, É.:**Paradoxe *de la Theorie du Contrat: L'opposition Formalisme/Consensualisme,* Les Cahiers de Droit, C. 43, S. 2, Yıl: 2002, s. 275-296, s. 278.

soyutluğu ilkesi de benimsenmiştir.[1217] Alman hukuku da sözleşmelerin rızailiği ilkesini, sosyal ve ekonomik gerekler neticesinde kabul etmekte; bu ilkenin denetimi için ise, *bona fides* mekanizmasını kullanmaktadır.[1218] Anglo-Amerikan hukukunda ise, *consensus*'un oluşması hâlinde; taraflar arasındaki müzakere kapısının kapatılacağı ve sözleşmenin kurulacağı kuralı esastır.[1219]

Avrupa sözleşme hukuku bakımından da, sözleşmelerin rızailiği esas prensip olarak kabul edilmektedir. Nitekim, PECL madde 2.101'in lafzında açıkça geçmemesine karşılık, bu maddenin, sözleşmelerin rızailiğini düzenlediği kabul edilmektedir.[1220] CISG'nin şekil özgürlüğüne ilişkin olan 11. maddesi ise, açıkça sözleşmelerin rızailiğini hükme bağlamaktadır.[1221] Maddeye göre: "Satım sözleşmesinin kurulması veya ispatı yazılı şekilde yapılmak zorunda olmadığı gibi başka herhangi bir şekil hükmüne de bağlı değildir. Sözleşme, tanık dâhil her usulle ispat edilebilir." Yine, DCFR II-1:107. madde ile yeknesak bir uluslararası ticaret hukuku oluşturmayı amaçlayan UNIDROIT ilkeleri madde 1.2 de aynı düzenlemeyi getirmektedir.[1222] Sözleşmelerin rızailiği prensibi sayesinde, irade özerkliği ilkesi sözleşmesel ilişkilere sadelik kazandırarak, şekle bağlılığın katılığını ortadan kaldırmış; böylelikle de

[1217]**Charpentier.** Op. Cit. s. 285.
[1218]Bu sonuca Alman hukukunda şekil serbestîsini düzenleyen BGB § 125 vasıtasıyla varılmaktadır. **Markesinis, S.B., Unberath, H. ve Johnston, A.:**German Contract Law. Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 81.
[1219]**Chen-Wishart, M.:**Contract Law, Oxford: Oxford University Press, 4. Edition, 2012, s. 60.
[1220]**PECL 2.101:** *"(1) A contract is concluded if:(a) the parties intend to be legally bound, and (b) they reach a sufficient agreement without any further requirement. (2) A contract need not be concluded or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form. The contract may be proved by any means, including witnesses."*
[1221]**Schlechtriem, P. ve Schmidt-Kessel, M. (çev. Dayanç, N.N.):** *Madde 11*, (ed. Schwenzer, I ve Çağlayan Aksoy, P.) "Mileltlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması/Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi" İstanbul: XII Levha yayıncılık, 2015, s. 344-354, s. 344.
[1222]**DCFR II. 1:107:** *"(1) A contract or other juridical act need not be concluded, made or evidenced in writing nor is it subject to any other requirement as to form.; (2) Particular rules may require writing or some other formality."*
UNIDROIT 1.2: *"Nothing in these Principles requires a contract, statement or any other act to be made in or evidenced by a particular form. It may be proved by any means, including witnesses."*

ekonomik ve sosyal gelişmenin yolunu açmıştır. *Bona fides* ise, formalist yapının eksikliğinin yarattığı denetim boşluğunu doldurmaktadır.

3. *Pactum*'lar Açısından *Bona Fides*'in Önemi

Roma hukukunda, *bona fides* prensibinin yarattığı ve günümüz hukuku bakımından çokça önem taşıyan kavramlardan bir tanesi de, *pactum*'lardır.[1223] Açıklandığı üzere, *ius civile* uyarınca sözleşmelerin rızailiği hiçbir zaman genel ilke niteliğini almamış; rızai sözleşmeler, *ius civile* sözleşmeler sisteminin yalnızca bir ayağını oluşturmuştur.[1224] Öte yandan, ayni sözleşmeler, isimsiz sözleşmelerin günlük hayata yerleşmesi ve onlara dava hakkı yani *actio* tanınmasıyla genişlerken; rızai sözleşmelerin alanı ise *pactum* adı verilen basit anlaşmaların tanınmasıyla genişletilmiştir.[1225]

Pactum sözcüğünün kökeni, latince barış anlamına gelen *pax* sözcüğüdür.[1226] Bu sözcüğün *genitiv* yani "-in hali" ise *pacis* olmaktadır. Bu nedenle *pactum* sözcüğünün karşılığının, barış sağlamak; uyuşmak; anlaşmak; uzlaşmak olduğu söylenebilir.[1227] Önceleri, devletlerarası anlaşmalar bakımından kullanılan bu kavram, daha sonra *ius civile* tarafından tanınmış sözleşme tiplerinden bir tanesine girmeyen tüm özel hukuka ilişkin anlaşmalar için kullanılmaya başlanmıştır.[1228]

[1223] **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 237, **Brégi.** Op. Cit. s. 203.
[1224] **Borkowski.** Op. Cit. s. 316.
[1225] **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 163, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 353, **Pugliese.** Op. Cit. s. 598.
[1226] *Pactum*'a ek olarak, kaynaklarda *"conventio"* sözcüğünün de kullanıldığı görülmektedir. *Con* ve *venire* sözcüklerinden türemiş olan ve "bir araya gelmek" anlamında kullanılan bu terim, D.50.12.3.pr. uyarınca *Ulpianus*'a göre hem *pactum*, hem de *contractus*'u kapsayacak şekilde kullanılmıştır. Öte yandan, *Pedius* ise bu sözcüğü *consensus*'un eş anlamlısı olarak kullanmıştır. **Zimmermann.** Op. Cit. s. 563.
[1227] **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 268
[1228] *Contractus* terimi, daha ziyade sözleşmeleri ifade ederken; *pactum* terimi ise, Türkçeye anlaşma olarak çevrilebilecektir. Öte yandan, günümüz hukukuna göre her iki kavram da birbiri yerine

Ulpianus'a göre: *''Pactum autem a pactione dicitur inde etiam pacis nomen apellatum est et est pactioduorum pluriumue in idem placitumet consensus.''*[1229] "*Pactum* anlaşmadan doğar. Anlaşma iki ya da daha çok kişinin aynı konudaki rızalarından meydana gelir."

Özel hukuk alanında, *pactum* sözcüğüne ilk olarak XII Levha Kanunu'nda *iniuria* yani kişiliğe verilen zarar haksız fiili kapsamında rastlanılmaktadır.[1230] Bu bağlamda *pactum*, ödenecek belirli bir diyet karşılığında, zarar görenin kısas şeklinde uygulayacağı öç alma ve zarar vereni cezalandırma yönteminden vazgeçmesini sağlayan anlaşmayı ifade etmiş; buna karşılık, borç doğurucu etkisi kabul edilmemiştir. Zamanla, *praetor*'ların faaliyetleri doğrultusunda, aralarında bir sebeple uyuşmazlık çıkan tarafların, ihtilaflarından kısmen ya da tamamen vazgeçmek için yaptıkları anlaşmalar geçerli sayılmaya başlanmıştır.[1231] Öte yandan, *praetorlar*, kanunlara aykırı olmamak ve taraflardan birinin aldatılmamış olması şartıyla *pactum*'ları dikkate almışlar; bu nedenle, *bona fides* ilkesi özel olarak göz önünde tutulmuştur.[1232]

Esasında bir *contractus consensu*, yani *ius civile*'de tanınan bir rızai sözleşme ile *pactum* arasında nitelik bakımından bir fark olmamasına karşılık; *pactum* bir *actio* ile takip edilemediğinden borç ve yükümlülük doğurmamıştır. Bu durum da, *ex nuda pacta actio non nascitur* maksimi ile ifade edilmiştir.[1233] Her ne kadar *praetor edictum*'larında, "*pacta conventa servabo*" yani "yapılmış anlaşmaya uyacağım"

---

kullanılabilmektedir. **Ceylan, S.G.:***Roma Hukukunda Contractus Pactum İlişkisi*, GÜHFD, C. 9, S. 1,2, Yıl: 2005, s. 171-180, s. 172.
[1229]D.2.14.1.1.2.
[1230]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 268.
[1231]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 164, **Monier.** Tome II. s. 196.
[1232]**Ceylan**. Op. Cit. s. 181.
[1233]**Rado.** Loc. Cit., **Burdese.** Op. Cit. s. 566.

denilse de; *pactum*'ların borç doğurucu etkisi, ilk etapta tam olarak kabul edilmemiştir.[1234] Öte yandan, yapılan bir *pactum*'a rağmen karşı taraf dava açtığında, *praetor*'lar diğer tarafa *exceptio pacti conventi* yani bir anlaşmanın yapıldığı def'ini ileri sürme hakkı bahşederek, adeta karşı tarafa pasif bir koruma sağlamışlardır.[1235] Bu durum, *"nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem"* ifadesi ile yansıtılmıştır.[1236] Esasında, *exceptio pacti conventi*'nin tanınmasının sebebi *bona fides* ilkesidir. Her ne kadar borç doğurmasa dahi, yapılan bir anlaşmaya riayet etmek etik olarak zorunludur. Keza, *pactum*'lar bakımından hukuki bir zorunluluk ilk etapta mevcut olmasa da, etik bir sorumluluk her zaman mevcut olmuştur.

Zamanla, *ius civile*'nin tanıdığı *iudicia bonae fidei* ile korunan iyiniyet sözleşmelerinin içeriklerinde *pactum* yolu ile çeşitli değişikliklerin yapılabileceği kabul edilmiştir.[1237] Bu bağlamda *pactum*'lar, iyiniyet sözleşmesi ile birlikte *"in contenti"* (sözleşme kapsamına dâhil olarak) yapıldıkları takdirde, borç doğurabilmiştir.[1238] Böylelikle de, *pactum* ile düzenlenen husus, sözleşmenin bir parçası sayılarak iyiniyet davası ile talep edilebilmiştir. Keza, iyiniyet davasını, dar hukuk davasından ayıran en önemli husus da, *actiones bonae fidei*'de iyiniyetin gerektirdiği ek taleplerin ileri sürülebilmesi olmuştur. Öte yandan, *"ex intervallo"* (sözleşmenin yapılmasından sonra) yapılan *pactum*'lara ilişkin hükümler ise, sadece davalı lehine hüküm ifade etmiş ve anlaşmanın öteki tarafı ancak, *exceptio pacti* ileri sürme hakkı tanınarak korunabilmiştir.[1239]

[1234]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 269, **Burdese.** Op. Cit. s. 566, **Cardilli.** Buona Fede. s. 308.
[1235]**Rado.** Borçlar Hukuku. Loc. Cit. , **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 78.
[1236]**Buckland.** Roman Law. s. 528.
[1237]**Ibid.**
[1238]**Rado.** Loc. Cit., **Burdese.** Op. Cit. s. 567, **Brégi.** Op. Cit. s. 207.
[1239]**Rado.** Loc. Cit., **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 204.

Bu grup *pactum*'lar, esasında *ius civile*'nin tanıdığı ek anlaşmalar olan *pacta adiecta*'yı ifade etmektedir.[1240] Roma hukukunda bir *pactum adiectum* ile ya mevcut durum ağırlaştırılmış (*augendae obligationis gratia)*; ya mevcut durum hafifletilmiş *(minuendae obligationis gratia)*; ya da faiz gibi asıl borca ek, fer'i bir borç eklenmiştir.[1241] Bu tür ek anlaşmalara en çok *emptio venditio* (alım satım) sözleşmesi bahsinde rastlanılmaktadır.[1242] Alım satım sözleşmesine ek olarak yapılmış anlaşmalardan en önemlileri,[1243] alıcının malı beğenmediği takdirde, sözleşmeyi bozarak malı iade edileceğine dair yapılan *pactum displicentiae*;[1244] bedel belirli bir süre ödenmediği takdirde, satıcıya sözleşmeyi bozma hakkı veren *lex commissoria* ve satıcıya daha iyi bir teklif ile karşılaştığı takdirde, sözleşmeden dönme[1245] imkânı tanıyan *in diem addictio* olarak sayılabilmektedir.[1246]

Pactum'ların geçirdiği evrimin ileriki aşaması ise, *praetor*'ların bazı *pactum*'lara *actio* tanıyarak, onları bireysel olarak korumaları olmuştur.[1247] *Pacta praetoria* arasında en önemlileri, bir kimsenin başkasının borcunu belirli bir zamanda ödemeyi taahhüt ettiği *constitutum debiti alieni*; ihtilaf hâlinde bulunan tarafların anlaşmazlığı hakeme *(arbiter)* yönlendirmeleri ve hakemin de bunu kabul etmesiyle oluşan *receptum arbitrii*; klasik hukuk döneminde gemici, hancı ve ahırcıların kendilerine tevdi edilen malların özenle korunacağına dair yaptıkları anlaşma olan *receptum*

[1240]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 245.
[1241]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 165.
[1242]**Emiroğlu, H.:**Roma Hukukunda Sözleşmeden Dönme, Ankara: İmaj Yayınevi, 2014, (Sözleşmeden Dönme), s. 100 vd.
[1243]**Zimemrmann**. Op. Cit. s. 509.
[1244]**Girard.** Op. Cit. s. 736.
[1245]Roma hukukunda, sözleşmeden dönme kavramının mevcut olup olmadığı tartışmalı olmakla beraber; teknik olarak sözleşmeden dönmenin söz konusu olmadığı ancak hukukî olarak aynı fonksiyonu taşıyan çeşitli kurumların mevcut olduğu söylenebilmektedir. Bunlardan en önemlileri ise *laesio enormis* (aşırı yararlanma); alım satım sözleşmesinde satıcının maddi ayıplardan dolayı sorumluluğu ile alım satım sözleşmesi kapsamında yapılan ek *pactum*'lardır. **Emiroğlu.** Loc. Cit.
[1246]**Honsell.** Op. Cit. s. 137-138,**Borkowski.** Op. Cit. s. 316, **Robaye.** Op. Cit. s. 271.
[1247]**Rado.** Op. Cit. s. 167 vd, **Honsell.** Op. Cit. s. 103, **Hausmaninger ve Selb**. Op. Cit. s. 263.

nautarum, cauponum, satabulariorum[1248] ve bir bankerin *(argentarius)* müşterisi ile yaptığı ve müşterisinin mevcut veya ilerde doğacak borçlarını ödemeyi taahhüt ettiği *receptum argentarii* sayılabilmektedir.[1249] *Pacta praetoria* bakımından da *bona fides* büyük önem taşımış; bu şekilsiz anlaşmalara uyma yükümlülüğü, kökenini *bona fides*'in etik yapısında bulmuştur.

Roma hukukunda bazı *pactum*'lar ise, İmparatorluk emirnameleri ile korunmaya başlayarak borç doğurucu nitelik kazanmış ve post-klasik dönemde kendilerine borç doğurucu bir dava olan *condictio ex lege* tanınarak korunmuştur.[1250] *Glossator*'lar tarafından yapılan ayrım neticesinde, davası *praetor*'lar tarafından tanınan *pactum*'lar ile imparator tarafından tanınan *pactum*'lar ayrı çerçevelerde incelenmeye başlanmıştır.[1251] *Pacta legitima* adını alan imparatorluk anlaşmaları arasında en önemlileri *compromissum*[1252] adı verilen tahkim anlaşması; *pollicitatio dotis* (şekilsiz cihaz vaadi) ve *pactum donationis* (bağışlama vaadi) olmuştur.[1253]

Ius commune hukukçularından *Accursius*, tüm bu kategorilerde yer alan *pactum*'larla ilgili olarak bunların *ius gentium*'un bir gereği olduğunu ve *bona fides*'e dayandığını belirtmiştir.[1254]*Pactum*'lar ile *contractus*'lar arasında, kendilerine *actio* tanınıp tanınmaması bakımından mevcut olan farkın ortadan kalkması ile rızai sözleşmelerin alanı genişlemeye; Roma sözleşmeler sistemi ise günümüz hukukuna yaklaşmaya başlamıştır.[1255]

[1248] *Iustinianus* döneminde ise bu sorumluluk kanuni bir sorumluluk haline gelmiştir. **Koschaker ve Ayiter**. Op Cit. s. 249.
[1249] **Borkowski.** Op. Cit. s. 318, **Burdese.** Op. Cit. s. 570 vd., **Brégi.** Op. Cit. s.204 vd.
[1250] **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 168.
[1251] **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 265.
[1252] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 526.
[1253] **Rado**. Op. Cit. s. 169 vd.
[1254] **Hackl**. Op. Cit. s. 104.
[1255] **Rado.** Op. Cit. s. 165.

Roma hukukunda, borç doğurucu özelliklere sahip oldukları kabul edilen anlaşmalara, adeta bir dava giydirilmiş anlaşmaları ifade ettiğinden "giydirilmiş anlaşma" anlamına gelen *pacta vestita* adı verilmiştir.[1256] Öte yandan, *actio* tanınanlar dışında kalan *pactum*'lar ise, "çıplak anlaşma" yani *pacta nuda* olarak anılmıştır.[1257] Roma hukukunda *"ex nudo pacto action non nascitur"* "çıplak bir sözleşme dava hakkı vermez" ilkesinden; *"consensu obligat"* yani rızanın yeterli olacağına ilişkin ilkeye geçiş, dereceli biçimde, adeta bir evrim şeklinde gerçekleşmiştir.[1258] *Baldus*, rızai sözleşme kavramının Kanonik hukuka inkorpore edilmesi için, bir sözleşmenin Kanonik hukuk için bağlayıcı olması bakımından bir *causa*'ya sahip olması gerektiği kuralını öne sürmüştür. Böylece *pacta vestita* ile *pacta nuda* yani gerekleri yerine getirilmesi gereken sözleşmeler ile gerekmeyen, "çıplak" sözleşmeler ayrımı netleştirilmiştir.[1259] Bununla beraber, daha sonra, *nudum pactum*'ların ayırt etme gücüne sahip bir irade ile yapıldıkları müddetçe, adeta bir *contractus* gibi davaya vücut vereceği kabul edilmiştir.[1260] Keza, *Grotius* da, akla uygun bir sebeple yöneltilen tüm vaatlerin hem bir def'i hem de bir davaya imkân vereceğini belirtmiştir.[1261]

Usus modernus pandectarum sonrasında, 17 ve 18. yüzyıl Alman öğretisi *causa* kavramını sözleşme hukukundan ve sözleşmenin tanımından çıkarmıştır.[1262] Öte

[1256]**Borkowski.** Op. Cit .s. 316.
[1257]**Umur.** Lügat. s. 149.
[1258]**Racine, Sautonie ve Tenenbaum.** Op. Cit. s. 154, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 354.
[1259]**Zimmermann.** Op. Cit..s. 522.
[1260]Bkz. **Voet.** *Commentarius ad Pandectas*. 2,14,9.
[1261]*Usus modernus pandectarum*, 16. yüzyıldan itibaren ortaçağ Roma hukuku öğretisinin, Germen hukuku kuralları ile bağdaştırılmasını sağlayarak; modernleştirilmesini amaçlayan doktrini ifade etmektedir. **Grotius, H. (tr. Herbert, C.):** Introduction to Dutch Jurisprudence. Bentley, London: Wilson and Plet, 1845, s. 270 vd., **Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 83.
[1262]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 553, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 63.

yandan, İtalyan ve Fransız öğretisi bu kavramı terk etmemiştir.[1263] Fransız ve İtalyan öğretisine göre *causa*, aslında yalnızca sözleşmenin bir bütün olarak içeriğine işaret etmektedir. Ne var ki, sözleşmenin içeriğinin hukuka aykırı olması hâlinde; sözleşme zaten batıl olacaktır. Bu nedenle bu kavramın gerekli olmadığı da savunulmaktadır.[1264] İngiliz hukukunda ise, Romanist *causa* yerine *consideration* kavramı mevcuttur. *Consideration*, *prima facie* anlamı ile bir kimseyi bir vaatte bulunmaya iten ve karşılığı olan saiktir.[1265]

Esasında *causa* ve *consideration* kavramları, sözleşme adaletini sağlamaya yönelik olduğundan *bona fides* ile yakın ilişkilidir. Bu açıdan, hukuki sebepten yoksunluk ile hukuka ya da ahlaka aykırılık başka spesifik kurallarla düzenlenmiştir.[1266] Örneğin, bir sözleşme ya da sözleşme hükmü, taraflardan birinin, avantajlı konumunu diğerinin zararına olacak şekilde kullanmasından ve aşırı bir menfaat elde etmesinden ya da basitçe dürüstlük kuralına aykırılıktan dolayı hükümsüz kalabilmektedir. Bu hâlde, *causa* kuramına gidilmesi ise öğretide kimileri bakımından yapay bulunmaktadır.[1267]

Common law bakımından önem taşıyan *consideration* kavramı uyarınca,[1268] bir vaatte *(promise)* bulunulması hâlinde, vaatte bulunanın, vaadin değeri kadar bir karşılık elde etmesi gerekmekte; bu karşılıklığın ya bir edimin ifası ya da bir edimin

[1263]Fransız C. Civ. Art. 1131 de, bu yönde düzenleme yapmaktadır. Öte yandan, Türk-İsviçre hukukunda tasarruf işlemleri bakımından genel bir kural benimsemek mümkün değildir. Borçlandırıcı işlemler bakımından ise, soyutluk ilkesine daha çok rastlanılmaktadır. **Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 129, **Eren.** Op. Cit. s. 188 vd.
[1264]**Zimmermann.** Loc. Cit.
[1265]**Atiyah, P.S.:**The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford: Clarendon Press, 2003, s. 139.
[1266]**Lando**. Op. Cit. s. 390.
[1267]**Ibid.**
[1268]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 554.

gelecekte ifasının üstlenilmesi olarak sağlanması icap etmektedir.[1269] Yine, vaat esnasında vaatte bulunana fayda sağlayacak ya da karşı tarafın aleyhine olacak bir karşılığın belirlenmesi esastır.[1270] Bununla beraber, günlük hayatta *consideration* unsuru eksik olsa dahi geçerli olması gereken vaatler de mevcuttur.[1271] Bu nedenle, *common law* bünyesinde yeni ticari teamüller ve yavru kurumlar doğmuş olup, bunlara örnek olarak *"estoppel"* ya da *"farazi consideration"* verilmektedir.[1272] Bu hâlde, *consideration* unsuru eksik sözleşmeleri bağlayıcı kılan husus ise, evrensel *bona fides* ilkesidir.

Ne kadar farklı kavramlar olarak görülse dahi, gerek vaat *(promise)*; gerekse *causa* kavramları, *bona fides* kurumuna dayanmaktadır. Keza, *causa*'nın *promise*'in hukuki temeli olduğu görüşü de öğretide mevcuttur. *Causa*, bir vaate bağlayıcılığını vermekte olup, *consideration* kurumundan çok daha geniştir. Hatta, *causa* çoklukla moral anlamda *consideration*'ı içerisinde barındırmaktadır. Bu sebeple, Anglo-Amerikan hukuku ile Kıt'a Avrupası hukukunun birbirinden göründüğü kadar uzak olmadığı söylenebilir.[1273] PECL ile UNIDROIT ilkeleri de, Kıt'a Avrupası hukuk geleneğini izleyerek *consideration* unsurunu göz ardı etmekte olup, bu durum ise *common law* ülkelerindeki uygulama bakımından sorun teşkil etmemektedir.[1274] Zira, bu durum, *bona fides'*in gereği olmakta; çıplak sözleşmelere de doğal hukuk gereği, salt "söz verilme" olgusundan ötürü geçerlilik tanınmaktadır.[1275]

[1269]**Lando.** Op. Cit. s. 390.
[1270]**Treitel, G.H.:**The Law of Contract, London: Sweet & Maxwell, 11. Edition, 2003, s. 65 vd.
[1271]Bu durum, özellikle bağışlama bakımından önem taşımaktadır. Bağış vaatlerinin etkin olmadığı, özellikle *common law* öğretisinde tartışılmakta olup, bu vaatlerin toplumsal refahı artırmadıkları da iddia edilmektedir. **Ibid.**
[1272]**Lando.** Op. Cit. s. 391.
[1273]British Institute of International and Comparative Law, "Nudum Pactum in Roman-Dutch Law." *Journal of the Society of Comparative Legislation*, C. 9, S. 1, Yıl: 1908, s. 84–89, s. 86.
[1274]**Lando.** Op. Cit. s. 391.
[1275]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 544.

4. *Bona Fides*'ten Doğan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

Sözleşme özgürlüğünün bir ayağı da, belirli bir sözleşmeyi yapıp yapmama konusunda kişinin özgürce karar verebilmesidir. Roma hukukunda bu özgürlük mevcut olmuştur. Öte yandan, çağdaş hukuklarda ise bu özgürlüğün çeşitli sebeplerle sınırlandırıldığı görülmektedir. Bu sebeplerden en önemlisi ise, objektif anlamda *bona fides* yani dürüstlük kuralıdır.[1276] Sözleşme serbestîsinin istisnası olan sözleşme yapma yükümlülüğü, çağımızda özel hukuka ya da kamu hukukuna dayanabilmektedir.[1277] Kanundan doğan sözleşme yapma yükümlülüğü, öncelikle kamu hukukunu ilgilendirmektedir. Öte yandan, özel hukuka ilişkin olarak da kanundan doğan sözleşme yapma yükümlülüğünden bahsedilebilir.[1278] Bu, açık bir yasal düzenleme veya Türk-İsviçre hukukunda, özel ve açık bir düzenleme olmayan hâllerde TMK 2 çerçevesinde değerlendirilmektedir.[1279]

Dürüstlük kuralının bir sözleşme yapılmasını zorunlu kıldığı hâller, genellikle sinema; tiyatro; restoran gibi halka açık yerleri işletenler ya da tekel durumundaki işletmeler bakımından söz konusudur.[1280] Aynı edimi, kendinden beklenebilir bir biçimde başka bir sağlayıcıdan tedarik etme imkanı olmayan kişilerle sözleşme yapmayı reddetme hâlinde bu yükümlülük doğabilmektedir.[1281] İFM'ye göre, bir taraf bakımından sözleşme yapma yükümlülüğü doğmasının şartları, bir mal veya hizmetin kamuya arz edilmiş olması; bu mal veya hizmetin normal ihtiyaçları taşır nitelikte olması ve kişinin sağlayıcının güçlü durumu dolayısıyla ihtiyacını başka

[1276] **Oğuzman ve Barlas**. Op. Cit. s. 291.
[1277] **Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 505.
[1278] **von Tuhr.** Op. Cit. s. 265.
[1279] **Oğuzman ve Barlas.** Loc. Cit.
[1280] **Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 192.
[1281] **Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 507.

yollarla karşılayamayacak durumda olmasıdır.[1282] Böylesi bir sözleşmeyi yapmaktan, objektif açıdan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılması ise hakkın kötüye kullanılması teşkil edecektir.[1283] Roma hukukunda, onur ve şerefin önemi nedeniyle kişilerin sözleşme yapmaktan, salt karşı tarafa zarar verme amacıyla kaçınmasına rastlanılmamaktadır. Günümüzde ise sözleşme yapma yükümlülüğü çeşitli hukuk alanlarında karşımıza çıkmaktadır.[1284] Bir diğer ifade ile, Roma hukukunda sözleşme yapma yükümlülüğü olmamasının nedeni, *bona fides* iken; çağdaş hukuklarda *bona fides* ilkesi, bu yükümlülüğün büyük oranda sebebini oluşturmaktadır.

Bu çerçevede, sözleşme yapma yükümlülüğüne aykırılık, kimi zaman dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına; kimi zaman ise, ahlaka aykırılığa dayandırılmaktadır.[1285] Örneğin, önceki kiracının ödenmemiş borçları olmasından ötürü, ev sahibine su tedarik edilmemesi hâlinde, Türk Yargıtay'ı tekel durumundaki su sağlayıcısının dürüstlük kuralından doğan bir sözleşme yapma yükümlülüğü olduğuna karar vermiştir.[1286] Öğretide, sözleşme yapma yükümlülüğünü dürüstlük kuralına ve hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandıran görüş,[1287] ortada kötüye kullanılan bir hak olmaması sebebiyle eleştirilmektedir. Nitekim, bu hâlde daha ziyade sözleşme özgürlüğü kötüye kullanılmakta buna ise kurumsal kötüye kullanma ya da *Institutsmissbrauch* adı verilmektedir.[1288]

[1282]Bkz. BGE 129 III 35, **Kocayusufpaşaoğlu**. Op. Cit. s. 518.
[1283]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 192.
[1284]Rekabet hukuku bakımından, hâkim durumun rakiple anlaşma yapmaktan kaçınmak suretiyle kötüye kullanılması hâlinde, zorunlu unsur doktrinine dayalı sözleşme yapma yükümlülüğü mevcuttur. **Gürzumar.** Zorunlu Unsur. Loc. Cit.
[1285]**Gürzumar.** Op. Cit. s. 56.
[1286]Bkz.Yrg.13.HD, 24.05.2004, E. 2003/17444, K. 2004/7862.
[1287]**Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 146.
[1288]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 217, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 80, **Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 507.

Öte yandan, İFM, kimi hâllerde bu zorunluluğu kişilik haklarına ve kasten ahlaka aykırı davranışlarla[1289] başkasına zarar verme yasağına da dayandırmaktadır.[1290] Keza, kasten ahlaka aykırı bir davranışla başkasına zarar verme kurumu, Türk-İsviçre hukukunda TBK 49/II uyarınca düzenlenmekte olup, bu kurumun altında da dürüstlük kuralı yatmaktadır.[1291] Biçimsel hukuka maddi sınır getiren TMK 2/II hükmü ahlaki bir temele dayandığından, TBK 49/II ile yakın ilişkilidir.[1292] TBK 49/II uyarınca zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.[1293] Öte yandan, kasten ahlaka aykırı bir fiille zarar vermek *"Schikane"* olarak adlandırılan hakkın kötüye kullanılmasının bir türü olup, Alman hukukunda mevcut olan *Fallgruppen* arasında, hakkın korunmaya değer bir menfaat olmaksızın kullanılması kategorisine sokulmaktadır. Nitekim, bir normun ihlali hâlinde tazminat yaptırımı öngörülmüşse; buradan, normun ihlal edici fiili yasakladığı anlamı örtülü olarak çıkmaktadır.[1294] Sözleşme yapma yükümlülüğünü TMK 2 ya da TBK 49/II'ye dayandırmak arasındaki tek fark ise, zarar kastıdır.[1295] Bu hâlde, zarar ve zarar kastının ispatı gerekmekte olduğundan, sözleşme yapma yükümlülüğünü TBK 49/II'ye dayandırmak avantajlı bulunmamaktadır.[1296]

Bona fides'ten doğan sözleşme yapma yükümlülüğüne uyulmaması hâlinde, baştan itibaren sözleşme kurulmuş gibi sonuç doğması söz konusu olamaz. Zira, yokluk hali *bona fides* ile dahi düzelememektedir. Keza, karşı tarafın sözleşmenin kurulacağına

[1289]**Honsell.** Art. 2, No: 51.
[1290]Bkz. BGE 129 III 35.
[1291]**Hatemi, H.:**Borçlar Hukuku Cilt II: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994, s. 31
[1292]**Gürzumar.** Zorunlu Unsur. s. 58.
[1293]**Eren.** Op. Cit. s. 320.
[1294]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 511.
[1295]**Gürzumar**. Zorunlu Unsur. s. 58.
[1296]**Kocayusufpaşaoğlu**. Op. Cit. s. 508, **Eren.** Loc. Cit.

dair bir inancı da olmadığından güven teorisi de uygulanamayacaktır.[1297] Bu hâlde dürüstlük kuralı gereğince, bir tarafın önerisini karşı tarafın kabul etme zorunluluğu olduğu söylenebilmektedir. Öte yandan, bazı yazarlar, kasten ahlaka aykırı bir davranışın varlığı nedeniyle haksız fiil tazminatı istenebileceğini de savunmaktadırlar.[1298] Bu hâlde *bona fides*'e başvurulması, ancak *ultima ratio* yani son çare olmalıdır.[1299] Görüldüğü üzere, *bona fides*, sözleşme yapma yükümlülüğünün temelinde yatmakta; bununla beraber, aynı zamanda bu yükümlülüğün sınırlarını da belirlemektedir.

II. İfa Aşamasında *Bona Fides*

İfa *(solutio),* borçlanılan edimin, konu; zaman; yer ve kişi bakımından, tam ve doğru biçimde yerine getirilerek borcun sona erdirilmesini ifade etmektedir.[1300] Borçların, dürüstlük kuralına uygun olarak yerine getirilmesi kuralı sebebiyle *bona fides*, sözleşmelerin ifasında sıklıkla karşımıza çıkmaktadır. Nitekim, hukuk alanında tüme varım yönteminin kullanılmış olduğu Roma hukukunda, *bona fides* ilkesinin uygulamaları da genellikle münferit sözleşmelerin içerdiği yükümlülükler bakımından karşımıza çıkmaktadır.

A. *Bona Fides*'e Dayanan Sözleşmelerin İfası

Baldus'a göre, yargıçlar *bona fide*s'i iki sebepten dolayı dikkate almalıdır: Bunlardan ilki, bir sözleşmenin bağlayıcı olup olmadığının tespiti; ikincisi ise, tarafların

[1297] **Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 193.
[1298] **Gürzumar.** Zorunlu Unsur. s. 54.
[1299] **Honsell**. N. 29, Art 2 ZGB.
[1300] **Eren.** Op. Cit. s. 928, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 392.

borçlarının içeriği ile bunların yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesidir.[1301] Roma sözleşmeler hukukunda, özellikle iyiniyet sözleşmelerinin ifası bakımından karşılaşılan bir takım münferit olaylarda *bona fides*'e atfedilen önem, somut olarak gözlemlenebilmektedir. Özellikle, rızai sözleşme tipleri bireysel olarak incelendiğinde, çeşitli durumlar bakımından *bona fides*'in çokça gözetilmiş olduğu görülmektedir. İyiniyet sözleşmeleri arasında, *bona fides*'e dayanan uygulamalara en çok rastlanan sözleşme, kuşkusuz *emptio venditio* (alım satım) olmuştur. Öte yandan, *contracti bonae fidei*'nin büyük bir kısmı bir olgu olarak *fides*'e dayandığı için *"fides sözleşmesi"* olarak kabul edilmektedir. Bununla beraber, her kaynakta *fides* sözleşmesi olarak görülmeseler dahi, *locatio conductio* (kira, eser ve hizmet) ve *stipulatio* sözleşmelerinin ifası bakımından da, *bona fides* ile ilişkilendirilebilecek düzenlemelere rastlanılmaktadır.

Roma hukukundan gelen *bona fides*, özellikle Kıt'a Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülke hukuklarınca, sözleşme hukukunun temel taşlarından birisi olarak ele alınmaktadır. Çağdaş hukuklarda yansımasını dürüstlük kuralı olarak gösteren *bona fides*, günümüzde sadece *bona fides*'e dayanan sözleşmeler ya da iyiniyet sözleşmeleri bakımından değil; tüm sözleşmelerin ifası aşamasında karşımıza çıkmaktadır. Öte yandan, Roma hukukunda sözleşme tiplerinde karşımıza çıkan *bona fides*'in uygulama hâlleri, özellikle *fides*'e dayanan sözleşmelerde spesifik olarak gözlemlenebilmektedir.

[1301] **Gordley.** Medieval Law. s. 109.

1. Fiducia (İnançlı İşlem)

İfası aşamasında *bona fides* bakımından en çok önem taşıyan sözleşmelerden bir tanesi, *fiducia* sözleşmesi (inançlı işlem)'dir. *Fiducia*, esasında bir ayni sözleşme olup, rehin hakkının sınırlı bir ayni hak olarak benimsenmesine dek kat edilen aşamalardan bir tanesini ifade etmektedir. Özünde, bir *pater familias'*ın, başka bir *pater familias*'a bir *res mancipi* üzerindeki egemenlik yetkisini devrettiği ilkel bir anlaşmayı ifade eden *fiducia*'nın ortaya çıkan ilk biçimi, alacaklı ile kararlaştırılmış bir yed'i eminlik kurumunu ifade eden *fiducia cum creditore* olmuştur.[1302] Buna ek olarak, dostlar arasında yapılan ve teminat amaçlı olnayan *fiducia cum amici* de, *fiducia*'nın bir başka türü olarak karşımıza çıkmıştır. *Fiducia cum creditore*, bir tür hukuki işlem olup, bu işlemle, alacaklıya alacağının güvencesi olarak yalnızca bir sınırlı ayni hak değil, en geniş kapsamlı ayni hak olan mülkiyet hakkı verilmiştir.[1303] *Fiducia*, borçlunun bir malın mülkiyetini alacaklıya devretmesi ve sonradan tarafların üzerinde anlaşmış oldukları sonucun doğması ile de, alacaklının malın mülkiyetini borçluya aynı yollarla geri vermesi yükümlülüğünü doğuran, eksik iki taraflı bir ayni sözleşme olarak Roma hukukunda yer bulmuştur.[1304]

Latince *fiducia* sözcüğü, etimolojik olarak *fides* yani niyet ya da inanç kavramlarından türemiştir.[1305] Öte yandan, *fiducia*'nın, *fides*'e dayanan bir sözleşme olarak görülmesinin nedeni; tarafların anlaşması sonucunda, borçluca malın mülkiyeti karsı tarafa geçirildikten sonra, alacaklının bunu geri verme borcu altına

[1302]**Di Marzo.** Op. Cit. s. 285, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 154, **Honsell.** Op. Cit. s. 76, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 224, **Robaye.** Op. Cit. s. 223, **Brégi.** Op. Cit. s. 118.
[1303]**Karadeniz Çelebican.** Eşya Hukuku. s. 298, **Burdese.** Op. Cit. s. 501, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 547.
[1304]**Umur**. Lügat. s. 74.
[1305]**Robaye.** Op. Cit. s. 223.

girmesidir. Nitekim, borçlular belirlenen vadeden önce malın bir başkasına satılmaması ya da malın geri verilmesi bakımından, yalnızca alacaklıların dürüstlüğüne ve *bona fides* olarak vücut bulan sadakatlerine güvenmişlerdir. *Fiducia*, Roma hukukunun ilerleyen dönemlerinde çeşitli biçimlerde ortaya çıkan ve günümüzde de mevcut olan "inançlı işlemler" olarak nitelendirilen işlemler grubuna dâhil edilmiştir.[1306] Roma hukukunda, *fiducia*, kimi zaman ayni iyiniyet sözleşmeleri olan *depositum* (saklama); *pignus* (rehin) ve *commodatum* (kullanım ödüncü) sözleşmelerinin yerine de tercih edilebilmiştir.[1307]

Roma hukukunda düzenlenen *fiducia cum creditore*, öncelikle İtalya arazisi, İtalya arazisi üzerindeki tarımsal irtifak hakları, köleler ile yük ve çeki hayvanlarını kapsayan *res mancipi* statüsündeki mallar bakımından kullanılmış; daha sonra ise, *res nec mancipi*'ler bakımından da uygulanmaya başlanmıştır.[1308] Bu işleme göre, borçlu *res mancipi* malını mülkiyeti devir yöntemlerinden *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile, belli bir para karşılığında alacaklının mülkiyetine geçirmekte olup, bu durum, borcun yerini tutan geçici bir ödeme niteliğinde görülmüştür.[1309] Öte yandan, borçlunun borcu ödememesi hâlinde, malın değerine bakılmaksızın alacaklının mülkiyetinde kalacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle, borçlunun başlangıçta mevcut olan özel bir yükümlülüğünden bahsedilmemiştir. Zira, önceleri borçlu dilerse borcunu ödeyerek malını kurtarabilmiş olup, alacaklıya atfedilen geri verme yükümlülüğü daha sonraki aşamalarda ortaya çıkmıştır. İlk devirlerde borç olarak verilen para, alıcının ödemesi gereken bedel olarak görülmüşken; daha sonra bu akit

[1306]**Karadeniz Çelebican.** Eşya Hukuku. Loc. Cit.
[1307]**Monier.** Tome II. s. 123.
[1308]**Erdoğmuş.** Eşya Hukuku. s. 119.
[1309]**Monier.** Op. Cit. s. 120.

mutuum (tüketim ödüncü) sözleşmesi olarak ele alınmaya başlanmıştır.[1310] Öte yandan, burada dikkat edilmesi gereken kısım, tüketim ödüncü sözleşmesinin bir iyiniyet sözleşmesi olmayıp; esasında bir dar hukuk sözleşmesi oluşudur. Bu açıdan, sözleşmenin *mutuum* olarak nitelendirilmesi hâlinde yargıcın *ex fide bona* takdir yetkisi söz konusu olmamıştır.

Roma hukukunda rehin hakkının kökenini oluşturan *fiducia cum creditore* kurumunun, taraflar yönünden çeşitli sakıncaları mevcut olabilmiştir. Mal kendisine verilen alacaklı, *usus* (malı kullanma), *fructus* (semerelerinden yararlanma) ve *abusus* (mal üzerinde tasarrufta bulunma) yetkilerine yani malike tanınan tüm hak ve yetkilere eksiksiz olarak sahip olmuştur. Bu hâlde *fiducia* ile malı alan alacaklının, teminat konusu eşyayı bir üçüncü kişiye satabilme imkânı doğmuş; böylesi bir durumda ise, taşınır ya da taşınmaz eşyanın mülkiyetinin üçüncü şahsa geçeceği kabul edilmiştir. Öte yandan, bir görüşe göre bu hâlde teminat konusu eşyanın asıl maliki söz konusu üçüncü kişiye karşı mülkiyet hakkından doğan *actio rei vindicatio* yani istihkak davasını açabilmiştir.[1311] Bunun nedeni ise, *fiducia* kurumunun dayandığı *bona fides* olgusudur.[1312]

Roma'da düzenlendiği hâli ile, *fiducia* kurumunun borçlu açısından, başka dezavantajları daha olduğu düşünülmüştür. Borcunu ödeyinceye kadar malını kullanamayan borçlu, ekonomik anlamda zarara uğrayabilmiştir. Bu zararı önlemek için malın zilyetliğinin borçluda kalması çözümü düşünülmüş; ancak, bu durumda da malın mülkiyetinin borçlu tarafından, özel nitelikli bir kazandırıcı zamanaşımı yolu

[1310]**Karadeniz Çelebican**. Eşya Hukuku. s. 297.
[1311]**Goebel, R.:** *"Reconstructing the Roman Law of Real Security."* Tulane Law Review, C. 36, Yıl: 1961, s. 29-66, s. 34.
[1312]**Kunkel.** Op. Cit. s. 5.

olan *usureceptio* yolu ile kazanılması sakıncası ile karşı karşıya kalınmıştır.[1313] Bu çekinceden ötürü, malın borçluda kira ya da *precarium* olarak kaldığının kabulü bir çözüm yolu olarak benimsenmiş ve bu hususun *fiducia* anlaşmasında açıkça belirlenmesi gereği kabul edilmiştir. Bir mal ya da hakkın kullanılmasının, karşılıksız olarak karşı tarafa bırakıldığı; karşı tarafın ise istendiğinde malı iade etmeyi ya da hakkı kullanmaktan vazgeçtiği sözleşmeleri ifade etmiş olan *precarium*, isimsiz sözleşmelerden bir tanesi olup, Latince rica anlamına gelen *perx* kökünden gelmektedir.[1314] Bu hâlde, *detentor* yani Roma hukukundaki anlamıyla va'zülyet olan borçlunun özel nitelikli kazandırıcı zamanaşımından yararlanma olanağı da kalmamıştır.[1315] Ayrıca, *usureceptio*'nun çekincelerini bertaraf etmek amacıyla, *fiducia*'nın bir yıldan önce muaccel olan borçlar için kurulduğu sonucuna varılabileceği de kimi zaman kabul edilmiştir.[1316] Bununla beraber, malın *precarium* olarak bırakılması ise, yine *fides* ilkesi ile ilgilidir. Nitekim, *precarium* alan tarafın, karşı taraf istediğinde malı iade edeceğine ilişkin bir güven söz konusu olmuştur.[1317]

Fiducia'nın ilk dönemlerinde geçerli olan kurallardan bir diğeri, *lex commissoria* olmuştur.[1318] Bu kural, karşı tarafa verilen teminat konusu eşyanın, temin edilen alacağın tatmin edilmemesi hâlinde alacaklının malvarlığına geçeceğini ifade etmektedir. Buna karşılık *Jörs*, *Kungel* ve *Wenger*, Roma hukukunda borcun muacceliyet anında ödenmemesi hâlinde, alacaklının rehin konusu malın maliki olduğu savını reddetmektedir.[1319] Buna göre, borçlunun borcunu daha sonra ifası

[1313]*Usureceptio*, zamanaşımı yoluyla hak kazanılmasının şartlarından *titulus* (hukuki sebep) ve *bona fides*'e gerek duyulmaksızın, bir yılın tamamlanması ile malı elinde bulunduranın malik olması durumunu ifade etmiştir. Gai.*Ins* 2.59, **Umur.** Lügat. s. 219.
[1314]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 260.
[1315]**Karadeniz Çelebican.** Eşya Hukuku. s. 300.
[1316]**Özsunar**. Op. Cit. s. 141.
[1317]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 180, **Burdese.** Op. Cit. s. 501.
[1318]**Honsell.** Op. Cit. s. 77, **Burdese.** Op. Cit. s. 503, **Robaye.** Op. Cit. s. 232.
[1319]**Jörs. Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s.154 vd., **Özsunar.** Loc. Cit.

hâlinde, malın geri verilmesini talep hakkı olmuştur. Öte yandan, *lex commissoria* taraflar arasında açıkça kararlaştırılmış ise, alacaklı kendisine karşı açılan *actio fiduciae*'a karşı bu durumu ileri sürebilmiştir.[1320] Bu açıdan, pratikte alacaklı, rehin konusu malın maliki olmanın avantajlarından yararlanabilmiştir. Buna karşılık, bir başka görüşe göre ise *lex commissoria* anlaşması *fiducia* bakımından söz konusu olmamıştır. Nitekim, *fiducia* ile hali hazırda malın mülkiyeti alacaklıya geçtiğinden; sözleşmeye ayrıca böylesi bir kayıt koymak gerekmemiştir.[1321] *Lex commissoria* şartı, ekonomik bakımdan güç durumda kalabileceğine inanılan borçluyu zarara uğratabileceğinden, M.S. 326 yılında İmparator *Constantinus* tarafından çıkarılan bir emirname ile yasaklanmıştır.[1322] *Lex commissoria* yasağının kökeni de, *bona fides* kurumudur. Zira, borçlunun zor durumundan ve ayni teminat gösterme ihtiyacından faydalanılarak, alacaklının aşırı menfaat elde etmesi dürüstlük kuralına aykırı görülmektedir.[1323]

Nitekim, Kıt'a Avrupası hukukunda da *"lex commissoria yasağı"* benimsenmiş olup, bu yasağın altında yatan neden ise, en basit ifade ile rehin alanın temin edilen alacağının değerinden daha yüksek bir değer elde etmesini önlemektir. *Lex commissoria* yasağı, Alman hukukunda BGB § 1149 ve 1229 uyarınca düzenlenirken; Fransız hukukunda uzun yıllar uygulanan bu yasağı içeren düzenleme, 2007 yılında C.Civ.'den çıkarılmıştır. Buna karşılık, Fransız hukukunda, eşyanın değerinin borcun değerinden fazla olması hâlinde, fazla miktarın iade edileceği özel olarak düzenlenmekte olup, dürüstlük kuralı ve hakkaniyete

[1320]**Cardilli.** Buona Fede. s. 322.
[1321]**Erdoğmuş, B.:**Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bakış, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 255-274, (Ayni Teminat), s. 260 vd.
[1322]**Karadeniz Çelebican**. Eşya Hukuku. Loc. Cit.
[1323]**Sirmen.** Eşya Hukuku. s. 720 vd.

aykırılıklar bu şekilde önlenmektedir.[1324] Türk-İsviçre hukukunda da bu yasak, taşınırlar bakımından TMK 873/II; taşınmazlar bakımından ise, TMK 949 uyarınca düzenlenmektedir.[1325] *Lex commissoria* yasağı, Kıt'a Avrupası kökenli olmasına karşılık; İngiliz hukukunda da hakkaniyet gereği kabul edilmektedir. Özellikle taşınmazların ve yük hayvanlarının rehninde, borçluya ait rehin konusu malın mülkiyetinin, borç ödenemediği takdirde rehin alan alacaklıya geçemeyeceği kabul edilmektedir.[1326] Öte yandan, bu durum malın değerinin hakkaniyet gereğince borcun değerinden önemli ölçüde yüksek olduğu durumlar bakımından esas olmalıdır. *Bona fides* ve *aequitas*, *lex commissoria* yasağının hem sebebi; hem de sınırlarını belirleyen ölçüt konumundadır.

Bir alacağa teminat sağlamak için, karşı tarafa güvenerek bir malının mülkiyetini devreden kişinin, malın geri verilmesi için inanılana karşı açacağı dava, tarafların aralarındaki anlaşmayı ifade eden *pactum fiduciae*'a dayandırılmıştır. Önceleri *praetor'*lartarafından korunan bu anlaşmalar, daha sonra *ius civile* tarafından müeyyidelenedirilmiş olan eksik iki taraflı bir ayni sözleşme olarak görülmüştür. Bir diğer deyişle, Roma hukukunda en ilkel ayni teminat kurumunu ifade eden *fiducia*'dan doğan davalar, önce *actio in factum* olup, daha sonra, *bonae fidei iudicium* hâline gelen *actio fiducia directa* ve *actio fiducia contrari*a olmuştur.[1327] Roma hukukunun ilk dönemlerinde güvenin sarsılması haksız fiil sayıldığından, ceza davası ile takip edilmiştir. Klasik hukuk döneminin başlarında ise, güvene dayanan anlaşmalardan olan *fiducia*'nın dava edilebilen sözleşmelerden olduğu kabul

[1324]**Dereli, Z.:**Lex Commissoria Yasağı, Ankara: AÜHF, 2009, s. 2.
[1325]**TMK 873/II:***"Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınmazın mülkiyetinin alacaklıya geçeceğine ilişkin sözleşme hükmü geçersizdir."*
TMK 949:*"Borcun ödenmemesi hâlinde rehinli taşınırın mülkiyetinin alacaklıya geçmesini öngören sözleşme hükmü geçersizdir."*
[1326]**Kent, J.:**Commentary on American Law, Vol. II, New York: Halsted, 1827, s. 454.
[1327]**Hausmaninger ve Selb.** Loc. Cit., **Kunkel.** Op. Cit. s. 11, **Accarias.** Op. Cit. s. 535, **Monier.** Tome II. s. 118.

edilmiştir.[1328] Keza, mahkûmiyet hâlinde de kişi *bona fides*'e aykırılık hâlinde karşılaşılan en temel müeyyidelerden olan *infamia* ile cezalandırılmıştır.[1329]

Actio fiducia directa, fiducia'yı veren borçlu tarafından *fiducia*'yı alan alacaklıya karşı, borcun sona ermesi; *fiducia* yerine başka bir teminat gösterilmesi veya alacaklının temerrüde düşmesi hâlinde açılabilmiştir.[1330] Örneğin, inanılanın *fiducia* akdine uymayarak malı bir üçüncü kişiye devretmesi hâlinde bu devir geçerli olmuş ve mülkiyet üçüncü kişiye geçebilmiştir. Bu gibi durumlarda, söz konusu dava borcunu ödeyen borçluya malını geri alması konusunda bir hak sağlayamamasına rağmen tazminat imkânı vermiştir. Buna karşılık, *fiducia*'yı almış olan alacaklı ise, yapmış olduğu masraflar ve teminat konusu eşya yüzünden uğramış olduğu zararlar için *actio fiducia contraria*'yı açabilmiştir.[1331] Öğretideki bir görüşe göre, bu dava hakları Roma hukukunun ileri dönemlerinde mevcut olmuştur. Bu görüş, ilk dönemlerde *fiducia* verenin alacaklıya karşı bir dava hakkı bulunmadığını; ancak, *formula* usulünün yürürlüğe görmesi ile *actio in factum* tanınmış olabileceğini savunmaktadır.[1332] Bu noktada belirtilmesi gereken bir başka husus da, bu davaların şahsi nitelikli oldukları ve borçlar hukukuna ilişkin bulunduklarıdır. Bu hâlde, dava sonucunda inanılanın mülkiyeti nakletme yükümlülüğü doğabilmiş; bunun ise, yine *mancipatio* ya da *in iure cessio* ile yapılması gerekmiştir.[1333]

Roma hukukundaki ayni teminatların atası olan ve günümüz hukukundaki inançlı işlem kurumunun temelini oluşturan *fiducia*, klasik hukuk döneminin sonlarında

[1328]**Karadeniz Çelebican.** Eşya Hukuku. s. 299.
[1329]**Greenidge, A.H.J.:**Infamia: It's Place in Roman Public Law and Private Law, London: Clarendon Press, 1894, s. 67.
[1330]**Buckland.** Roman Law. s. 475.
[1331]**Cardilli.** Bona Fides. s. 20.
[1332]**Erdoğmuş.** Eşya Hukuku. s. 262 vd.
[1333]**Karadeniz Çelebican.** Op. Cit. s. 299.

bağlı olduğu *mancipatio* ve *in iure cessio*'nun ortadan kalkması ile uygulamadan silinmeye başlamıştır. Nitekim, *Iustinianus* döneminde *Corpus Iuris Civilis* içeriğinde yapılan *interpolatio*'lar ile klasik hukukçuların eserlerindeki *fiducia* ifadeleri, bir diğer ayni teminat kurumu olan *pignus* (rehin) ile değiştirilmiştir.[1334] Öte yandan, pratikte *fiducia* kurumunun *pignus*'un devreye girişiyle yok olmadığı ve kendine has avantajları ile devam ettiği de öğretide savunulmaktadır.[1335] Keza, günümüzde de *fiducia* kavramını yansıtan ve *fides* ilkesine dayanan inançlı işlemlere rastlanılmaktadır.

Çağdaş hukukta da inançlı işlemlerde güvenen ve güvenilen taraflar mevcut olup, bu inançlı işlemler Roma hukukuna paralel olarak saf *(fiducia cum amici)* ve karma inançlı işlemler *(fiducia cum creditore)* olarak ikiye ayrılmaktadır.[1336] İnançlı işlemlerin temeli, güven unsurudur. Bu hâlde, güvenen, güvenilene bir mülkiyet hakkını devretmiş ise de; güvenilen, bu hakkı aralarındaki borç ilişkisi uyarınca kararlaştırdıkları şekilde kullanmayı ve zamanı gelince iade etmeyi üstlenmektedir.[1337] Öte yandan, çağdaş hukuklarda güvenilenin güveni kötüye kullanarak malı iade etmemesi ya da üçüncü kişiye mülkiyetini devretmesi gibi hâllerde güvenilenin korunması için çeşitli mekanizmalar getirilmiştir. Bu hâlde Türk-İsviçre hukukunda kasten ahlaka aykırı bir davranışla başkasına zarar vermeyi düzenleyen TBK 49/II hükmü uygulanabileceği gibi; vekâlet hükümlerine dayanan bir koruma da sağlanabilir.[1338] Bununla beraber, modern hukukta karşılaşılan bu korumanın sebebi de, kurumun Romanist *bona fides*'e dayanıyor oluşudur.

[1334]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 181.
[1335]**Buckland.** Roman Law. s. 474.
[1336]Öğretide kimi zaman, "inanan" ve "inanılan" terimleri de kullanılmaktadır. **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 262, **Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 364.
[1337]**Kocayusufpaşaoğlu.** Loc. Cit.
[1338]**Tandoğan, H.:** Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul: Vedat Kitabevi, 5. Bası, 2010, s. 54 vd.

2. Depositum (Saklama Sözleşmesi)

Roma hukukunda *depositum* (vedia/saklama) sözleşmesi, bir kimsenin, taşınır bir malını saklanması amacıyla bir başkasına teslim etmesiyle kurulan, eksik iki tartaflı, iyi niyete tabi ayni bir sözleşme olmuştur.[1339] Saklama sözleşmesi, Roma hukukunda kural olarak ücretsiz olarak kurulmuştur.[1340] Bunun nedeni ise, *depositum*'un *bona fides*'e dayanmasıdır.[1341] Roma hukukunda, saklama sözleşmesinin özel hâllerine de rastlanmış olup, bunlar: *Depositum necessarium* (zorunlu vedia), *depositum irregulare* (düzensiz vedia) ve *sequestratio* (güvenilir kişiye tevdi) durumlarıdır.[1342] İhtilaflı bir malın korunması için, objektif bir üçüncü kişiye bırakılması halini ifade eden *sequestratio* ise ücret karşılığında yapılabilmiştir.[1343] Buna karşılık, güvenilir kişinin malı istendiğinde iade etme borcu ve tarafsız olma zorunluluğu bakımından da *bona fides* ilkesi önemle gözetilmiştir.

Esasında *depositum*, ayni sözleşme olmasına ve *consensus* + *res* formülü[1344] ile kurulabilmesine rağmen; güvene dayalı bir sözleşme olması, onu en az rızai akitler kadar *bona fides* ile alakalı hale getirmektedir.[1345] Keza, *depositum* bakımından saklayan kişinin, saklananı korumak için gerekli dikkat ve özeni göstermesi gerekmiş, aksi hâlde ise *culpa lata* yani ağır ihmalle sorumlu olduğu kabul

[1339]Roma hukukunda ayni sözleşme olmasına rağmen, saklama sözleşmesi Türk-İsviçre hukukunda rızai bir sözleşmedir. **Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s. 58, **Honsell.** Op. Cit. s. 121, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 244, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 219, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 309, **Burdese.** Op. Cit. s. 503, **Robaye.** Op. Cit. s. 226.
[1340]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 205 vd. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 222.
[1341]**Jörs, Kunkel ve Wenger.** Loc. Cit.
[1342]**Pugliese.** Diritto Romano. s. 541.
[1343]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 175, **Monier.** Tome II. s. 125.
[1344]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 169.
[1345]**Erdoğmuş.** Loc. Cit., **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 310, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 538 vd.

edilmiştir.[1346] Öte yandan, bu durum sadece *Iustinianus* dönemi bakımından geçerlidir. Zira, klasik hukuk döneminde saklayanın sorumluluğu *dolus* ile sınırlı olmuştur. *Iustinianus* döneminde ise saklayanın sorumluluğu "*culpa lata dolus est"* ilkesi gereği *dolus* (kasıt) ve *culpa lata* (ağır ihmal) olarak belirlenmiştir.[1347] Ortaçağda da *"latior culpa dolus est"* ifadesinin bir hakkaniyet kuralı olduğu kabul edilmiştir.[1348]

Bu belirlemenin nedeni de, Roma hukukunda sözleşmeler bakımından sorumluluk seviyesinin belirlenmesinde dikkate alınan *utilitas* (menfaat) ilkesidir.[1349] Nitekim, saklayanın menfaati bulunmadığından, sorumluluğunun da ağır belirlenmemesi *bona fides*'in bir gereğidir. Buna ek olarak, *praetor edictum*'larında, saklayana karşı verilen dava olan *actio depositi directa* neticesinde mahkum edilen taraf, *infamia* (şerefsizlik) ile müeyyidelendirilmiştir. Öte yandan, *actio depositi contraria* neticesinde hiçbir zaman *infamia* söz konusu olmamıştır. Bu da, saklayana duyulan güvenin önemine işaret etmektedir.[1350]

Bu durum, her ne kadar saklama sözleşmesi bakımından borca aykırılığın önceleri *furtum* (hırsızlık) suçu ile ilişkilendirilmesine bağlansa da;[1351] saklama sözleşmesinin güvene dayalı olması ve *bona fides* temeline dayanması, borca aykırılık hâlinde açılacak *actio depositi directa* neticesinde *infamia* yaptırımına uğranmasını gerektirmiştir.[1352] Nitekim, XII Levha Kanunu'nın VIII. levhası uyarınca, saklayanın sözleşmeye aykırı davranması hâlinde *in duplum* yani malın değerinin iki katının

[1346]**Küçükgüngör, E.:**Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara: Yetkin Yayınevi, 2002, s. 76
[1347]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 81.
[1348]**Phillimore, J.G.:**Principles and Maxims of Jurisprudence, New Jersey: Union, 2001, s. 183.
[1349]**Küçükgüngör.** Op. Cit. s. 56, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Loc. Cit.
[1350]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 170, **Brégi.** Op. Cit. s. 124.
[1351]**Koschaker-Ayiter.** Op. Cit. s. 221.
[1352]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 170, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Loc. Cit., **Burdese.** Op. Cit. s. 505.

istendiği bir ceza davası açılabileceği da kabul edilmiştir.[1353] Kanımızca bu kural da, esasında saklama sözleşmesinin güvene dayalı olmasına dayanmaktadır.[1354] Nitekim, öğretide de *infamia*'nın çok ağır bir sonuç olduğu; bunun nedeninin ise, bir *fides* sözleşmesi olan *depositum* kapsamında, borca aykırılık hâlinde adeta güveni kötüye kullanma durumunun meydana geldiğinin düşünülmesi olduğu savunulmaktadır.[1355]

Depositum bakımından aynı sebeplerle *compensatio* (takas)'ya da izin verilmemiştir. Keza, *Ins.*4.6.30 uyarınca:

> *"In bonae fidei autem iudiciis libera potestas permitti videtur iudici ex bono et aequo aestimandi quantum actori restitui debeat. in quo et illud continetur, ut, si quid invicem actorem praestare oporteat, eo compensato, in reliquum is cum quo actum est condemnari debeat. sed et in strictis iudiciis ex rescripto divi Marci opposita doli mali exceptione compensatio inducebatur. sed nostra constitutio eas compensationes quae iure aperto nituntur latius introduxit, ut actiones ipso iure minuant, sive in rem sive personales sive alias quascumque, excepta sola depositi actione, cui aliquid compensationis nomine opponi satis impium esse credidimus, ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur."*

> *"Iudicia bonae fidei* bakımından, yargıcın davacının talebini hakkaniyete göre takdir etme yetkisi tamdır; böylece, karşı iddiaları da değerlendirmeye alır ve karşı tarafı sadece aradaki bakiyeye mahkûm

[1353] **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 81.
[1354] **Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. Loc. Cit.
[1355] **Rado**. Op. Cit. s. 82.

> eder. *Stricti iuris* davalarda bile, İmparator *Marcus*'un *rescriptum*'u ile, davalının davacıya karşı sürdüğü bir aldatma def'i gibi karşı iddialara izin verilmiştir. Ancak *constitutio*'muzda, takas ilkesine daha geniş yer verilmiştir. Eğer karşı iddia kesin olarak belirliyse, davacının ayni ya da şahsi davayla ya da türü ne olursa olsun; bu hukuki vasıta ile talep ettiği miktar, davalının karşı iddiasındaki miktar kadar indirilir. Tek istisnası *depositum*'dan doğan davadır ki, buna karşı dürüst olmayanların karşı iddiasına izin verilmez; eğer verilseydi, kişiler hileli olarak takas adı altında mülkiyetlerini geri kazanmaktan mahrum kalırlardı."

Çağdaş hukukta da, saklama sözleşmesinin esas itibariyle ücretsiz olduğu ancak tarafların aksini kararlaştırabilecekleri düzenlenmektedir. TBK 561 / II uyarınca, "açıkça öngörüldüğü veya durum ve koşullar gerektirdiği takdirde, saklayan ücret isteyebilir." Bununla beraber, sözleşmenin karşılıksız oluşu, *fides*'e dayanan köklerinin göstergesidir. Keza, Anglo-Amerikan hukukunda da saklama sözleşmesinin kökeninin "güven" olduğu hususunda şüphe yoktur.[1356] Alman ve Fransız hukukunda ise, ücretsiz saklama sözleşmesine, saklama sözleşmesi türlerinden bir tanesi olarak rastlanılmaktadır.[1357] Alman hukukuna göre saklama sözleşmesi ücretsiz olduğunda saklayanın sadece kendi işlerinde gösterdiği özeni

[1356]**Richard, A. L.:***The Legal History of Safekeeping and Safe Deposit Activities in the United States*, Arkansas Law Review, C. 38, Yıl: 1985, s. 727-762, s. 727.
[1357]**Pieck.** Op. Cit. s. 165.

(diligentia in suis rebus) göstermesi gerektiği düzenlenmiş olup, bu durum ise Roma hukukundan günümüze, *bona fides*'in gereğidir.[1358]

3. Mandatum (Vekâlet Sözleşmesi)

Roma hukukunda, *mandatum* (vekâlet) sözleşmesi de bir *fides* sözleşmesi olarak görülmüştür. Zira, sözleşmenin temelinde yatan unsur güven kavramıdır.[1359] Vekâlet sözleşmesinde *mandatarius* (vekil), *mandans* (vekâlet veren)'a ait bir işi ücretsiz olarak yapmayı üstlenmektedir.[1360] Romalılar, işlerini görmeleri açısından ilk zamanlarda aileye yabancı kimselere tam olarak güvenmemişlerdir. Öte yandan, dürüstlük ve güvene dayanan *mandatum* sözleşmesi, uluslararası ticaretten doğarak *ius gentium* vasıtasıyla *ius civile*'ye geçmiştir.[1361]

Roma hukukundan günümüz hukukuna, vekâletin konusunun meşru olması; hukuka ve dürüstlük kurallarına aykırı olmaması gerektiği kabul edilmektedir.[1362] *Gaius*, *Institutiones*'de ahlaka aykırı işler için vekâlet verilemeyeceğini belirtmiştir.[1363] Örneğin, bir kimseyi soymak için ya da aşağılamak için vekâlet verilemeyeceği; zira, vekâlet sözleşmesinin *bona fides*'ten doğduğu kabul edilmiştir.[1364] Vekâlet sözleşmesinin bir diğer özelliği de, vekâletin, vekâlet veren ya da üçüncü bir şahsın

[1358]**BGB § 690:***"Wird die Aufbewahrung unentgeltlich übernommen, so hat der Verwahrer nur für diejenige Sorgfalt einzustehen, welche er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt."* **Ibid.**
[1359]**Burdese.** Op. Cit. s. 554.
[1360]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 151, **Honsell.** Op. Cit. s. 150, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 256, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 351, **Robaye.** Op. Cit. s. 287, **Brégi.** Op. Cit. s. 161.
[1361]**Robaye.** Op. Cit. s. 289.
[1362]**Tahiroğlu.** Roma Hukuku. s. 242.
[1363]**Zimmermann**. Op. Cit. s 421 vd.
[1364]Gai**.***Ins.*3.157:*"Illud constat, si quis de ea re mandet, quae contra bonos mores est, non contrahi obligationem, ueluti si tibi mandem, ut Titio furtum aut iniuriam facias."*

menfaatine (*mandatum mea gratia*) verilmiş olmasıdır.[1365] Keza, yalnız vekil yerine *(mandatum tua tantum gratia)* vekâlet verilememiştir.[1366] Öte yandan, hem vekil hem de vekâlet veren lehine vekâlet verilebileceği (*mandatum mea et tua gratia*) ise Roma hukukunda kabul edilmiştir.[1367]

Roma hukukunda, *mandatum*'un kökeninin dostluk ve *fides* olduğu fikri esastır.[1368] Keza, *"mandatum"* sözcüğü, etimolojik olarak el anlamına gelen *"manus"* ve vermek anlamına gelen *"dare"* sözcüklerinden türemiştir.[1369] Buna göre, Romalılar dostlarının işlerini herhangi bir karşılık beklemeksizin görmenin adeta bir görev olduğuna inanmış; bu nedenle, vekâlet sözleşmesi Roma hukukunda *negotiorum gestio* (vekâletsiz iş görme) ve diğer iş görme borcu doğuran sözleşmeler olan *locatio conductio operis* (eser sözleşmesi) ile *locatio conductio operarum* (hizmet sözleşmesi)'a nazaran ön planda tutulmuştur. Zira vekâlet, *fides*'in yani sadakat, söze bağlılık ve dürüstlüğün bir gereği olarak görülmüştür.[1370]

Paulus'a ait bir *Digesta* metninde de *mandatum*'un kökeninin dostluk olduğunun altı çizilmiştir. D.17.1.1.4 uyarınca:

[1365]**Schulz, F.:**Classical Roman Law, Oxford: Clarendon Press, 1951, (Roman Law), s. 556, **Honsell.** Op. Cit. s. 111.
[1366]*Ins.*3.26.1.3.6, *Madnatum tua tantum gratia* kurumu, özünde bir tavsiye niteliğinde görülmüştür. **Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s. 245, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 225, **Honsell.** Op. Cit. s. 151, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 284.
[1367]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 154, **Burdese.** Op. Cit. s. 555, **Brégi.** Op. Cit. s. 163.
[1368]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 415, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 226, **Di Marzo.** Op. Cit. s. 401.
[1369]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 424.
[1370]**Erdoğmuş**. Borçlar Hukuku. s. 109.

"Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit."[1371]

"Karşılıksız olmayan vekâlet, geçerli değildir; vekâlet, kökenini arkadaşlar arasındaki görev ve dostlukta bulur. Ancak, ücret görevle bağdaşmaz. Araya ücret girerse, sözleşme daha ziyade *locatio conductio*'ya yaklaşır."

Roma hukukunda eksik iki taraflı bir iyiniyet sözleşmesi olan vekâlet sözleşmesinde, vekilin borçlarından en önemlisi sadakat ve özen borcu olmuştur. Vekil, sözleşmeden elde edeceği bir menfaat olmamasına rağmen, *Iustinianus* döneminde *omnis culpa* yani tüm kusurlarından *diligentia quam in suis rebus adhibere solet* (kendi işlerinde gösterdiği özen) ile sorumlu tutulmuştur.[1372] Keza, borca aykırılık hâlinde vekile karşı açılacak *actio mandati directa* davası neticesinde de, *fides* sözleşmeleri bakımından rastlanılan olağan müeyyidelerden olan *infamia* gündeme gelmiştir.[1373]

Tüm bu hükümlerin sebebi olarak ise, *bona fides* gösterilmektedir.[1374] Keza, vekâlet sözleşmesi güvene dayandığı için, taraflar birbirlerine olan güvenleri kaybolduğu zaman sözleşmeyi kolayca sona erdirebilmişlerdir.[1375] Öğretide, *actio mandati*'nin *formulası*'nda, yargıcın karar verme ölçütünü belirlemek adına *"ex aequo et bono"* (hakkaniyetin gerektirdikleri) şeklinde özel bir kısmın yer almış olduğu; fakat daha

[1371] D.17.1.1.4.
[1372] **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 155, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 285, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 257, **Robaye.** Op. Cit. s. 293.
[1373] Gai.*Ins.*4. 182, **Honsell.** Op. Cit. s. 152, **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 117.
[1374] **Erdoğmuş**. Borçlar Hukuku. Loc. Cit.
[1375] **Akıncı, Ş.:** Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınevi, Konya: 2004, (Vekâlet), s. 60.

sonra, bu kısmın *"iudicem aestimare debere"* (yargıç saptamak zorundadır) biçiminde *interpolatio'*ya uğradığı düşünülmektedir.[1376] Bu da, esasında *bona fides* ile *bonum et aequum'*un ne kadar ilişkili olduğunu gözler önüne sermektedir. Görüldüğü üzere, yargıcın hakkaniyete göre saptadığı hususlar, aslında *bona fides*'e göre belirlenmiş olanlardır.

Günümüzde de, TBK 502, BGB § 662, ABGB § 1002, C.Civ.394 ve devamı hükümleri uyarınca vekâlet sözleşmesi ücretli ya da ücretsiz olarak kurulabilmektedir.[1377] Öte yandan, bugün vekalet sözleşmesi bakımından, *amicitia'*nın Roma'da olduğu gibi büyük bir rol oynamadığı açıktır.[1378] Yine, çağdaş hukuklarda Roma hukukundan gelen geleneğin devamı olarak vekâlet sözleşmesinde vekilin borçları arasında en önemli olan, işi sadakat ve özenle (*bonne et fidèle, getreue und sorgfältige*) yapma borcudur.[1379] Esasında, sadakat borcu, vekilin işini gördüğü kimsenin menfaat ve iradesine uygun hareket etmesinin, vekâletin zorunlu unsuru olmasından çıkarılmaktadır.[1380]

Anglo-Amerikan hukukunda da, vekilin, müvekkilinin haklı menfaatlerini gözetme borcu önemle benimsenmiştir. Bu ise, Kıt'a Avrupası anlamında dürüstlük kuralına işaret etmektedir. Keza, İskoç hukukunda, bizzatihi dürüstlük kuralının bu

---

[1376]D.17.1.12.9, **Pringsheim.** Op. Cit. s. 133.
[1377]**Keller, A.:**Haftpflicht Privatrecht, Band I, Bern: Stämpfli, 2002, s. 497, (Privatrecht), s. 447.
[1378]**Honsell.** Op. Cit. s. 152.
[1379]**TBK 506:***"Vekil, vekâlet borcunu bizzat ifa etmekle yükümlüdür. Ancak vekile yetki verildiği veya durumun zorunlu ya da teamülün mümkün kıldığı hâllerde vekil, işi başkasına yaptırabilir.*
Vekil üstlendiği iş ve hizmetleri, vekâlet verenin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle yürütmekle yükümlüdür.
Vekilin özen borcundan doğan sorumluluğunun belirlenmesinde, benzer alanda iş ve hizmetleri üstlenen basiretli bir vekilin göstermesi gereken davranış esas alınır."
Eski BK 390/II'de "sadakat ve özen" yerine "hüsnü suretle" ifadesi geçmekteydi. Öte yandan, öğretide bu ifadenin ZGB 398 II'de olduğu gibi "sadakat ve özen ile" olarak anlaşılması gerektiği kabul edilmekteydi. Yeni TBK'da ise, bu sorun giderilmiş olup, "sadakat ve özen" ifadesi kanuna alınmıştır.
[1380]**Tandoğan.** Op. Cit. s. 407.

yükümlülüğe yol açtığı açıkça kabul edilmektedir.[1381] Zira, Roma'dan bu yana iyi bir insanın, elinden geldiğince diğerlerine faydalı olacağı ve kimseye zarar vermeyeceğine inanılmaktadır.[1382] Vekilin sadakat borcu, özellikle ücretsiz vekâlet bakımından kendisini gösterir. Çağdaş hukuklarda vekilin sadakat yükümlülüğünün konu ve kapsamı da, vekâlet verenin vekile karşı beslediği güvenin derecesine göre belirlenmektedir.[1383] Bu nedenle, vekâlet sözleşmesi açısından günümüzde de *bona fides* büyük önem taşımaktadır.

4. Societas (Ortaklık Sözleşmesi)

Bona fides'in temel alındığı ve *fides* sözleşmesi olarak adlandırılan bir başka sözleşme tipi ise, *societas* (ortaklık) sözleşmesidir.[1384] Her ne kadar, *Wieacker*'a göre *societas*, *Iustinianus* dönemine dek ayrı bir sözleşme değil, yalnızca pratik bir şahıs birliğini ifade etse de; bu *bona fides*'in, bu güvene dayalı şahıs birliği açısından önemi açıktır.[1385] Öte yandan, öğretideki hâkim görüş itibariyle M.Ö. 2. yüzyıl civarında tam iki taraflı rızai[1386] bir sözleşme olarak kabul edilen *societas*, tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklığın kökenini oluşturmaktadır.[1387]

Buna göre, *societas* iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri bir sözleşme olarak karşımıza

[1381]**Loos, M.B.M. ve Díaz, O.B.:**Mandate Contracts (PEL MC), Munich: Sellier, 2013, s. 188-190.
[1382]**Brégi.** Op. Cit. s. 168.
[1383]**Gümüş, M.A.:**Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2012, s. 147, **Pieck.** Op. Cit. s. 162.
[1384]**Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s. 106, **Burdese.** Op. Cit. s. 547, **Robaye.** Op. Cit. s. 281.
[1385]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 281, **Wieacker, F.:**Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbgesselschaft, Weimar: 1936, (Societas), s. 128.
[1386]1933 yılında Kahire'de bulunan ve *Gaius*'un *Institutiones*'inin çeşitli parçalarını içeren parşömenler incelendiğinde, Roma'da *iuris gentium* olmayan, özel ve eski bir ortaklık şekli daha olduğu anlaşılmıştır. Öte yandan, *erctum non citum* olarak adlandırılan bu model, rızai bir sözleşmeye dayanmamaktadır. **Zimmermann.** Op. Cit. s. 451.
[1387]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 253, **Monier.** Tome II. s. 177, **Gönenç, F.İ.:**Roma Hukukunda Şirket Akti Societas, İstanbul: Der Yayınları, 2004, s. 17.

çıkmıştır.[1388] Esasında, sözleşmenin tanımında dahi *bona fides* unsuru göze çarpmaktadır.[1389] Ortaklık sözleşmesinde edimlerin karşılıklı mübadelesi değil; birlikte hareket söz konusudur.[1390] *Bona fides*, bu birlikteliği ifade eden *societas* için, hukuki ilişkiyi düzenleyen bir araç; özerkliği garanti altına alan ve minimum sadakat koşulu sağlayan bir hukuki kriter olarak kabul edilmiştir.[1391] Romalı hukukçuların rızai bir sözleşme olan *societas*'ı *bona fides* yani dürüstlük kuralı ile özdeşleştirmelerinin nedeni, Roma devletinde ve toplumunda benimsenen sosyal ahlaki değerlerin ağırlığıdır.[1392] Roma hukukunda özellikle *Proculiani*, *societas* bakımından *bona fides*'in önemini belirtmişlerdir.[1393]

Roma hukukunda, *societas* sözleşmesi kapsamında her bir ortak bakımından, ticari kökeni olan bir *iudicium bonae fidei* olan *actio pro socio* tanınmıştır.[1394] Ortaklar, eski dönemlerde sadece *dolus*'larından sorumlu olmuşlar; klasik hukuk döneminde ise *custodia* sorumluluğu kabul edilmiştir.[1395] Öte yandan, ortakların kusuru, *diligentia quam in suis rebus* (kendi işlerinde gösterdikleri özen) ölçütüne göre belirlenmiş, böylece hakkaniyet gereği sorumlulukları hafifletilmiştir.[1396] *Actio pro socio* neticesinde mahkûmiyet söz konusu olduğunda ise, *infamia* gündeme gelmiş

[1388]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 234, **Honsell.** Op. Cit. s. 147, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 349.
[1389]**Santucci, G.:***Fides Bona E Societas: Una Riflessione*," Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 359-385, s. 365.
[1390]**Erdoğmuş.** Loc. Cit.
[1391]**Santucci.** Op. Cit. s. 385.
[1392]Her ne kadar, öğretide bu kavram kimi zaman bu kapsamda iyiniyet olarak kullanılsa da; aslında objektif anlamıyla dürüstlük kuralını ifade etmektedir. Bu sebeple, "dürüstlük kuralı" ifadesinin daha isabetli olacağı düşünülmektedir. **Gönenç.** Op. Cit. s. 21, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 254.
[1393]**Santucci.** Op. Cit. s. 369.
[1394]**Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s. 241, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 243, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 255, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 350, **Burdese.** Op. Cit. s. 550, **Girard.** Op. Cit. s.446, **Brégi.** Op. Cit. s. 184, **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 118.
[1395]*Custodia* sorumluluğu, borçlunun elinde bulunan, başkasına ait bir mala zarar gelmesini önlemek için göstermesi gereken normalin üzerinde özeni *(diligentia exactissima)* ifade eder. **Umur.** Lügat. s. 53, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 179.
[1396]**Honsell.** Op. Cit. s. 150.

olup, bu durum da *societas* sözleşmesinin *bona fides*'e dayandığının ve etik bir kökeni olduğunun kanıtıdır.[1397] Keza, ortaklık sözleşmesinde ortakların klasik dönemde sadece kasıtlarından sorumlu tutulmuş, buna rağmen mahkûmiyetlerinin *infamia* ile sonuçlandırılmış olmalarının sebebi, bu sözleşmenin sadakat ve güvene dayanmakta olması olarak açıklanmaktadır. Ortaklık içerisinde dürüstlüğe aykırı bir davranış *infamia*'nın tipik bir örneği olmuştur.[1398] Nitekim, tedbirsiz bir kişiyle ortak olanın, *bona fides* uyarınca ancak kendisinden şikâyetçi olabileceği kabul edilmiştir.[1399] Bu durum, aslında *bona fides* ile beraber *aequitas*'ın da bir gereği olup, Roma hukukunda *bona fides* ilkesinin, bünyesinde hakkaniyeti de barındırdığını bir kez daha ortaya koymaktadır.

Actio pro socio bakımından, *bona fides*'ten doğan *bonus vir* ölçütü de büyük önem taşımıştır. *Proculus*'a ait D.17.2.78 uyarınca *"In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est."* "Ama önümüzdeki olaya ilişkin olarak, kararım *bonus vir*'in davranışlarının esas alınmasıdır; zira, *societas*'tan doğan dava da bir *bona fides* davasıdır.[1400] *Bonus vir* ölçütü ise, tarafların birbirlerine karşı duydukları güveni garanti altına almanın bir yolu olarak kullanılmıştır.

Roma hukukunda *societas*, adeta "kardeşlik" gibi görülmüş olup,[1401] kardeşlik bağı, ortakların ortak amaca ulaşmaları için ellerinden gelen çabayı göstermelerini ve bunu engelleyen her türlü davranıştan *bona fides* uyarınca kaçınmalarını gerektirmiştir.[1402]

[1397]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 236, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 282, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 575.
[1398]**Santucci.** Op. Cit. s. 363**, Tahiroğlu**. Op. Cit. s. 237.
[1399]**Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s. 108.
[1400]**Mannino.** Op. Cit. s. 430.
[1401]**Zimmermann**. Op. Cit. s. 454.
[1402]**Gönenç.** Op. Cit. s. 25.

Bu çerçevede, bir otaklığın söz konusu olabilmesi için üç unsur gerekmiştir: Bunlardan ilki, tarafların ortak olma niyet ve iradelerini ifade eden *affectio societatis* unsurudur.[1403] Ortaklık ilişkisine katılanların, ortak bir amaç etrafında toplanması ve ulaşılmak istenen nihai hedeflerin tüm şahıslar bakımından ortak olması, Roma hukukundan günümüze *societas*'ın temel unsurudur.[1404] Bununla beraber, *affectio societatis* unsurundan bahseden metinlerin *interpolatio*'ya uğradığı da söylenmektedir.[1405] Bu metinlerin *interpolatio*'ya uğramış oldukları kabul edilse dahi, *societas* bakımından tarafların birbirlerine duydukları güven ile saihp oldukları işbirliği yükümlülüğünün, *bona fides*'e yabancı olduğu söylenemez. Bu nedenle, *affectio societatis*'in ortaklık sözleşmesinin temeli olduğu sonucuna varılmalıdır. Roma hukukundan gelen ve Kıt'a Avrupası hukuklarınca benimsenen taraflar arasındaki işbirliği yükümlülüğü, Anlglo-Amerikan hukukunda da tartışmalı değildir.[1406] Ortaklık sözleşmesi bakımından *bona fides'*in önem taşıdığı, zira bu sözleşmenin taraflar arasında bir işbirliği gerektirdiği *common law* uyarınca da kabul edilmektedir.[1407]

Societas sözleşmesinin bir diğer unsuru, ortakların mal veya emeklerini bir araya getirmeleri iken; sonuncusu ise, ortaklığın amacının meşru olmasıdır.[1408] Roma hukukundan beri, ortaklık sözleşmesinde belirlenen amaca ulaşılabilmesi, ortakların bazı mal ve emek varlığı değerlerini ortaklığa özgülemesine bağlıdır.[1409] Roma hukukunda, bir ortağın ortaklığa özgüleyeceği katılma payı üzerindeki mülkiyet hakkını saklı tutarak, sadece malın kullanım hakkını ortaklığa getirebilmesi de

[1403]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 144, **Robaye.** Op. Cit. s. 283, **Brégi.** Op. Cit. s. 177.
[1404]**Gönenç.** Op. Cit. s. 38.
[1405]**Schulz.** Roman Law. s. 549.
[1406]Bkz. Mackay v. Dick [1881] 6. App. Cas. 251.
[1407]**Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 12.
[1408]**Brégi.** Op. Cit. s. 179.
[1409]**Gönenç.** Op. Cit. s. 31.

mümkün olmuştur. Öte yandan, diğer ortakların, bir başka ortağın ilgili malı kullanmasına engel oldukları takdirde; *bona fides* esasına ve dolayısıyla sözleşmeye aykırı hareket etmiş olacakları kabul edilmiştir.[1410] Bu nedenle, ortaklık sözleşmesi bakımından *bona fides*, tarafların hak ve borçlarının sınırını belirleyici bir rol oynamıştır.

Societas'ın *bona fides*'e dayanmakta olması, ortakların katılma payları ile kâr ve zarardan elde ettikleri payları arasında mutlak bir uygunluğun olmasını gerekli kılmamıştır.[1411] Dahası, *societas*'ın *bona fides*'e dayanması, sözleşmenin içeriğinin her türlü objektif eşitlik ve makullük standardına uygun olmasını da gerektirmemiştir.[1412] Yine de, ortaklıkça elde edilen kâr ve zararlar, ortakların arasında özel bir anlaşma mevcut olmadıkça kural olarak eşit bölüştürülmüştür.[1413] Özellikle cumhuriyet döneminde, ortakların farklı oranlarda kâr ve zarara katlanmaları, *Quintus Mucius* tarafından da eleştirilmiştir. Öte yandan, eleştirinin asıl sebebi, eşitlik kaygısı olmayıp böylesi bir bölüşümün *contra naturam societatis* yani *societas* sözleşmesinin doğasına aykırı oluşudur.[1414] Öte yandan, *natura societatis* de, özünde eşitliği gerektirmektedir.

Buna ek olarak, Roma hukukunda ortaklardan birinin sadece kâra katılırken, zararı yüklenmemesi; diğerlerinin ise zarara katılması yönünde yapılan anlaşmalar ise hükümsüz sayılmıştır.[1415] Bu tür şirketlere, aslan payı şirket anlamında *societas*

[1410]**Erdoğmuş, B. ve Tahiroğlu, B.:**Roma Hukuku Pratik Çalışmaları-Meseleleri, İstanbul: Der Yayınevi, 2014, s. 167.
[1411]**Gönenç.** Op. Cit. s. 59.
[1412]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 457.
[1413]**Brégi.** Op. Cit. s. 181.
[1414]**Zimmermann.** Op. Cit.s. 458.
[1415]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 239.

leonina[1416] adı verilmekte olup, *societas leonina*'nın yasaklanması da temelinde dürüstlük kuralına dayanmaktadır.[1417] Nitekim, bu durumun *iniquissimum* yani çok adaletsiz olduğu ve *societas* sözleşmesinin doğasına aykırı olduğu da kabul edilmiştir.[1418]

Digesta'da yer alan, *Paulus*'a ait bir metne göre, *"societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo"*[1419] "ortaklık dürüstlük kuralına aykırı olarak ve aldatma amacıyla kurulmuşsa, *ipso iure* hükümsüzdür ve gerçekleşmemiştir. Zira *bona fides,* hile ve aldatmanın karşısındadır." *Societas* sözleşmesinde, ortak amacın meşru olması; örneğin, üçüncü bir kişiyi aldatma amacı taşıması gibi dürüstlük kuralına aykırı bir yapıya sahip olmaması aranmıştır.[1420]

Çağdaş hukuklarda da, Roma hukukundaki düzenlemelere paralel olarak, ortak amacın meşru olması gerekmektedir.[1421] Ortak amacın neler olabileceği hususundaki sınır ise, sözleşme özgürlüğü ilkesine göre çizilmelidir.[1422] Ortak amaç, sadece adi ortaklıkta değil; aynı zamanda ortaklar arası güven ve iş birliğinin yoğun olduğu kişi ortaklıkları için de önem arzetmektedir.[1423] Yine, günümüzde de *soceitas leonina* kural olarak yasak olup, Türk-İsviçre hukukunda bir ortağın yalnızca kârdan pay

[1416]*Societas leonina* kavramı, adını inek; koyun; keçi ve aslanın kurduğu bir ortaklığı anlatan *Phaedrus*'a ait bir masaldan almaktadır. Masala göre ortaklığın elde ettiği tüm yiyeceği aslan yemektedir. **Umur.** Lügat. s. 199, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 242, **Honsell.** Op. Cit. s. 148, **Zimmermann**. Op. Cit. s. 459, **Hausmaninger ve Selb.** Loc. Cit., **Arangio-Ruiz.** Loc. Cit.
[1417]**Di Marzo.** Op. Cit. s. 400.
[1418]**Gönenç.** Op. Cit. s. 69.
[1419]D.17.2.3.3, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 506.
[1420]**Gönenç.** Op. Cit. s. 40.
[1421]**Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E.:**Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 13. Bası, 2014, s. 24.
[1422]**Akın, M.Y. (ed. Karahan, S.):**Şirketler Hukuku, Konya: Mimoza Yayınevi, Güncellenmiş 2. Baskı, 2013, s. 30-109, s. 40.
[1423]**Aral, İ. (ed. Karahan, S.):**Şirketler Hukuku, Konya: Mimoza Yayınevi, , Güncellenmiş 2. Baskı, 2013, s. 1-30, s. 25.

alması, TBK 523/II uyarınca ancak ortaklık payı olarak sadece emeğini koyan ortak bakımından kabul edilmektedir. Bunun nedeni ise, bu hâlde kural olarak *affectio societatis* unsurunun sakatlanmış olacağıdır.[1424] Zira, ortaklıktaki ortak amaç kâr paylaşımı olup, bu hâlde ise, zarara katlanmamak düşünülemez. Fransız ve Alman hukukunda da kâr ve zararın kural olarak eşit paylaşımı esas olup, bunun altında yatan düşüncenin ise hakkaniyet olduğu savunulmaktadır.[1425] Roma hukukundan günümüze gelmiş olan *societas*'ın, *fides*'e dayanan bir sözleşme olmasının izleri günümüzde de açıkça görülmektedir.

5. *Emptio Venditio* (Satım Sözleşmesi)

Roma hukukunda *bona fides* kurumunun uygulamalarının, en net olarak gözlemlenebileceği sözleşme *emptio venditio* (alım satım/satım) sözleşmesidir.[1426] Keza, rızai sözleşmelerin kökeni ile ilgili çeşitli teoriler mevcut olup, bunlardan bir tanesi *emptio venditio* sözleşmesinin ortaya çıkışı iken; bir diğeri, bunların *fides*'e dayanıyor oluşudur.[1427] Esasında, bu iki teori birbirinden uzak değildir. Roma hukukundan bu yana, para karşılığında bir malın el değiştirilmesini öngören sinallagmatik bir rızai sözleşme türü olan *emptio venditio* sözleşmesinde, *venditor* (satıcı) bir malı teslim etmeyi; *emptor* (alıcı) ise, o malın bedelini ödemeyi

[1424] **Poroy, Tekinalp ve Çamoğlu.** Op. Cit. s. 25.
[1425] **C. Civ. 1844-1:** *"La part de chaque associé dans les bénéfices et sa contribution aux pertes se déterminent à proportion de sa part dans le capital social et la part de l'associé qui n'a apporté que son industrie est égale à celle de l'associé qui a le moins apporté, le tout sauf clause contraire.*
Toutefois, la stipulation attribuant à un associé la totalité du profit procuré par la société ou l'exonérant de la totalité des pertes, celle excluant un associé totalement du profit ou mettant à sa charge la totalité des pertes sont réputées non écrites." **Pieck.** Op. Cit. s. 167.
[1426] **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 227, **Honsell.** Op. Cit. s. 123, **Burdese.** Op. Cit. s. 525, **Monier.** Tome II. s. 129, s. 134, **Meylan, P.:** *La Rôle de la Bona Fides dans le Passage de la Vente au Comptant à la Vente Consensuelle à Rome*, in Aequitas und Bona Fides: Festgabe für 70. Geburtstag von August Simonius, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955, s. 254, **Buckland.** Actio Ex Empto. s. 218 vd.
[1427] **Robaye.** Op. Cit. s. 250, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 228.

üstlenmektedir.[1428] Romanist *emptio venditio* sözleşmesi incelendiğinde, sözleşmenin *bona fides* kurumunu esas aldığı ve içselleştirdiği görülebilmekte olup, özellikle satıcının pek çok borcunun *bona fides*'ten doğduğu farkedilmektedir.[1429] Hatta, günlük konuşma dilinde satım sözleşmesi yapılırken, tarafların birbirlerine "gerçekten mi, dürüstlükle mi?" anlamında *"bonan fide?"* dedikleri de bilinmektedir.[1430]

Kökeni M.Ö. 2. yüzyıla dayanan *emptio venditio* sözleşmesinin kuralları, ilk etapta çiftçiler arasındaki teamüle göre şekillenmiş; bu kişiler birbirlerini yakınen tanıdıklarından, aralarında ihtilaf söz konusu olmamış; taraflar, birbirlerinin sadece dürüstlüğüne inanarak edimlerin aynı anda ifa edileceğine güvenmişlerdir.[1431] Öte yandan, zamanla ticari ilişkilerin ve *peregrini*'nin işlem hayatına katılmasıyla, dürüstlüğü garanti altına almak için *bonus vir* ölçütü getirilmiştir.[1432] Burada dikkati çeken bir nokta, *fiducia* (inançlı işlem), *depositum* (saklama) ve *societas* (ortaklık) gibi sözleşmelerin özleri itibariyle *fides*'e dayanmasına karşılık; *emptio venditio* sözleşmesi bakımından *bona fides*'in gözetilmesinin, işlem hayatının zorunlu kılması sebebiyle esas oluşudur.

Ulpianus da, *bona fide*s'e aykırı her hususun satım sözleşmesi bakımından dikkate alınacağını belirtmiştir.[1433] Bu durumun ana nedenlerinden bir tanesi, kuşkusuz sözleşmenin rızai sözleşmeler grubu arasında yer alması ve daha da önemlisi *prima*

[1428]**Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. Loc. Cit., **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 251, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 225, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 337.
[1429]**Borkowski.** Op. Cit. s. 271, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 558, **Accarias.** Op. Cit. s. 459.
[1430]**Söllner.** Op. Cit. s. 24.
[1431]**Monier.** Tome II. s. 135.
[1432]**Ibid.**
[1433]D.19.1.1.1.

facie kavimler hukuku olan *ius gentium* uyarınca düzenlenmiş olmasıdır.[1434] *Digesta*'da "*est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras"*[1435] "alım satım sözleşmesi, *ius gentium* tarafından düzenlenen bir sözleşmedir ve böylece kolay bir şekilde kurulur. Sadece hazır olan taraflar arasında değil, temsilci tarafından ya da mektupla da kurulabilir" denilmiştir.

Bona fides, emptio venditio bakımından öngörülebilirlik ve stabilite gerektirmiştir. Bu durum ise objektif ve normatif olarak bedelin ödenmesinde kurumsallaşmıştır.[1436] *Pomponius*'a ait D.18.1.19 uyarınca:

> *"Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus emptori sine ulla satisfactione."*[1437]
>
> "Bir şey sattığımda, ancak bedeli elde ettiysem ya da bu konuda bir teminat kabul ettiysem ya da alıcıya teminatsız borç verildiyse o şey alıcının mülkiyetine geçer."

[1434]**Mattiengeli, D.:***La Compravendita Romana: Un'introduzione Generale alla Disciplina dell'emptio venditio Romana*, "Emptio-Venditio: Europaeische Studien zur Geschichte des Kaufvertrags", Salzburger Studien zum europäischen Privatrecht , Band 35, Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2014, s. 68.
[1435]D.18.1.1.2.
[1436]**Dozhdev, D.:***Fidem Emptoris Segui: Good Faith and Price Payment in the Structure of Roman Classical Sale,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 521-578, s. 521.
[1437]*Ins.*2.1.41 uyarınca da aynı kuralın altı çizilmektedir.

Öğretide bu metnin, *emtpio venditio* bakımından *bona fides*'in önemine işaret ettiği savunulmakta ve *"fidem emptoris sequi"* (alıcının *fides*'ini takip ederim) kuralı olarak anılmaktadır. M.Ö. 2. yüzyıl hukuki yorumunun bir neticesi olarak benimsenen *fidem emptoris sequi* kuralı ve *fidem praestare* (sadakat göstermek) ilkeleri, *Quintus Mucius Scaevola*'dan beri kullanılmakta olup esasında *veteres*[1438] pratiğinin bir sonucudur.[1439] Bir görüşe göre, burada bedelin ödenmesinin mülkiyetin nakli için gerekli olduğuna işaret edilmişken; bir başka görüş ise, metinde *interpolatio* olduğu yönündedir.[1440] Esasında kuralın kökü XII Levha Kanunu'na dayanmaktadır. Hâkim görüşe göre ise, bu kanunlarda bahsedilen husus aslında mülkiyetin naklinden ziyade, *actio auctoritatis*'e ilişkindir.[1441] Burada temel olarak, alacaklının normatif beklentilerinin, diğer tarafın belirli ve kalıplaşmış rolüne uygun davranmasına bağlı olduğunun altı çizilmektedir.[1442] Bir diğer deyişle metin, *bona fides*'in gerektirdiği öngörülebilirlik unsuruna ilişkindir. *Bona fides*'in bu unsuru ise, çağımızda gerek Kıt'a Avrupası, gerekse Anglo-Amerikan hukuk bakımından esastır.

Roma hukukunda *emptio venditio* sözleşmesi bakımından *bona fide emptor* kurumu da önem taşımıştır.[1443] Sübjektif iyiniyet sahibi bir kimseye, hür bir kişinin satılması hâlinde ya da bir kutsal malın *res in commercio* (ticarete elverişli) mal olarak satılması durumlarında, satım sözleşmesi batıl olsa dahi, iyiniyetli alıcıya *actio empti* açma hakkı tanınabilmiştir.[1444] Roma hukukunda özellikle bedelin ödenmesi borcuna ilişkin olarak *bona fides*, ifanın ölçütünü belirlemede bir araç olarak kullanılmıştır. Öte yandan, burada söz konusu olan hem objektif hem de sübjektif nitelikli bir

[1438]**Wolff.** Loc. Cit.
[1439]**Dozhdev.** Op. Cit. s. 563.
[1440]**Ibid.,**. s. 552.
[1441]**Dozhdev.** Op. Cit. s. 553, **Kaser, Knütel ve Lohsse**. Op. Cit. s. 262.
[1442]**Dozhdev.** Op. Cit. s. 561.
[1443]**Kunkel.** Op. Cit. s. 14.
[1444]Bu durumlar, aslında *culpa in contrahendo* kurumunun da Roma hukukundaki ilk örneklerinden olarak değerlendirilmektedir. Bkz. IV. Bölüm-IV-B-1, **Di Marzo.** Op. Cit. s. 387.

değerlendirmedir. Bu da esasında iyiniyet ve dürüstlük kuralının gerek köken gerekse işlev bakımından paralellik içerisinde olduğunu göstermektedir. *Ulpianus*'a ait D.44.4.4.31 uyarınca:

> "*Auctoris autem dolus, sicut diximus, emptori non obicitur. sed hoc in emptore solo servabimus: item in eo, qui permutaverit vel in solutum accepit: item in similibus, qui vicem emptorum continent. ceterum si noxae deditus quis sit, pomponius putat passurum exceptionem, quam ille pateretur, qui noxae dedit. proinde ex quacumque alia causa, quae prope lucrativam habet adquisitionem, quaesisse quis videatur, patietur exceptionem doli ex persona eius, in cuius locum successit: sufficit enim, si is, qui pretium dedit vel vice pretii, cum sit bona fide emptor, ut non patiatur doli exceptionem ex persona auctoris, utique si ipse dolo caret. ceterum si ipse dolo non careat, pervenietur ad doli exceptionem et patietur de dolo suo exceptionem."*

> "Dahası, bahsettiğimiz üzere satıcının halefinin mülkiyeti hileli bir biçimde elde ettiği, alıcıya def'i olarak ileri sürülemez. Ama bunu sadece alıcı bakımından uygulamalıyız. Benzer olarak, bir malı trampa eden ya da ödeme olarak kabul eden veya alıcının konumuna benzer konumdaki kişiler bakımından da böyledir. Eğer bir kimse *noxal* olarak teslim edilmişse; *Pomponius*'a göre, kişi onu *noxal* olarak teslim edenin karşı karşıya kalacağı def'ilere maruz kalır. Dolayısıyla, birisi görünüşteki kârlı bir kazanımdan

başka bir sebepten dolayı mülkiyet elde etmiş gibi görünüyorsa, halefi olduklarının hilesinden dolayı *exceptio doli*'yle karşı karşıya kalır. Bedeli ödeyen ya da bedel yerine geçen bir malı verenin *bona fide* alıcı olması, böylesi bir def'i ile karşı karşıya kalmaması için yeterlidir ki; kendisinin *dolus*'u yoksa kesinlikle karşı karşıya kalmamalıdır. Ancak, eğer o da hileli davranışta bulunduysa, *exceptio doli* ile karşı karşıya kalarak gereklerine katlanacaktır."

Söz konusu *Digesta* metninde, *dolus*'u olmayan alıcı esasında sübjektif olarak *bona fide* alıcı konumundadır. Bir diğer deyişle, metinde iyiniyetli alıcıya karşı *exceptio doli*'nin ileri sürülemeyeceği belirtilmektedir. Öte yandan, alıcının objektif olarak *bona fide* olması yani *dolus* teşkil eden bir davranışta bulunmaması hali, böylesi bir def'i ile kesinlikle karşı karşıya kalmaması sonucuna varılmasını sağlamaktadır.[1445] Pratik olarak ise, objektif ve sübjektif *bona fides*, bu münferit olay bakımından aynı sonucu doğurmuştur.

Emptio venditio sözleşmesinde, mala gelecek hasardan *(periculum)* doğan sorumluluğun ölçütü bakımından da *bona fides* ilkesi temel alınmıştır.[1446] Klasik hukuk döneminde, hasara alıcının katlanacağı, *"periculum emptoris est"* ilkesi ile kabul edilmiştir.[1447] Sözleşme kapsamında, satıcının klasik hukuk döneminde *damnum* (zarar) ve hırsızlık bakımından ağır bir gözetim ve denetim sorumluluğunu

[1445]**Söllner.** Op. Cit. s. 25.
[1446]**Robaye.** Op. Cit. s. 303.
[1447]Hukukumuzda da uzun yıllar hasarın alıcıya geçişinin satım sözleşmesinin yapılması ile gerçekleşeceği kabul edilmiş; öte yandan, ilke 6098 sayılı TBK ile isabetli olarak terk edilmiştir. BGB § 466 doğrultsunda hazırlanan TBK 208/I, taşınırlarda hasarın alıcıya zilyetliğin devri ile geçeceğini düzenlemektedir. Nitekim, Roma hukukundaki gibi peşin satım yaygın olmadığından, eski BK'da yer alan bu ilke, günümüz koşullarında elverişli değildir. Bu durum yalnızca Fransız hukukunda değişiklik göstermekte olup, bunun nedeni ise Fransız hukukunda satımla mülkiytin geçmesidir. Bkz. C.Civ. 1582 vd., **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 212, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 229, **Pichonnaz, P.:**Le Centenaire du Code des Obligations, ZSR, S. 2, Yıl: 2011, s. 117-226, (Obligations), s. 127.

ifade eden *custodia* sorumluluğu bulunduğu söylenmektedir. Bir diğer deyişle, satıcı *periculum* hâlinde *vis maior* (mücbir sebep) dışındaki tüm hâllerden sorumlu olmuştur.[1448] *Paulus*'a ait D.18.6.5 uyarınca:

> *"Si per emptorem steterit, quo minus ad diem vinum tolleret, postea, nisi quod dolo malo venditoris interceptum esset, non debet ab eo praestari. si verbi gratia amphorae centum ex eo vino, quod in cella esset, venierint, si admensum est, donec admetiatur, omne periculum venditoris est, nisi id per emptorem fiat."*
>
> "Eğer şarabın belirlenen sürede alınmaması, alıcının kusuru sebebiyle ise, bundan sonra satıcı sorumlu olmaz; meğer ki, *dolus malus* sahibi olsun. Diyelim ki, o mahzenden yüz şişe şarap satılıyor olsun, bunlar bir kez ölçüldükten sonra, böyle bir ölçüme kadar alıcı kusurlu olmadıkça risk satıcının üzerindedir."

Bu metinde bahseldilen *dolus malus*, *bona fides*'in karşılığı olarak kullanılmış olup, bu kavram da satıcının hasardan dolayı sorumluluğunu etkilemiştir.[1449] Bir diğer deyişle, satıcının dürüstlük kuralına aykırı hareketleri her hâlde *dolus* olarak değerlendirilmiş ve *bona fides* sorumluluğun derecesini belirlemede kullanılmış; satıcının *dolus malus'*u alıcının kusuru ile karşılaştırılmıştır. Keza, umursamaz olmak bizatihi *bona fides'*e aykırı bir davranış olmayıp, burada aranan şey esasında

[1448]Öte yandan, öğretide D.9.2.11.9 metninin bunun aksini kanıtladığını; D.19.1.36, D.19.2.41 metinlerinin de oldukça muğlak olduğunu savunan yazarlar da mevcuttur. *Iustinianus* döneminde ise satıcı beklenmedik hâllerden sorumlu tutulmamaya başlanmış; bu nedenle soumluluğu *omnis culpa* halini almıştır. **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 125, **Tahiroğlu.** Borçlar Hukuku s. 210 vd, **Buckland.** Actio Ex Empto. s. 217, **Honsell.** Op. Cit. s. 129, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 153, **Burdese.** Op. Cit. s. 536 vd.

[1449]**Buckland.** Op. Cit. s. 221.

*dolus'*tur. Bu nedenle *emptio venditio* sözleşmesinde satıcı bakımından aranan sorumluluk ölçütünün aslında dürüst, iyiniyetli ve centilmence davranış, diğer bir ifade ile *dolus'*un yokluğu olduğu; öte yandan, bu durumun ise daha sonra ağırlaşarak *culpa* olarak evrimleştiği düşünülmektedir.[1450]

Buna ek olarak, *bona fides*, tarafların göstermesi gereken özenin derecesini belirlemede de rol oynamıştır. Keza, bir taşınmazın satışı ile ilgili olan *Proculus*'a ait D.18.1.68 pr. uyarınca da *"...existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere..."* "fikrimce kiranın elde edilmesinde sadece *bona fides*'i gözetmek yetmez; aynı zamanda, *diligentia* da gösterilmelidir." denilmektedir. Bununla beraber, *diligentia'*nın da ön koşulu *bona fides*'e uygunluk olup, bir kimsenin kendi işlerinde gösterdiği özeni karşı taraf bakımından göstermemesi, *bona fide* bir davranış olarak değerlendirilemeyecektir.[1451]

Yine, *Labeo*'ya ait D.19.1.50 metni uyarınca: *"Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret..."* "Kurala göre, satım konusu şey kendisine teslim edilmediğinde, alıcının satım konusu şeyin bedelini ödeme borcu devam etmez. *Bona fides*, satım konusu şeyin teslim edilmesi ve mülkiyetinin kaybedilmesine zorlanmasına izin vermez…" Öte yandan, metnin devamında, alıcının dava açarak malı talep etmesi hâlinde, satıcının *exceptio rei venditae et traditae* (satılmış ve teslim edilmiş mal def'i) ileri sürebileceği belirtilmiş

[1450]**Buckland.** Actio Ex Empto. s. 229.
[1451]**Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s. 42 vd., **Buckland.** Actio Ex Empto. s. 224, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 179-180, **Honsell.** Op. Cit. s. 91, **Burdese.** Op. Cit. s. 704, **Robaye.** Op. Cit. s. 284, s. 313.

olup, bu def'inin kökeninin de *bona fides* olduğu çıkarımı yapılmaktadır.[1452] Zira, bedeli ödenmeyen bir malın talep edilmesinin dürüstlük kuralı ile bağdaşmayacağı gibi; satılmış ve teslim edilmiş bir mal için, hileli olarak talepte bulunmak da dürüstlük kuralı ile örtüşmeyecektir.

Roma hukukunda, *emptio venditio* ile kabul edilen temel prensipler zamanla diğer rızai sözleşmelere, oradan da tüm sözleşme ve *pactum* türlerine sirayet etmiştir. Roma satım hukuku, Roma hukukunun en verimli alanlarından bir tanesidir.[1453] Bu durumun temel sebebi ise, söze bağlılık yani *fides*'e verilen önemdir.[1454] Keza, sözleşmenin ifa edilmesi için rızai alım satım sözleşmesinin kabulü öncesinde peşin alım satım esasken dahi, *fides* yani verilen söze bağlılık yeterli olmuştur.[1455] Özellikle *pacta adiecta*'lar sayesinde, şekle bağlı olmayan rızai sözleşmelerin yapılma sıklığını ve önemini arttırması ile, *emptio venditio*'dan doğan *actio empti* ve *actio venditi*'nin *formula*'ları içerisine *"ex fide bona"* kaydı konması sayesinde alım satım sözleşmesi bakımından *bona fides*'in önemi giderek artmıştır.[1456]

a. Malın Ayıplı Olmasından Doğan Sorumluluk

Emptio venditio bakımından, *bona fides* kavramının somut olarak gözlemlenebileceği bir nokta satım sözleşmesinde malda yer alan ayıplardan doğan sorumluluk

[1452]**Waldstein.** Op. Cit. s. 50.
[1453]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 230.
[1454]**Mattiengeli.** Loc. Cit.
[1455]**Robaye.** Op. Cit. s. 252.
[1456]Öte yandan, *actio empti* bakımından aranan *bona fides* her zaman objektif nitelikte olmamıştır. Özellikle *actio publiciana*'nın söz konusu olduğu hâllerde, sübjektif anlamda *bona fides*'in değerlendirmeye alınması da *formula*'daki *"ex fide bona"* kaydı sayesindedir. **Schulz.** Roman Law. s. 527, **Honsell.** Op. Cit. s. 104, s. 126, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 236, **Söllner**. Op. Cit. s. 11, **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 118.

olmuştur.[1457] Zira, Roma hukukunda ayıptan sorumluluğa ilişkin kurallar, *ius naturale* esas alınarak getirilmiştir.[1458] Ayıp, bir malda bulunmaması gereken objektif bozukluklar ya da eksiklikleri ifade etmektedir.[1459] Maldaki ayıplar, fiziki eksiklikler şeklinde maddi olabileceği gibi; hukuki de olabilir. Roma hukukunda satım sözleşmesinde maldaki ayıplardan doğan sorumluluk esasında farklı hukuki ve tarihi dönemler ele alınarak incelenmektedir.[1460]

Klasik hukuk dönemi öncesinde, satıcının maldaki maddi ayıplardan sorumlu olabilmesi için *mancipatio* yoluyla yapılan alım satımlar bakımından, *nuncupatio* adı verilen özel bir beyanda bulunması gerekli olmuştur.[1461] *Nuncupatio*, esas olarak *mancipatio* sırasında malı devreden kişi tarafından söylenen, şekle bağlı bir takım ek sözlerdir.[1462] Buna paralel olarak *Cicero*, *De Officiis* adlı eserinde *"ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium quod nosset venditor"* ifadesi ile, *bona fides* uyarınca satıcının alıcıyı bildiği tüm ayıplardan dolayı bilgilendirmesi gerekliliğinin altını çizmiştir.[1463] Satıcının böylesi bir durumu saklaması hâlinde ise, alıcının zararlarından sorumlu olacağı kabul edilmiştir. Öte yandan, *Cicero* yine aynı eserde, XII Levha Kanunu'nda yer alan bir kuraldan bahsetmiş ve satıcının sadece *nuncupationes* uyarınca doğan ayıplardan sorumlu olacağını açıklamıştır.[1464] Örneğin, *ius civile*'ye göre toprağını satan, ancak açıkça varlığını inkâr ettiği ayıplardan sorumlu olmuştur. Bununla beraber, iki metnin beraber değerlendirilmesi,

[1457]**Monier.** Tome II. s. 158.
[1458]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 305, **Apathy.** Op. Cit. s. 95.
[1459]**Yavuz, C.:**Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul: Beta Yayınevi, 12. Baskı, 2013, s. 67 vd.
[1460]**Umur.** Roma Hukuku. s. 365.
[1461]Bu durumun, esas olarak *actio de modo agri* çerçevesinde taşınmaz satışlarında söz konusu olduğu bilinmektedir. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 233, **Honsell.** Op. Cit. s. 132, **Zimmermann.** Op. Cit. s 308, **Brégi.** Op. Cit. s. 193, **Apathy.** Op. Cit. s. 96.
[1462]**Burdese.** Op. Cit. s. 531**, Babusiaux, U.:**Id Quod Actum Est: Zur Ermittlung des Parteiwillens im Klassichen Römischen Zivilprozess. München: C.H. Beck, 2006, s. 170.
[1463]**Cicero.** *De Officiis.* 3. 67.
[1464]**Cicero.** *De Officiis.* 3. 65 ve 3. 66.

satıcının bildiği ayıpları bildirme yükümlülüğü olduğunu ortaya koymaktadır. Buna göre, satıcıdan, dürüstlük kuralı uyarınca, *nuncupatio* aracılığıyla, bu ayıpların yokluğunu taahhüt etmesi beklenmiştir.

Öte yandan, malın *mancipatio* ile devri ile sonuçlanan alım satım sözleşmelerinde, satıcının ayıba karşı sorumluluğunun kapsamı bakımından kaynakların sınırlılığı nedeniyle, kesin bir görüş bildirmenin mümkün olmadığı kabul edilmektedir. Mevcut kaynaklar incelendiğinde ise, satıcının *mancipatio* işlemine bağlı olarak satım konusu malda ayıp olmadığına ilişkin bir beyanda bulunması hâlinde; eğer bu *nuncupatio*, satıcının hileli davranışı sebebiyle doğru çıkmaz ise, satıcı sorumlu tutulmuş ve bir bakıma bu hileli, yani *bona fides*'e aykırı davranış cezalandırılmıştır.[1465]

Satıcının, klasik hukuk dönemi öncesinde maldaki ayıplardan sorumlu olabilmesinin bir diğer koşulu ise, zamanla yerleşmeye başlayan, alım satım sözleşmesine eklenen bir *stipulatio* ile özel olarak garanti vermesi hali olmuştur.[1466] Bu duruma özellikle, *mancipatio* ile devredilemeyen, *res nec mancipi*'lerin alım satımı ve Roma vatandaşları ile yabancılar arasında yapılan alım satımlar bakımından rastlanılmış olup, bu hâlde, satıcının bir *stipulatio* yapmak suretiyle satım konusu malda bir ayıp olmadığını taahhüt etmesi sonucunda sorumluluğu doğmuştur.[1467] Diğer bir deyişle, böylesi bir durumda satıcının maldaki ayıptan sorumluluğu, ancak *dicta et promissa* adı verilen özel garantinin varlığı hâlinde ortaya çıkmıştır.[1468]

[1465]**Emiroğlu.** Ayıp. s. 110.
[1466]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 211, **Honsell.** Loc. Cit.
[1467]**Emiroğlu.** Op. Cit. s. 111, **Robaye.** Op. Cit. s. 267.
[1468]**Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 235, **Honsell.** Op. Cit. s. 133,**Zimmermann.** Op. Cit. s. 309, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 265.

Cumhuriyet döneminin sonlarından itibaren ise, alım satım sözleşmesinin rızailiği kuralı, *ius gentium*'dan *ius civile*'ye sirayet etmiş olup, satıcının, ayıplardan sorumluluğu bahsinde *bona fides* yani dürüstlük kuralının esas alınması gerekliliği kabul edilmiştir.[1469] Bu durum, *ius gentium* bakımından pratik bir çözüm olmakla beraber; hukuk etiği bakımından da bir devrim niteliğinde görülebilir. Böylece, alım satım sözleşmesinin davası olan *actio empti* ile satıcı, bilmesine rağmen açıklamadığı maddi ayıplar ve satım konusu mala ilişkin gerçek dışı beyanları nedeniyle alıcının zararlarını *bona fides* ilkesi uyarınca tazmin etmek zorunda kalmaya başlamıştır.[1470] Keza, satıcı *dolo malo* yani *bona fides*'e aykırı biçimde gizlediği her türlü bilgi nedeniyle de sorumlu tutulmuştur.[1471]

Bu noktada önem taşıyan bir metin, *Digesta*'da yer alan ayıplı gemi olayına ilişkindir. *Pomponius*'a ait D.19.1.6.4. uyarınca:

> "*Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. sed si vas mihi vendidieris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. .."*

[1469] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 308, **Burdese.** Op. Cit. s. 533.
[1470] **Emiroğlu.** Ayıp. s. 102.
[1471] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 309, **Apathy.** Op. Cit. s. 97 vd.

> "Eğer bana, belirli bir kapasite ya da ağırlığa sahip bir gemiyi satarsan, bu özellikler gerçekleşmediği takdirde sana *actio empti* açabilirim. Ama eğer bana, sağlam olduğuna dair güvence verdiğin bir gemiyi satarsan ve gemi aslında sağlam değilse, bana karşı ayrıca kaybettiklerimden de sorumlu olursun. Buna karşılık, eğer sağlamlığından dolayı bana karşı sorumlu olacağını kararlaştırmamış isek; sadece *dolus malus*'undan sorumlu olursun. *Labeo* aksini düşünüyor. Ona göre, tek geçerli kural taraflar aksini kararlaştırmamış ise her koşulda sağlam bir geminin tedarik edilmesidir ki, bu doğrudur. .."

Bu metin uyarınca, satıcının belirli kapasiteye ya da ağırlığa sahip olan bir gemiyi satması ve bu geminin ayıplı olduğunun ortaya çıkması hâlinde; alıcının, satıcıya karşı alım satım sözleşmesinden doğan bir dava hakkı olduğu kabul edilmiştir. Bu cümlenin Latince karşılığı incelendiğinde, satıcının bu durumu bilmese dahi sorumlu olacağı sonucu çıkmaktadır. Zira, bu hâlde satıcının konuyu bilip bilmediğinden bahsedilmemiştir.[1472] Öte yandan, metnin devamında satıcının, alıcıya kusursuz durumda olduğunu garanti ettiği bir gemi satması ve bunun aksinin kanıtlanması durumunda, satıcının alıcının zararını tazmin etmesi gerekeceği de söylenmiştir. Böylesi bir hususu garanti ettiği tespit edilemeyen satıcı ise, sadece hileli; bir diğer deyişle, *bona fides'*e aykırı davranışından sorumlu tutulmuştur. Bu hâlde, *Labeo*'nun farklı bir görüşü olduğu metinden anlaşılmaktadır. *Labeo*'ya göre, malın kusursuz olmadığı üzerinde anlaşılmış olmadıkça; kusursuz olduğu garanti edilmiş olmalıdır.

[1472] **Apathy.** Op. Cit. s .101.

Öğretide, bu metnin *interpolatio*'ya uğradığı düşünülmektedir.[1473] Buna karşılık, aksini düşünenler ise, burada *Labeo*'nun bahsettiği hususun zımni bir garanti mi; yoksa *emptio venditio* sözleşmesinde ayıptan sorumluluk kurumu çerçevesinde *bona fides*'in gözetilmesi gereken bir durum mu olduğunu tartışmaktadırlar.[1474] Kanımızca bu metin, dürüstlük kuralının satım hukuku bakımından önemini gözler önüne sermektedir.[1475] Nitekim, *Labeo* burada *bona fides*'in gereklerinin münferit bir olay için gözetilmesi zorunluluğundan bahsetmektedir. Bu metin, çağdaş hukuklarda satım sözleşmesinin kapsamına doğal olarak dâhil olduğu kabul edilen, satıcının malın ayıplı olmasından doğan sorumluluğunun kaynağıdır.

Emptio venditio sözleşmesi çerçevesinde, alıcı tarafından satıcıya karşı açılan davayı ifade eden *actio empti*'nin *formula*'sı da, yine *aedilis curulis* adı verilen ve cumhuriyet döneminde Roma'da pazar yerleri ile ilgili hususlarla ilgilenmekle yükümlü olan *magistra*'larca getirilmiş çözümleri benimsemeye fırsat vermiştir.[1476] Esasında, bu çözümlere ihtiyaç duyulmasının temel nedeni, Roma ile başta Kartaca olmak üzere, diğer devletler arasında gerçekleşen savaşlar ve bu savaşlar neticesinde meydana gelen coğrafi değişiklikleri izleyen ekonomik değişikliklerdir.[1477] Bu değişiklikler neticesinde, yabancıların da bulunduğu toplumda, alıcıları satın aldıkları mallarda yer alan maddi ayıplara karşı koruyacak mekanizmalara ihtiyaç duyulmuş olup, bu mekanizmalar ise, asıl olarak M.Ö. 2. yüzyılın ortalarından itibaren *aedilis curulis*'lerin *edictum*'ları ile geliştirilmiştir.[1478]

[1473]**Flume, W.:***Zum Römischen Kaufrecht,* ZSS, C. 54, Yıl: 1934, s. 329-334, s. 330.
[1474]**Zimmermann**. Op. Cit. s. 334.
[1475]**Apathy.** Loc. Cit.
[1476]**Umur.** Lügat. s. 20, **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 213, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 265.
[1477]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 321.
[1478]**Emiroğlu.** Ayıp. s. 116.

Aedilis curulis'ler, kendi yetki çevrelerinde *edictum*'larını yayınlayarak satım sözleşmesi ile ilgili kuralların evrimleşmesinde büyük rol oynamışlardır.[1479] Söz konusu *magistra*'larca getirilen çözümler arasında en önemlileri ise, alıcıya verilen iki önemli dava olan *actio redhibitoria* (sözleşmenin bozulması davası) ile *actio quanti minoris* (bedelin indirilmesi davası)'dir.[1480] Klasik hukuk döneminde ortaya çıkan bu davalara ilişkin kurallar, önceden yalnızca köleler ve yük hayvanları için geçerli olmuştur.[1481] *Iustinianus* döneminde ise söz konusu ilkeler tüm alım satımlar için kullanılmaya başlanmış; *actio empti*, *actio redhibitoria* ve *actio quanti minoris* birbirine karışmıştır.[1482] Böylelikle, satım sözleşmesinde, maldaki ayıplar bakımından *bona fides*'in gereklerinin yerine getirilmesi, tek vasıta ile sağlanmaya başlanmıştır.

Roma hukukunda neyin ayıp sayılıp, neyin sayılmayacağı ise, malın kullanım amacına göre belirlenmiş olup, dürüstlük kuralına uygun bir değerlendirme yapılmıştır. Nitekim, *Ulpianus*'a ait D.21.1.1.8 uyarınca:

> *"Sed sciendum est morbum apud sabinum sic definitum esse habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id facit deteriorem, cuius causa natura nobis eius corporis sanitatem dedit: id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere (namque totius corporis morbus est puta fvisis febris, partis veluti caecitas, licet homo itaque natus sit): vitiumque a morbo multum differre, ut puta si*

[1479]**Robaye.** Op. Cit. s. 267-268**, Buckland.** Slavery. s.39 vd., **Apathy**. Op. Cit. s. 97.
[1480]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 215, **Erdoğmuş.** Borçlar Hukuku. s. 87, **Akıncı.** Borçlar Hukuku. s. 140, **Schulz.** Roman Law. s. 537, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 234-235, **Honsell.** Op. Cit. s. 135, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Loc. Cit., **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 244, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 344, **Burdese.** Op. Cit. s. 535.
[1481]**Honsell.** Op. Cit. s. 134, **Zimmermann.** Op. Cit. s. 311.
[1482]**Erdoğmuş.** Op. Cit. s. 89 vd.

quis balbus sit, nam hunc vitiosum magis esse quam morbosum. ego puto aediles tollendae dubitationis gratia bis kata tou autou idem dixisse, ne qua dubitatio superesset."

"Belirtilmelidir ki, *Sabinus* hastalığı, doğanın bize sağlık vererek bahşettiği vücudun işlerliğini bozan, her türlü doğaya aykırı fiziksel durum şeklinde tanımlamaktadır. Böyle bir durum, tüm vücudu ya da bir bölümünü etkileyebilir. (tüberküloz ve ateş, ilk duruma; doğuştan dahi olsa körlük, ikinci duruma örnektir.) Der ki; ayıp, hastalıktan çok farklıdır. Örneğin, kekeleme hastalıktan ziyade bir ayıba işaret eder. Şahsen ben, *aedilis*'lerin şüpheleri bertaraf etmek için laf kalabalığı yaptığını düşünüyorum."

Yine *Ulpianus*'a ait 21.1.1.8 uyarınca:

"Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. proinde levis febricula aut vetus quartana quae tamen iam sperni potest vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim haec potuerunt. exempli itaque gratia referamus, qui morbosi vitiosique sunt."

"Eğer, bir kölenin hizmetini ve işlevini engelleyen bir ayıp ya da hastalık olursa; bu, sözleşmeden cayma sebebidir. Öte yandan, şunu akılda tutmalıyız ki; çok önemsiz bir kusur, kölenin ayıplı ya da hasta sayılmasını gerektirmeyecektir. Bu yüzden, bugün görmezden gelinebilecek biraz yüksek ateş; bir sıtma belirtisi ya da önemsiz bir yara sorumluluğa vücut vermez. Eğer açıklanmazsa bunların üzerinde durulmasına gerek yoktur."

Metinlerde, sağlık durumuna ilişkin önemsiz bozukluklar ya da hastalıkların ayıp sayılmayacağından bahsedilmiştir. Görüldüğü üzere, bir farklılığın ayıp sayılıp sayılmayacağının tespiti için de, hukuk dışı bir değerlendirme yapmak esas olmuş; bu değerlendirmenin ölçütü ise *bona fides* olarak kabul edilmiştir. Öte yandan, alım satım sözleşmesi kapsamında gizli ayıplardan sorumluluk da, *bona fides*'in uygulandığı hâllere bir örnek olarak değerlendirilebilmektedir. Roma hukukunda satıcı, sadece açıkça olmadığı yönünde güvence verdiği ayıplardan değil; aynı zamanda hileli davranışlarla gizlediği ayıplardan da sorumlu olmuştur.[1483] *Digesta* metinlerinde, bununla ilgili olarak *Iulianus* tarafından mallarının özelliklerini bilerek ve bilmeksizin satan satıcılar arasında yapılan önemli bir ayrım göze çarpmıştır.[1484] *Ulpianus*'a ait D.19.1.13.pr. uyarınca:

"Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui

[1483]**Schermaier.** Contract Law. s. 85.
[1484]**Monterrea, A.A.:***La Incidencia de la "Bona Fides" en el "Quantum" Indemnizatorio: a Proposito de la Responsabilidad del Vendedor por los Vicios y Defectos Ocultos*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 141-154, s. 147.

pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum."

"*Iulianus*, onbeşinci kitapta *actio empti'den* doğan mahkûmiyet bakımından bilen ve bilmeyen satıcı arasında ayrım yapar. Der ki: Satıcı, hastalıklı bir sürüyü ya da çürük bir keresteyi bilmeksizin satmışsa, *actio empti* sonucunda bu durumu bilseydim ödeyeceğim en az miktar ile ödediğim miktar arasındaki farkı ödemekle yükümlü tutulacaktır. Ancak, durumu bilmesine karşın susmuş ve alıcıyı aldatmışsa; alıcının bu alım satım sebebiyle uğradığı tüm zararları tazmin etmekle yükümlü olacaktır. Bu nedenle, eğer kerestenin çürüklüğü nedeniyle bir bina yıkılmışsa, binanın hesaplanmış değerini ödemelidir; eğer sürüler hastalıklı sürüden kaynaklanan bir salgın neticesinde ölürse, alıcının yoksun kaldığı menfaatini karşılamalıdır."

Bu metin incelendiğinde, *venditor ignorans* (masum satıcı) ile *venditor sciens* (ayıbın farkında olan satıcı) arasında bir ayrım yapılmış olduğu görülmektedir.[1485] Buna göre, masum satıcı sadece ayıptan doğan doğrudan zarardan sorumlu olmuş iken; ayıbı bilen satıcının, aynı zamanda ayıptan doğan dolaylı zararlardan da sorumlu

[1485]**Honsell.** Op. Cit. s. 136, **Apathy.** Op. Cit. s. 116.

tutulacağı kabul edilmiştir.[1486] Bu durumun ise, *bona fides* ilkesine aykırı davranışlar için öngörülmüş bir çeşit müeyyide olarak görülmesi mümkündür.[1487] Bir diğer deyişle, *venditor sciens-venditor ignorans* ayrımı, *dolus* içeren davranışları engellemek amacıyla yapılmıştır.[1488] Öte yandan, Roma hukukunda, sadece iyiniyetli alıcının gizli ayıptan dolayı *actio empti* açabileceği kabul edilmiştir. Zira, *Pomponius*'a göre de, alıcıya satıcıya başvurma vasıtası verme imkânı kökenini *aequitas*'ta bulmakta olup, bu nedenle, alıcının iyiniyet sahibi olması gerekmiştir. Keza, sözleşmesel *bona fides* de kapsamlı bir *aequitas* anlayışı içerisinde yer almaktadır. [1489]

Esas itibariyle, *aedilis curulis*'ler tarafından geliştirilen bu ilkeler, *actio empti*'nin *formula*'sında yer alan *"ex fide bona"* kaydı sayesinde güç ve uygulama kabiliyeti kazanmışlardır. Bu kayıt, masum yani ayıp hakkında bilgisi olmayan satıcılara da yükümlülük yükleyebilmiştir. Bununla beraber, yükümlülük sadece doğrudan zararlarla sınırlı olmuştur. Öğretide ise, masum satıcıya karşı *actio empti* gibi bir *iudicium bonae fidei* açma imkânının mevcudiyetinin kaynaklarda açık olarak yer almadığı da savunulmaktadır.[1490] Kanımızca, ilgili *Digesta* metni açık olduğundan, bu yükümlülüğün varlığının kabulü gereklidir.

Satım sözleşmesinde satıcının ayıptan doğan sorumluluğu, çağdaş borçlar hukukunda da büyük önem taşımaktadır.[1491] Kıt'a Avrupası hukuk anlayışının temeli olan Alman hukuku da, satım sözleşmesinde satıcının ayıptan dolayı sorumluluğunu Romanist

[1486]D.19.1.11.3.
[1487]**Apathy.** Op. Cit. s. 120.
[1488]**Honsell.** Op. Cit. s. 137.
[1489]**Schermaier.** Contract Law. s. 87.
[1490]**Cairns, J. W. ve Plessis, J.:**The Creation of Ius Commune: From Casus to Regula, Edinburgh: Edinburg University Press, 2010, s. 178.
[1491]**Keller.** Privatrecht. s. 426.

geleneğe uygun olarak; *aedilis curulis*'lerin ilkeleri doğrultusunda düzenlemiştir.[1492] Buna göre, satıcının hileli bir biçimde ayıbı gizlemesi durumunda alıcının ağır ihmali olsa dahi; satıcı, *bona fides* gereği sorumlu tutulmaktadır.[1493] Bununla beraber, İngiliz mahkemeleri tarafından önceleri içtenlikle benimsenmeyen bu ilkeler, *Sale of Goods Act* (SGA) ile *common law*'a da girmiştir.[1494] Nitekim SGA, sözleşmesel *bona fides*'in Anglo-Amerikan hukukunca benimsenmesi yolunda adeta bir mihenk taşı olarak değerlendirilmektedir.

Türk-İsviçre hukukunda da, TBK 219 uyarınca "Satıcı, alıcıya karşı herhangi bir surette bildirdiği niteliklerin satılanda bulunmaması sebebiyle sorumlu olduğu gibi, nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan, kullanım amacı bakımından değerini ve alıcının ondan beklediği faydaları ortadan kaldıran veya önemli ölçüde azaltan maddi, hukuki ya da ekonomik ayıpların bulunmasından da sorumlu olur.[1495] Satıcı, bu ayıpların varlığını bilmese bile onlardan sorumludur."[1496] Çağdaş hukuklarda, Roma hukukundaki anlayışa paralel olarak; ayıbın önemli ve gizli olması aranmaktadır.[1497] Zira, aksi bir durum dürüstlüğe aykırı olacaktır. Nitekim,

---

[1492]**BGB § 477:***"(1) Eine Garantieerklärung (§ 443) muss einfach und verständlich abgefasst sein. Sie muss enthalten 1. den Hinweis auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers sowie darauf, dass sie durch die Garantie nicht eingeschränkt werden und 2.den Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind, insbesondere die Dauer und den räumlichen Geltungsbereich des Garantieschutzes sowie Namen und Anschrift des Garantiegebers. (2) Der Verbraucher kann verlangen, dass ihm die Garantieerklärung in Textform mitgeteilt wird. (3) Die Wirksamkeit der Garantieverpflichtung wird nicht dadurch berührt, dass eine der vorstehenden Anforderungen nicht erfüllt wird."*

[1493]**Pieck.** Op. Cit. s 137.

[1494]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 306.

[1495]Çağdaş hukukta, ayıptan dolayı sorumluluk ile saikte yanılma hükümlerinin yarışıp yarışamayacağı da tartışılmaktadır. Zira, bazı hâllerde hem temel hatasının; hem de satıcının ayıplı maldan sorumluluğunun şartları beraber gerçekleşmektedir. İsviçre hukukundaki bir görüşe göre, saikte yanılma hükmü *lex generalis*; ayıp hükümleri ise *lex specialis* olduğundan, bu hâlde sadece ayıp hükümlerine başvurulması gerekmektedir. Öte yandan, diğer görüş ise bu hükümlerin yarışabileceğini belirtmektedir. Nitekim, alıcının başlangıçtaki yanılma olgusuna dayanarak sözleşme yapmış olması söz konusu olabilecektir. **Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 412.

[1496]**Yavuz.** Op. Cit. s. 78 vd.

[1497]**Ibid.,** s. 71.

caveat emptor[1498] kuralı da, eski hukuk sistemlerinin satım hukukunun temel ilkelerinden doğmuştur. Roma hukukunda ise, *pater familias*, kendi menfaatini koruyabilecek düzeyde basiretli sayıldığından; satıcı, açık ayıplardan dolayı sorumlu tutulmamıştır. Keza, çağdaş hukukta satıcının ayıptan dolayı sorumlu olabilmesi için; alıcının, gözden geçirme ve ayıbı satıcıya bildirme külfeti mevcuttur.[1499] Öte yandan, satıcının, hile[1500] ile gizlediği ayıplar bakımından ise, bu külfet *bona fides* gereği kaldırılmıştır.

Roma hukukunda olduğu gibi, çağdaş hukukta da bir malın beklenen faydayı sağlaması için taşıması gereken vasıfların ne olduğu, kanun ya da dürüstlük kuralı yani *bona fides* uyarınca belirlenmektedir. Keza, Alman hukukunda bir malın ayıplı olup olmadığının tespitinde, kullanım amacının dikkate alınması öngörülmüş olup, BGB § 242 hükmü de bu çerçevede dikkate alınmaktadır.[1501] Yine, *lex mercatoria* araçlarından CISG m. 35(2)(b) de, malların sözleşmenin kurulması sırasında açıkça veya örtülü olarak satıcıya bildirilen her türlü özel kullanım amacına uygun olmasını aramaktadır.[1502] Bu durum ise, Roma hukukundaki yaklaşımla örtüşmektedir.[1503]

[1498]Alman feodal hukukunda da, eski dönemlerde *"augen auf, kauf isr kauf"* ilkesi benimsenmiştir. **Zimmermann.** Op. Cit. s. 307.

[1499]**TBK 223:***"Alıcı, devraldığı satılanın durumunu işlerin olağan akışına göre imkân bulunur bulunmaz gözden geçirmek ve satılanda satıcının sorumluluğunu gerektiren bir ayıp görürse, bunu uygun bir süre içinde ona bildirmek zorundadır. Alıcı gözden geçirmeyi ve bildirimde bulunmayı ihmal ederse, satılanı kabul etmiş sayılır. Ancak, satılanda olağan bir gözden geçirmeyle ortaya çıkarılamayacak bir ayıp bulunması hâlinde, bu hüküm uygulanmaz. Bu tür bir ayıbın bulunduğu sonradan anlaşılırsa, hemen satıcıya bildirilmelidir; bildirilmezse satılan bu ayıpla birlikte kabul edilmiş sayılır."*

[1500]TBK 225 uyarınca, satıcının ağır kusurundan bahsedilmektedir. Öte yandan, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK) ile beraber değerlendirildiğinde; bu ifadenin, aldatma ve ağır kusur olarak anlaşılması gerekir. **Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 409

[1501]**Roth.** § 242, No: 160.

[1502]**CISG 35:***"(1) The seller must deliver goods which are of the quantity, quality and description required by the contract and which are contained or packaged in the manner required by the contract.(2) Except where the parties have agreed otherwise, the goods do notconform with the contract unless they: (a) are fit for the purposes for which goods of the same description would ordinarily be used; I. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (b) are fit for any particular purpose expressly or impliedly made known to the seller at the time of the conclusion of the contract, except where the circumstances show that the buyer did not rely, or that it was unreasonable for him to rely, on the seller's skill and judgement; (c) possess the qualities of*

Satım sözleşmesinde, satıcının satım konusu maldaki ayıptan dolayı mevcut olan sorumluluğunun kaynağı Romanist *bona fides* olup, bu ilke, aynı zamanda sorumluluğun kapsamını da belirlemektedir.

b. Malın Zabtı Hâlinde Ortaya Çıkan Sorumluluk

Evictio (malın zaptı), Roma hukuku öğretisinde, en basit anlamı ile maldaki hukuki ayıp olarak açıklanmıştır.[1504] Öte yandan, hukuki ayıp ile zapt kavramları tam anlamıyla örtüşmemektedir. *Evictio*, malın hukuki durumunda mevcut olan bir düzensizlik yüzünden, üçüncü kişinin, o mal üzerinde bir ayni hak iddia etmesi olarak ifade edilebilmektedir.[1505] Hukuki ayıp ise, bir malda, malın değerini veya ondan beklenen muhtemel faydaları azaltacak eksikliklerin bulunmasıdır.[1506] Zapt hâlinde, üstün bir hak sahibi üçüncü kişi mevcut olup, bu kişi hak sahibinin hakkını kısmen ya da tamamen elinden almaktadır. Ne var ki, hukuki ayıp bakımından böylesi bir hak sahibi üçüncü kişi söz konusu değildir.[1507]

Roma hukukunda mevcut olan en önemli kurallar arasında yer alan *"nemo plus iuris ad alium transfere potest quam ipse habet"* (hiç kimse sahip olduğu haktan fazlasını başkasına devredemez) kuralının hukuki sonucu olarak iyiniyetli devralan yerine malikin korunmasının tercih edilmiş olması, Roma hukukunda satıcının zapttan

---

goods which the seller has held out to the buyer as a sample or model (d) are contained or packaged in the manner usual for such goods or, where there is no such manner, in a manner adequate to preserve and protect the goods."

[1503]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 327.

[1504]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 214.

[1505]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 129.

[1506]**Honsell.** Op. Cit. s. 130,**Yavuz.** Op. Cit. s. 70.

[1507]**Hatemi, H., Serozan, R ve Arpacı, A.:**Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992, s. 108.

dolayı sorumluluğuna verilen önemin bir göstergesi olarak değerlendirilmelidir.[1508] Keza, bu kural, satıcının zapttan doğan sorumluluğunun ana nedeni olarak gösterilmekte olup, Roma'da alıcının sürekli zapt tehditi altında kalmasının dürüstlük kuralı ile örtüşmeyeceği düşünülmüştür.[1509] Bununla ilgili olarak, *Pomponius*'a ait D.19.1.6.9 uyarınca satım sözleşmesinin dürüstlük kuralından doğan bir davaya vücut vereceğinin de altı çizilmiştir. Metne göre, *dolus*'un varlığı satıcının sorumluluğunun temelidir:

> *"si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit "neve eo nomine quid praestaret", aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit."*
>
> "eğer satıcı, bilerek borç yüklü olan ya da başkasına ait olan bir mülkü satarsa ve bu durum sözleşmede, kendisinin bu hususta sorumlu tutulamayacağı şeklinde hüküm altına alınmışsa; *bona fides* uyarınca satım sözleşmesinde asla yer almaması gereken bu hileli davranışını dikkate almak zorunludur."

Roma hukukuna göre, üzerinde mülkiyet hakkı bulunmayan bir malı satarak, geçerli bir şekilde devreden satıcının bu tasarrufu karşısında; gerçek malik, *rei vindicatio* açarak malını geri alabilmiştir. Böylesi bir zapt durumunda satıcının sorumluluğu ise, zapt tehlikesinin ortaya çıkmasından itibaren olmayıp; malın, gerçek hak sahibi

[1508] **Umur.** Borçlar Hukuku. Op. Cit. s. 360 vd.
[1509] **Akıncı.** Borçlar Hukuku. s.131, **Accarias.** Op. Cit. s. 438.

tarafından zapt edilmesi anından itibaren başlamıştır.[1510] Bu durumun nedeni ise, Roma hukuku uyarınca alıcının satım konusu malı elinde bulundurması, onu kullanabilmesi ve ona zilyet olması; yani *habere, possidere ve licere* hâlinde satıcının *emptio venditio*'dan doğan borçlarını yerine getirmiş sayılmasıdır.[1511] Bir diğer deyişle, satıcı, alıcıya malın rahat zilyetliğini devretmekle yükümlü olmuştur.[1512] Keza, D.19.4.1.pr. uyarınca da, *"..venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet.."* "Satıcı kendisini sadece zapt hâlinde zilyetliği devretmek ve *dolus malus* ile davranmamak ile yükümlü tutmalıdır; bu nedenle, malın zaptı yoksa hiçbir yükümlülüğü de yoktur." *Clausula doli* adı verilen böylesi bir kaydı içeren bu metinde de *dolus malus*, *bona fides*'e aykırılık olarak ele alınmış olup, *bona fides* adeta *custodia* sorumluluğunun yerini almıştır.[1513] Bu nedendir ki, satıcının malın zaptı nedeniyle sorumluluğu da *bona fides'*e dayandırılmaktadır.[1514]

Roma hukukunda, satıcının zapt nedeniyle sorumluluğu da maddi ayıptan doğan sorumluluğa benzer olarak üç şekilde karşımıza çıkmıştır.[1515] Satım konusu malın *mancipatio* ile devredilmesi durumunda, şayet mal bir üçüncü kişi tarafından dava ile talep edilirse alıcı, satıcıdan söz konusu davada kendisine yardım etmesini isteyebilmiştir. Satıcının bu davete uymaması ya da uymakla beraber alıcının davayı kaybetmesi durumunda ise alıcı, satıcıya karşı *actio auctoritatis*[1516] adı verilen davayı açarak, ödediği satım bedelinin iki katını talep edebilmiştir.[1517] Bununla beraber, satım konusu eşya *mancipatio* ile devredilmiş olmayıp; satıcının, *stipulatio*

[1510]**Emiroğlu.** Ayıp. s. 110.
[1511]**Tahiroğlu**. Op. Cit. s. 216, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 230 vd., **Honsell.** Loc. Cit.
[1512]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 293.
[1513]**Buckland.** Roman Law. s. 221, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 176.
[1514]**Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s. 233.
[1515]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 128.
[1516]**Kaser, Knütel ve Löhsse.** Op. Cit. s. 261-262, **Brégi.** Op. Cit. s. 193.
[1517]**Emiroğlu.** Op. Cit. s. 111.

habere licere adı verilen özel bir *stipulatio* ile alıcıya malın rahat zilyetliğini garanti etmesi hali de söz konusu olabilmiştir.[1518] Satıcı, bu hâlde malın zaptı durumunda taahhüt miktarına bağlı olarak, satım bedelini ya da bedelin iki katını alıcıya ödemek durumunda kalmıştır. Bu nedenle, bu *stipulatio* tipine *stipulatio duplae* adı da verilmektedir.[1519]

Öte yandan, rızai alım satım sözleşmelerinin kabul edilmesiyle birlikte ise, alıcının, zapt nedeniyle ortaya çıkan zararlarını *actio empti* ile talep edebileceği kabul edilmiştir.[1520] Bu durumda da, esas alınan ölçüt *bona fides* olmuştur.[1521] *Africanus*'a ait D.19.1.30.1 uyarınca:

> "*Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit."*
>
> "Eğer, başkasına ait olan bir malı, bilerek durumun farkında olmayan tarafıma satarsan; *Iulianus*'a göre, maldan yoksun kalmadan önce dahi malın tarafıma ait olması hususunda sahip olduğum menfaat

[1518] **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 343.
[1519] *Dominatus* devrinde, alıcılar *stipulatio* yapılmamış olsa dahi *actio ex stipulatu duplae* açabilmişlerdir. **Umur.** Lügat. s. 203, **Zimmermann.** Op. Cit. s. 296, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 231, **Honsell.** Op. Cit. s. 131,**Talamanca.** Diritto Romano. s. 296.
[1520] **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 125, **Monier.** Tome II. s. 153.
[1521] **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 231, **Dajczak.** Buona Fede. s. 421.

karşılığında, sana karşı *actio empti* açabilirim. Buna karşılık, satıcının sadece malın alıcıya devri ile yükümlü olduğu ve malın mülkiyetini geçirmekle yükümlü olmadığı doğrudur. Yine de, *dolus malus* içeren bir davranışta bulunmadığını garanti etmesi gerektiğinden, başkasına ait bir malı, bunu bilmeyen bir ötekine satan satıcı sorumludur. Bu kural, özellikle azat edilmiş bir kölenin ya da rehin verilmiş bir malın satılmasında uygulanır."

Metinden de anlaşılacağı üzere; zapta karşı sorumluluğun temelinde de, satıcının *dolus malus* içeren davranışlarını cezalandırmak yatmaktadır. Bu nedenle, bu kurum da özünde *bona fides*'e dayanmaktadır. Roma'nın eski devirlerinde, satıcının *bona fides*'e aykırı biçimde *stipulatio duplae* yapmayı reddetmesi hâlinde, alıcının herhangi bir imkânı mevcut olmamıştır.[1522] Öte yandan, satıcının *bona fides* gereği *stipulatio* yapması gerektiği fikri ise, toplumda benimsenmiştir.[1523] Dolayısıyla alıcıya, *dupla pecunia* (bedelin iki katını) talep etme imkânı sağlayan *actio empti* tanınmıştır. Öte yandan, *ius commune* hukukçuları ise, *actio empti*'nin kapsamını ve *duplae pecunia* talebini sınırlamıştır.[1524] Buna göre, satıcının *"ex natura ipsius contractus"* ve *"de eo quod interest"* yani alıcının, mal zapt edilmeseydi sahip olacağı menfaatle sınırlı olarak sözleşmenin doğasının gerektirdikleri ile sorumlu olacağı kabul edilmiştir.[1525]

Satım sözleşmesinde, satıcının *bona fides*'e dayanan zapttan sorumluluğu, çağdaş hukuklarda da mevcuttur. Buna karşılık, *"nemo plus iuris"* kuralı modern hukukta

[1522] **Girard.** Op. Cit. s. 576.
[1523] **Robaye**. Op. Cit. s. 266.
[1524] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 302.
[1525] **Ibid.**

Romanist anlamıyla söz konusu olmadığından; zapttan dolayı sorumluluk Roma hukukunda olduğu kadar önemli bulunmamaktadır.[1526] Türk-İsviçre hukukuna göre TBK 216 uyarınca zapta karşı sorumluluk hükümlerinden, belirli koşullar hâlinde dava açılmadan da yararlanılabilmekte olup, bu hâllerden bir tanesi de alıcının bir mahkeme kararı beklemeksizin üçüncü kişinin hakkını dürüstlük kurallarına uygun olarak tanımış ve satılanı ona vermiş olmasıdır.[1527]

Alman hukuku da, zabt hükümleri *(Rechtsmangel)* açısından Roma hukukundan büyük oranda etkilenmiştir. Buna göre, kişisel malvarlığı satımları bakımından üçüncü bir kişinin hakkının zedelenmesi sebebiyle, kendisini maldan mahrum bırakması hâlinde; alıcının, satıcıdan belirli bir miktar tazminat isteyebileceği düzenlenmektedir. Bu hâlde ise *bona fides* gereği bir değerlendirme yapılacağı kabul edilmektedir.[1528] Sadece Kıt'a Avrupası'nda değil, Anglo-Amerikan hukukunda da, satıcının zabta karşı tekeffül sorumluluğu mevcut olup, bu durum, özellikle Roma hukukundan etkilenen eyaletlerin medeni kanunlarında özel olarak düzenlenmiştir.[1529] Roma hukukundan günümüze *bona fides*, satım sözleşmesinde satıcının, malın zaptından dolayı sorumlu olması kuralının da zemininde yer almaktadır.

[1526]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 304.
[1527]**Yavuz.** Op. Cit. s. 66.
[1528]**Pieck.** Op. Cit. s. 136-137.
[1529]Louisiana Medeni Kanunu, bunlardan bir tanesi olup, Art. 2500 uyarınca zabta karşı tekeffül borcu, Kıt'a Avrupası hukuk sistemine paralel olarak düzenlenmektedir. **Rubin, M.H.:**Louisiana Law of Security Devices: a Précis, New Jersey: New Providence, 2011, s. 173.

c. *Laesio Enormis*

Roma hukukunda, *emptio venditio* sözleşmesi bağlamında karşımıza çıkan ve kökenini *bona fides*'ten alan bir kurum da, bir malın satıcısının, malı gerçek değerinin yarısından azına satarak zarar etmesini ifade eden *laesio enormis* ya da *laesio ultra dimidium* olmuştur.[1530] Roma hukukundan beri, *emptio venditio* sözleşmesi kapsamında satıcının borcu, malı devretmek; alıcının borcu ise, bedeli yani *merx*'i ödemektir. Bedel ise, bir miktar paraya işaret etmekte olup, belirli özellikleri taşıması gerekmiştir. Buna göre, bedelin *pretium certum* (belirli) ve *pretium verum* (gerçek) olması gerekmiştir.[1531] Öte yandan, klasik hukuk döneminde alıcı tarafından ödenecek bedelin, *iustum pretium* yani adil bir bedel olmasına gerek duyulmamıştır.[1532] Diğer bir ifade ile, bedelin, malın gerçek değerini yansıtması aranmamıştır.[1533]

Klasik hukuk döneminde, tarafların bedeli belirleme konusundaki serbestîsine müdahale edilmemiş olup, taraflar, satım konusu malın değerini diledikleri gibi belirleyebilmişlerdir.[1534] Zira rekabet, malların serbest ticareti için zorunlu olmuş ve herkesin kendi menfaatini aramasına fırsat verilebilmiştir.[1535] Küçüklerle yapılan hukuki işlemler dışında, sözleşenlerin birbirinden aşırı derecede yararlanması doğal

[1530]**Umur.** Lügat. s. 107, **Schulz.** Roman Law. s. 528, **Di Marzo.** Op. Cit. s. 388, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 339, **Monier.** Tome II. s. 139, **Robaye.** Op. Cit. s. 209, **Brégi.** Op. Cit. s. 189.
[1531]*Iustinianus* döneminde ise, *arbitrium boni viri* yani bedelin dürüst bir üçüncü şahıs tarafından belirlenmesi imkânı kabul edilmiştir. **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 199, **Hausmaninger ve Selb**. Op. Cit. s. 230,. **Berger.** Op. Cit. s. 366, **Arangio-Ruiz**. Op. Cit. s. 339, **Monier.** Op. Cit. s. 135, **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 110.
[1532]**Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 230, **Robaye.** Op. Cit. s. 258, **Gordley, J. ve von Mehren, A, T.:**An Introduction to the Comparative Study of Private Law Readings Cases and Materials, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, s. 461.
[1533]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 255, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 230, **Cardilli.** Bona Fides. s. 171 vd.
[1534]**Di Marzo.** Op. Cit. s. 388 vd.
[1535]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 200.

görülerek kabul edilmiştir.[1536] *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait bir metinde *"Pomponius ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire."*[1537] denilmektedir. Bu metin uyarınca, "*Pomponius*'un da satım sözleşmesinin bedeli ile ilgili olarak söylediği gibi, sözleşme taraflarının birbirlerini aldatmasına izin vermek, işin doğası gereğidir." Elbette, burada kullanılan *"circumvenire"* sözcüğü, her ne kadar aldatmak olarak tercüme ediliyor olsa dahi; klasik anlamda hileye karşılık gelmemekte, daha ziyade ticari beceriler doğrultusunda, kendi menfaatine işlem yapmayı ifade etmektedir. Nitekim, bedelin adil olması aranmamış olsa da, Roma hukukunda sadakat ve doğruluk, her zaman ön planda olmuştur. Yine, *Paulus*'a ait D.19.2.22.3 uyarınca:

> *"Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est."*
>
> "Alım satım sözleşmesinin doğası gereği, kira sözleşmelerinde de olduğu gibi, daha yüksek bir değere sahip bir malın, daha düşük bir fiyata ve daha düşük bir değere sahip bir malın, daha yüksek bir fiyata satılmasına izin verilmesi normaldir. Bu, tarafların menfaati gereğidir*."*

Bu noktada, değerlendirilmesi gereken başka *Digesta* metinleri de mevcuttur. Örneğin, yine *Ulpianus*'a ait olan bir metinde "*aliter atque si aurum quidem fuerit,*

[1536] **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 111.
[1537] D.4.4.16.4.

deterius autem quam empyor existimaret: tunç enim emptio valet."[1538] "Bundan başka altının alıcı tarafından değeri daha az takdir edilmiş olsa da, bu durumda alım satım yine geçerlidir." denilmiş ve alım satım sözleşmesi bakımından, bedelin serbestçe belirlenebildiğinin altı çizilmiştir.

Görüldüğü üzere, klasik hukuk döneminde bedelin hakkaniyete uygun olması, bir diğer deyişle adil olması gerekmemiştir.[1539] Bunun sebebi ise, Roma'da ekonomik rejimin liberal oluşudur. Ne var ki, post-klasik dönemde ekonominin kötüleşmesi neticesinde, devletin özel ilişkilere müdahale etmesi gündeme gelmiştir. *Dominatus* döneminde devlet, fiyatlara müdahale ederek sınırlandırmalar getirmiş; *Diocletianus*, tüm mallar ve hatta işçi ücretleri için belirli fiyat listeleri yaratma girişiminde dahi bulunmuştur.[1540] Enflasyonla mücadelenin bir gereği olan bu eğilimin sonucunda ise, adil fiyatın yani *iustum pretium*'un sağlanabilmesi için, yine İmparator *Diocletianus* tarafından M.S. 285 ve 293 yıllarında bazı emirnameler çıkarılmıştır.[1541] Bu durum ise, o dönemin ahlaki ve dini yapısından ileri gelmektedir.

Bu emirnameler neticesinde *laesio enormis* (fahiş ya da aşırı yararlanma) adı verilen ilke oluşturulmuş ve bedelin doğru ve adil olması prensibi kabul edilmiştir.[1542] Her ne kadar bu ilke, ekonomik sebeplerle kabul edilmiş olsa dahi; adil bedel kavramı, *bona fides*'in bir gereğidir. Çağdaş hukuklardaki aşırı yararlanma kurumu da yine dürüstlük kuralına dayanmaktadır. *Diocletianus* zamanında çıkarılmış ve günümüz hukukundaki aşırı yararlanma kurumunun temelini oluşturan emirnamelerden bir tanesi olan Cod.4.44.2 uyarınca:

[1538]D.18.1.10.
[1539]**Borkowski.** Op. Cit. s. 272.
[1540]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 201, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 502.
[1541]**Robaye.** Op. Cit. s. 258.
[1542]**Honsell.** Op. Cit. s. 125.

"Rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit."

"Eğer sen ya da baban, aslında daha fazla değere sahip olan bir malı, değerinden daha ucuz bir fiyata satmış isen; alıcıya, alınan bedeli iade ettikten sonra, hâkimin aracılığıyla satılan taşınmazı geri alman ya da alıcının seçimine göre, gerçek değerinden eksik olan kısmı alman adildir. Ancak, daha ucuz bir fiyat, satılan malın gerçek değerin yarısının dahi ödenmemesi durumunda söz konusu olur."

Bu noktada önem taşıyan diğer emirname olan Cod.4.44.8 uyarınca ise:

"Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venumdedit; doluş ex calliditate atque insidiis emptoris argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est. quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant

pretium. profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensu finitum contractum vel statim vel post pretii auantitatis disceptationem: nişi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum est, electione iam emptori praestita servanda."

"Eğer sen ya da senin oğlun, senin talimatın sonucunda çiftliği satmışsa, satım sözleşmesinin geçersiz olduğunun kabul edilebilmesi için, satın alanın aldatılmış olması; ölüm korkusuyla hareket etmesi ya da vücudu üzerinde işkence yapıldığını ispat etmesi gerekir. Eğer çiftlik, olması gerekenden daha düşük bir fiyata satılmışsa, bu durum satım sözleşmesinin geçerliliğini etkilemez. Açıkçası satım sözleşmesinin içeriği gereği; alıcı, satım konusu malı daha düşük bir bedelle almak isterken, satıcı daha pahalıya satma isteğindedir. Yapılan pazarlıklar sırasında, satıcı istediği fiyatı biraz düşürür, alıcı önerdiği fiyata biraz ekler ve böylece ortak bir fiyat üzerinde anlaşılır. Bu aşamadan sonra ne satım sözleşmesini koruyan *bona fides* kuralları, ne de üzerinde anlaşılan satım bedeli göz ardı edilebilir. Ancak bedel, satılan malın değerinin yarısından az ise, alıcıya daha önceden verilmiş olan seçim hakkının kullanılması beklenebilecektir."

Söz konusu emiranmeler değerlendirildiğinde, çağdaş hukukumuzda tüm iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik sözleşmelerde uygulama alanı bulabilen *laesio enormis* kurumunun, Roma hukukunda sadece taşınmaz satımı bakımından ve yalnızca

satıcıyı korumak adına kabul edilmiş olduğu görülmektedir.[1543] Roma hukukuna göre, bir taşınmazın gerçek değerinin yarısından daha az bir fiyata satılması durumunda, satıcıya, hâkime müracaat etme hakkı tanınarak, alıcıdan satım konusu malın gerçek değerinin eksik kalan bölümünü, bir diğer deyişle piyasa değerinin en az yarısına ulaşması için gereken bedeli talep etme veya alacağı olumsuz cevap üzerine ya da doğrudan doğruya bedeli iade ederek taşınmazın geri verilmesini isteme imkânı verilmiştir.[1544]

Alıcının, satım konusu taşınmazı iade etmeden sözleşmeye devam etmek istemesi durumunda ise, malın adil ve gerçek değerini yani *communis aestimatio*'yu ödemesi gerekmiştir. Bu noktada esas olan sorunlardan bir tanesi de, *iustum pretium* yani adil bedelin belirlenmesi sorunu olmuştur. Adil bedelin, pazar fiyatına ve tarihe göre değiştiği ileri sürülmüştür. Öte yandan, *bona fides*'in bu belirleme bakımından da gözetilmesi gerekmiştir. Her ne kadar, bu kuralların sözleşme serbestîsini sınırladığı ileri sürülebilecek olsa da; bu düzenlemelerin özellikle zor durumda kalma ve düşülen aşırı yoksulluk durumunda malını satmak zorunda kalan kimseleri korumak amacıyla kabul edildiği ve bilakis tarafların iradelerini teminat altına aldığı da savunulmaktadır.[1545]

Öte yandan, öğretide bir görüş, *Diocletianus*'un bu emirnamelerinin *Iustinianus* döneminde *interpolatio*'ya uğradığı, bu nedenle de klasik dönemi doğru yansıtmadığını savunmaktadır.[1546] Bu sav, özellikle söz konusu emirnameler üzerinde yapılan gramatik ve tarihsel çalışmalara dayanmaktadır. Örnek olarak,

[1543]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 201.
[1544]**Emiroğlu, H. ve Küçükgüngör, E.:***Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Aşırı yararlanma),* AÜHFD, C. 53, S. 1, Yıl: 2004, s. 77-87, s. 82.
[1545]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 123.
[1546]**Gordley.** Medieval Law. s. 101.

metinde yer alan bir ifadeye göre *"yargıç kararıyla, satılan taşınmazı geri almak"* için aktif dava ehliyetine sahip olmak gerekmiştir. Ne var ki, ilgili dönemde aile evlatlarının aktif dava ehliyeti olmadığı için, aile evladı, aile babası hayattayken dava açamayıp; sadece aile babası davacı olabilmiştir. Buna karşılık bazı yazarlara göre ise, Cod.4.44.2 ve Cod.4.44.8'de *interpolatio* yapılmamıştır.[1547] Aslında İmparator *Diocletianus* döneminde ortaya çıkan ekonomik krizin, hukuki düzenlemeler yapılarak önlenmeye çalışıldığı açıktır. Enflasyonla mücadele etmek için çıkarılan *"Önemli Mal ve Hizmetlerin Azami Fiyatlarını Belirleyen Emirname"* ise bunun en iyi örneğidir. İmparator *Diocletianus* tarafından çıkarılan emirname, *Iustinianus* dönemine kadar, kendisinden sonra gelen imparatorlar tarafından göz ardı edilmiştir. Keza bu yazarlar da, *laesio enormis* kurumunun *Iustinianus* döneminde ortaya çıkmış olması hâlinde, *Iustinianus*'un kurumu kendi emirnameleriyle düzenlenmiş olacağı ve buna *Corpus Iuris Civilis* içinde daha düzenli bir şekilde yer verilmiş olacağını belirtmişlerdir.[1548]

Ius commune hukukçuları, *laesio enormis* kurumu çerçevesinde, aynı imkânın satıcıya da verilmesi gerektiğini; ayrıca, bu imkânın sadece taşınmazlar bakımından değil, her tür eşya bakımından esas olması gerektiğini savunmuşlardır.[1549] Bu görüşün altında yatan fikir ise, kuşkusuz *bona fides* yani dürüstlük kuralıdır. Buna paralel olarak, aşırı yararlanma kurumunun kökenini fahiş faizde bulduğu da savunulmaktadır.[1550] *Accursius, Glossa Ordinaria*'da "adil bedel" kavramının, günden güne ve bölgeden bölgeye değişeceğini belirtmiştir. Öte yandan, *ius*

[1547]**Hackl, K.:***Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen Laesio Enormis,* ZSS, C. 98, Yıl: 1981, s. 147-161.
[1548]**Emiroğlu ve Küçükgüngör.** Op. Cit. s. 83.
[1549]**Gordley.** Medieval Law. Loc. Cit.
[1550]**Elbir, H.K.:***Tarihte ve Türk Hukukunda Fahiş Faiz Meselesi*, İÜHFD, C. 18, S. 3-4, Yıl: 1952, s. 853-874, s. 873.

commune hukukçuları piyasa bedelinin, neden adil olarak görüldüğünü açıklamada yetersiz kalmışlardır.[1551] *Grotius* ise, monopolistik bir pazar olmadıkça piyasa fiyatının adil fiyata eşit olacağını belirterek; piyasanın doğal olarak yaratacağı her türlü eşitsizliğin tolere edileceğini belirtmiştir.[1552]

Görüldüğü üzere, özellikle Cod.4.44.2 sayılı emirname bakımından, her ne kadar ekonomik temellere dayansa dahi; *laesio enormis* kurumunun *bona fides* ile olan ilişkisi açıkça gözlemlenmektedir. Buna örnek olarak *laesio enormis* ile *dolus* ilişkisi verilebilir. Klasik hukuk döneminde de, *laesio enormis* ile *dolus* kurumu kimi zaman yarışmış olup, *dolus* söz konusu olduğunda sözleşme geçersiz sayılmıştır.[1553] Aşırı yararlanmaya uğrayan tarafın sağır olması hâlinde, bu durumun *dolus* yani hile haksız fiili teşkil edeceği de kabul edilmiştir.[1554] Zira, *laesio enormis* açısından önemli olan karşı tarafın bilgisizliği ya da ihtiyacından yararlanma niyetidir.[1555] Bu da, *bona fides*'e açıkça aykırılık teşkil etmektedir.

Laesio enormis kavramı, özellikle ortaçağ hukukçuları tarafından incelenmiş olan, *dolus ex re ipsa* kurumu ile de ilişkilendirilmiştir. Öte yandan, *Glossatorlar*'ın faaliyetleri neticesinde yapılan bu ilişkilendirmede, *"dolus"* sözcüğünün farklı yorumlamalara neden olma ihtimali sebebiyle, söz konusu terim *"deceptio ultra dimidam"* ifadesi ile değiştirilmiştir. Bu hâlde ise *dolus ex re ipsa*, karine olarak varlığı kabul edilen hile kurumunu ifade etmek için kullanılmaya başlanmıştır.[1556] Buna göre, klasik hukukta olduğu gibi, bir taşınmazın yarı fiyatından az bir bedel

[1551]**Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 462.
[1552]**Ibid.,** s. 463.
[1553]**Emiroğlu ve Küçükgüngör.** Op. Cit. s. 77-87.
[1554]**Schwarz.** Op. Cit. s. 347.
[1555]**Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 463.
[1556]**Dekkers, R.:**La Lésion Énorme, Paris: Sirey, 1937, s. 46.

karşılığı satılması hâlinde, satıcının sözleşmeden dönme ya da taşınmazın bedelinin tamamının ödenmesini isteme imkânı mevcut olmuştur. *Decretales Gregorii IX* da *dolus ex re ipsa* çözümünü kabul etmiştir. Böylesi bir durumda taraflara, sözleşmenin iptali, bir diğer ifade ile sözleşmeyi hükümsüz kılmak ile adil bedel ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasındaki farkın ödenmesi seçenekleri öne sürülmüştür.[1557]

Roma hukukunda sözleşmeler, denkleştirici sağlanmasına yönelen sözleşmeler ile bir tarafın özgür iradesi ile gerçekleştirdiği davranışlara dayananlar olarak sınıflandırılabilmiştir. Bu bağlamda, *emptio venditio* (alım satım) ya da *locatio conductio* (kira, hizmet ve eser) gibi sözleşmeler, ilk gruba girerken; tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme olan *donatio* (bağışlama), ikinci gruba mensup olmuştur. Öte yandan, bağışlama örneğinde dahi, *Aristoteles*, ortada serveti dağıtmak gibi bir amacın mevcut olmadığını; aksine doğru şeyin, doğru insana doğru miktarda, doğru zamanda verildiğinin altını çizmiştir.[1558] Sinallagmatik sözleşmeler, *Aristoteles*'in denkleştirici adalet anlayışının temel yansımasıdır.[1559] Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olan satım sözleşmesi de, özellikle ortaçağ öğretisi ile Tomistik felsefede denkleştirici adaletin sağlanmasına yönelik olan bir sözleşme olarak değerlendirilmiştir. Buna göre, her iki taraf elde ettiği değerde bir şey vermekte ve böylelikle adalet sağlanmaktadır.[1560]

[1557]**Gordley.** Medieval Law. s. 102.
[1558]**Benson, P.:***Contracts,* (ed. Patterson, D.) "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory", Singapore: Wiley & Blackwell, 2010, s. 29-63, s. 50.
[1559]**Golecki, M.J.:***Synallagma as a Paradigm of Exchange: Reciprocityof Contract in Aristotle and Game Theory* in (ed. Huppes-Cluysenaer, L., Coelho, N.M.) "Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice", New York: Springer, 2013, s. 249-295, s. 257.
[1560]**MacPherson, C.B.:**The Rise and Fall of Economic Justice and Other Papers, Cambridge: Oxford Univerity Press, 1985, s. 7.

Bu ilke, *Thomas Aquinas*'a göre adil olmayan bedel sorununa Roma hukukunda getirilen çözümün temelini oluşturmaktadır.[1561] *Baldus* da, sözünü tutma ve hile yapmamak erdemlerini temel bir prensip hâline çevirmiş ve bu ilkenin ihlalini diğer kötü davranışlardan ayırmıştır. *Baldus* da *Thomas Aquinas* gibi adil olmayan bedel problemini, *bona fides* ilkesinin ihlaline dayandırmıştır.[1562] Keza, Kanonik hukukta *iustum pretium* yani adil bedel, adil ücret ve faizin yasaklanması fikri beraber değerlendirilmiştir. Kilisenin faizi yasaklamasının nedeni de, aşırı yararlanma kurumudur.[1563] Kilise hukuku, aşırı yararlanma ileri sürme hakkını alıcıya da tanımış olup, bu imkânın tüm sinallagmatik sözleşmeler bakımından kabul edilmesini sağlamıştır.[1564] Bununla beraber, pratik sebepler de satım konusu şeye karşılık adil bir bedel ödenmesini gerektirmektedir. Zira, medeni hukuk pratik sebeplerle ilgilenmektedir.[1565] Bu durum ise, *bona fides*'in esasıda etik bir ilke olmakla beraber, pragmatik sebeplerle pozitif hukuka yansıdığı savını da güçlendirmektedir.

Roma hukukunda, satım sözleşmesi bakımından ve sadece satıcı açısından ele alınan aşırı yararlanma kurumu, çağdaş hukuklarda da yerini bulmuştur. Buna göre, sinallagmatik sözleşmelerde, taraflardan birisinin daha zayıf olduğu durumlar söz konusu olabilmekte; bu hâlde ise, daha güçlü olan tarafın zayıf tarafı sömürmesi sonucunda karşılıklı edimler arasında dengesizlikler gündeme gelebilmektedir.[1566] Esasında ortaçağ Roma hukukçularının çalışmaları sonrasında, 17. ve 18. yüzyılda Alman, Fransız ve Hollandalı hukukçular pozitif hukuklarını Romanist *laesio enormis* kavramını esas alarak düzenlemişlerdir.[1567] Özellikle *Thomasius*'un adil

[1561]Bkz. **Aquinas**. *Summa Theologiae.* IIaIIae 77.
[1562]**Gorldey.** Medieval Law. s. 110.
[1563]**Dekkers.** Op. Cit. s. 102.
[1564]**Hackl.** Op. Cit. s. 160.
[1565]**Ibid.,** s. 107.
[1566]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 478.
[1567]**Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 463.

bedel hakkındaki düşüncelerinden etkilenen Suarez, 1794'de yürürlüğe giren Prusya Medeni Kanunu olan *Allgemeines Landrecht*'i buna göre hazırlamıştır. *Thomasius*, bir bedelin adil olmasının, tıpkı bir eşyanın rengi gibi içsel bir özellik olduğunu; değerin ise, insanların sübjektif telakkilerine göre değişmekte olduğunu savunmuştur.[1568] Bunun üzerine, *Allgemeines Landrecht*'te yer alması düşünülen hükümden adil bedel ifadesi kaldırılmış; onun yerine, bedelin yarısından azının ödenmesi hâlinde kişinin yanıldığının karineten kabul edileceği kuralı getirilmiştir.[1569]

Türk-İsviçre borçlar hukukunda da, aşırı yararlanmadan bahsedebilmek için gerekli objektif şart, karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlığın olmasıdır.[1570] Öte yandan, aşırı yararlanmanın varlığından söz edebilmek için, sömüren ve sömürülen taraflar bakımından bir takım sübjektif koşulların da gerçekleşmesi gerekir.[1571] Buna göre sömüren, sömürülenin zor durumundan; deneyimsizliğinden ya da düşüncesizliğinden yararlanmış olmalı ve bunu bilerek ve isteyerek, bir diğer deyişle, kasten yapmış bulunmalıdır.[1572] Keza, karşı tarafın korunmasını gerektiren bu hâllerin, sınırlayıcı olarak sayılmadığı; kanunda sadece örnek kabilinden yer aldığı da hâkim görüşü ifade etmektedir. Kıt'a Avrupası'nda edimler arası oransızlığın, Romanist geleneğin bir devamı olarak, genelde malın piyasa değerinin %50'sinden fazla olması şeklinde ortaya çıkması gerektiği düşünülmektedir.[1573] Nitekim,

[1568]**Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 464.
[1569]Bkz. §58 *Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794.* Öte yandan, Alman hukukçular, ilk etapta bu kuruma şüphe ile yaklaşmışlardır. Keza, 1861'de Bavyera'da ve 1863'de Saksonya'da *laesio enormis* kurumunu yansıtan hükümler, eyalet medeni kanunlarından çıkarılmıştır. Medeni kanun olmayan eyaletlerde ise, yine 1861'de bu kurum *Allgemeines Handelsgesetzbuch*'dan çıkarılarak ticari nitelikteki sözleşmeler bakımından da kabul edilmemeye başlanmıştır. **Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 465.
[1570]**von Tuhr.** Op. Cit. s. 311, **Oğuzman ve Öz.** Op. Cit. s. 137, **Eren.** Op. Cit. s. 435.
[1571]**Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 186-188.
[1572]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 483, **Eren**. Op. Cit. s. 436-438.
[1573]**Kocayusufpaşaoğlu.** Loc. Cit.

Yargıtay da %50 nispetsizliğin varlığı hâlinde, objektif şartın gerçekleşmiş olduğunu belirtmiştir.[1574]

Laesio enormis kurumu, 6098 Sayılı Yeni TBK'nın 28. maddesinde "Aşırı Yararlanma" adıyla düzenlenmektedir. TBK 28/I uyarınca: "Bir sözleşmede karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık varsa, bu oransızlık, zarar görenin zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak suretiyle gerçekleştirildiği takdirde, zarar gören, durumun özelliğine göre ya sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirerek ediminin geri verilmesini ya da sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini isteyebilir." Öte yandan, 818 sayılı eski BK'nın 21. maddesinde aşırı yararlanmadan dolayı zarar görenin sözleşmeyi feshetme hakkı düzenlenmiş; ancak bu tabir, sözleşmenin iptali şeklinde anlaşılmıştır.[1575] Edimler arasındaki oransızlığın giderilmesini talep hakkı ise, eski kanun döneminde dahi öğretide kabul edilmiştir.[1576]

Bu düşünce, İFM'nin 1997 tarihli bir kararı üzerine kabul edilmiş olup, Mahkeme bu hâlde Roma hukukunda benimsenen çözümü esas almıştır.[1577] İlgili olayda İFM, aşırı yararlanma sebebiyle bir sözleşmenin kısmen iptal edilip edilemeyeceğini tartışarak, bu soruya olumlu yanıt vermiştir. Buna göre, edimlerin arasındaki aşırı oransızlığın giderilerek, sözleşmenin ayakta tutulmasının hukuki temelleri arasında, tarafların farazi iradeleri ya da hâkimin boşluk doldurması gibi kurumlar gösterilmektedir.[1578] Öte yandan, bu çözümü benimsemenin sebebi de *bona fides* ilkesidir. Zira, kısmi

[1574]Bkz.Yrg.1. HD, 04.03.1969, E. 391, K. 1133.
[1575]**Özkaya, E.** Aşırı Yararlanma (Aşırı yararlanma) Davaları, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013, s. 34.
[1576]**Ibid.**
[1577]Bkz. BGE 123 III 292 vd.
[1578]**Buz, V.:***Aşırı Yararlanma Hâlinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek SözleşmeninAyakta Tutulması*, BATİDER C.19, S.4, Yıl: 1998, s.53-82, s. 65.

iptal hakkını tanımanın amacı, aşırı yararlanmaya uğrayan tarafın durumunu daha da kötüleştirmemek, yani onu korumaktır. Buna paralel olarak, yeni TBK, aşırı yararlanmaya uğrayan tarafın, sözleşme ile bağlı olmadığını karşı tarafa bildirme imkânını düzenlemiş olup, bu durumu da 5 yıllık mutlak bir hak düşürücü süreye bağlamıştır.[1579] Bu hâlde, aşırı yararlanmanın yaptırımının bozulabilir geçerlilik olduğu görülmektedir. Uyarlama talebi ise yenilik doğurucu bir haktır.[1580]

Alman BGB de, bu kurumu § 138 (2) uyarınca düzenlemektedir.[1581] BGB'de yer alan söz konusu maddenin başlığı olan *Wucher*, "tefecilik" ya da "riba" anlamına gelmekte olup, Alman hukukunda fahiş faiz uygulamalarında da bu kavrama başvurulmuştur.[1582] Bu durum da, aşırı yararlanma kurumunun kökeninin Roma hukukundaki fahiş faize dayandığı savını güçlendirmektedir. Alman öğretisinde BGB § 242 ışığında değerlendirilen ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü kısıtlayan BGB § 138 uyarınca, bu kurumun mevcut olabilmesi için edim ile karşı edim arasında sözleşmenin kurulduğu an ve yerdeki piyasa şartlarına göre belirlenen bir oransızlık söz konusu olmalıdır.[1583] Yine, Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi, bu oransızlığın taraflardan birinin zor durumundan; bilgisizliğinden; temyiz

[1579]**Özkaya.** Op. Cit. s. 36.
[1580]**Buz.** Op. Cit. s. 68.
[1581]**BGB § 138:***"(1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.(2) Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich oder einem Dritten für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zu der Leistung stehen."* BGB § 138 (2) hükmü paragrafın final tasarısında eklenmiştir. Keza, Alman Ceza Kanunu *Strafgesetzbuch* (StGB) de bu hüküm ile uyumlu olabilmesi adına değiştirilmiştir. Öte yandan, ticari nitelikteki işlemler bakımından özel bir aşırı yararlanma kuralı Alman Ticaret Kanunu *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* (ADHGB) § 282 uyarınca düzenlenmektedir. **Honsell.**Op.Cit. s. 125, **Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 465.
[1582]**Pieck.** Op. Cit. s. 113, **Kalkan, B.:** Aşırı yararlanma, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004, s. 40.
[1583]**Roth.** § 242, No: 426.

kudretindeki eksikliğinden ya da önemli bir irade zaafından yaralanılarak meydana getirilmiş olması gerekmektedir.[1584]

Öte yandan, Alman hukukunda karşılıklı edimler arasındaki oransızlığın çok büyük olması hâlinde, sömürülme bilinci ile hareket edildiği fiilî karine olarak kabul edilmektedir.[1585] Keza, Alman hukukunda söz konusu olan kum yığını teorisi *(Sandhaufentheorem)* uyarınca, aşırı yararlanmanın şartlarından birisinin çok kuvvetli ve yoğun olması hâlinde, diğer şartlardan bir tanesi gerçekleşmemiş olsa dahi, aşırı yararlanma sebebiyle sözleşmenin hükümsüz kılınmasının mümkün olduğu savunulmaktadır.[1586] İsabetli bulunan bir görüşe göre ise, kum yığını teorisi, Türk-İsviçre hukukunda düzenlendiği şekliyle aşırı yararlanma kurumunun *ratio legis*'ine uygun değildir.[1587] Bu hâlde, ancak yoğun gerçekleşen bir şartın zayıf biçimde gerçekleşmiş olan bir şartın zayıflığını giderebileceği kabul edilmelidir.[1588] Bu noktada önem taşıyan bir husus da, Alman hukukunda aşırı yararlanmanın, ahlaka aykırı sözleşmelerle bir tutularak mutlak butlan yaptırımına bağlanmış oluşudur. Bu hâlde, aşırı yararlanma kurumunun dürüstlük kuralı ile ilişkisi belirginleşmektedir.[1589] Keza, BGB'de düzenlenen aşırı yararlanma kurumunun *ratio legis*'i "istismar" olgusu olup, bir kimsenin özel durumundan yararlanarak fahiş bir menfaat elde etmek, ahlaka aykırı sayılmış ve bu nedenle sözleşmenin batıl olacağı kabul edilmiştir.[1590] Sözleşmenin edimlerini makul bir sınıra indirerek, butlanın etkisinden kurtulmanın mümkün olup olmadığı ise tartışmalıdır.[1591] Türk-İsviçre hukuku bakımından ise, aşırı yararlanmanın aynı zamanda ahlaka aykırılık teşkil edip

[1584]**Schwenzer.** Op. Cit. s. 184, **Emiroğlu ve Küçükgüngör.** Op. Cit. s. 85.
[1585]**Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 491.
[1586]**Ibid.,** s. 493.
[1587]**Kalkan.** Op. Cit. s. 135.
[1588]**Buz.** Op. Cit. s. 75.
[1589]**Gordley ve von Mehren**. Op. Cit. s. 466.
[1590]**Kalkan.** Op. Cit. s. 31.
[1591]**Buz.** Op. Cit. s. 59.

etmeyeceği konusunda öğretide görüş birliği yoktur.[1592] Bu bağlamda, aşırı yararlanmaya ait koşulların gerçekleşmesi hâlinde, ahlaka aykırılığın söz konusu olmadığı; öte yandan, tekel durumunun ya da güçlü durumun kötüye kullanılması veya mesleki etik kuralların ağır bir biçimde ihlal edilmesi gibi ek unsurların varlığı hâlinde, ahlaka aykırılığın söz konusu olacağı; böylelikle butlan yaptırımının devreye gireceği savunulmaktadır.[1593] Günümüzde ahlaka aykırılık teknik hukuki bir terimi ifade ettiğinden, bu çözüm makul bulunabilecek ise de; aşırı yararlanma kurumunun kökeninin ahlak ve *bona fides*'e aykırılık olduğu unutulmamalıdır.

Keza, eski BK 21 ve dolayısıyla yeni TBK 28 hükmünün, böylesi bir sözleşmenin kurulma biçimini, dürüstlük kuralına ve buna bağlı olarak ahlaka aykırı bir anlayışın ürünü olarak gördüğü düşünülmektedir.[1594] Yargıtay da, kararlarında aşırı yararlanmanın, sözleşmenin ahlaka aykırı olarak yapılması hâllerinden birini ifade ettiğini belirtmiştir.[1595] Aşırı yararlanma hükmünün arkasında yatan ana kural, TMK 2 olup, dürüstlük kuralı sözleşmelerde karşılıklı edimlerin tamamen denk olmasalar dahi, göreceli olarak orantılı olmasını gerektirmektedir.[1596]

Aşırı yararlanma kavramının kökeninde, somut olay bakımından istismar edilen tarafın, güçlü taraf karşısında korunması ahlaki kaygısı yatmaktadır.[1597] Buna ek olarak, bir görüş de aşırı yararlanma kurumunun varlık sebeplerinden birinin, sadece zayıf karşı tarafın korunması olmayıp; bir bütün olarak kamu düzeninden sayılan sözleşme serbestîsinin korunması olduğunu savunmaktadır. Bu hâlde ise,

[1592]**Aslan, Ç.M.:**Aşırı yararlanmanın Unsurları ve Hukukî Sonuçları, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006, s.59 vd.
[1593]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 498.
[1594]**Ibid.,** s. 480.
[1595]Bkz.Yrg. HGK., 24.01.1973, E. 971/1-376, K. 24.
[1596]**Kalkan.** Op. Cit. s. 61.
[1597]**Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 479.

hukukumuzda TMK 2/II uyarınca düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının sadece haklar bakımından değil, aynı zamanda hukuki kurumlar bakımından da söz konusu olduğu çıkarımı yapılabilecektir.[1598] Her ne kadar, bu görüş öğretide pek taraftar bulamasa da, sözleşmenin zayıf tarafının korunmasının dolaylı olarak olsa dahi sözleşme özgürlüğü kuramına faydalı olacağının kabulü gerekmektedir. Öte yandan, hangi görüş kabul edilirse edilsin, aşırı yararlanma ve ahlak ilişkisi incelendiğinde bu kurumun kökeninin *bona fides* olduğu açıkça görülmektedir.

İtalyan hukukunda aşırı yararlanma, İtalyan C.c. 763 ve 1448-1451. maddelerinde düzenlenmiş ve taraflardan birinin, diğer tarafın zor durumundan yararlanarak, edimler arasında belirli bir miktardan fazla oransızlık meydana getirmesi durumunda, diğer tarafın sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebileceği kabul edilmiştir.[1599] Bugün yürürlükte olan modern kodifikasyonlar içerisinde Roma hukukundaki *laesio enormis* kuralına en sadık kalan ise Avusturya Medeni Kanunu ABGB'dir. ABGB § 934'e göre, karşılıklı bir sözleşmede, taraflardan birinin, diğer tarafa verdiğinin yarısından azını alması durumunda; ilgili tarafa sözleşmeyi sona erdirerek, eski halin iadesini talep etme hakkı tanınmaktadır.[1600] Ancak, sözleşmenin bu şekilde sona ermesi, yenilik doğurucu bir hakkın kullanılması üzerine değil; mahkeme kararı ile gerçekleşmektedir. Sözleşmenin sona erdirilebilmesi için objektif şartın varlığı, yani taraflardan birinin ediminin diğer tarafın ediminin değerinin yarısından az olması yeterlidir.[1601] Ayrıca, Alman ve Türk-İsviçre hukukunun aksine, oransızlığın

[1598] **Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 481.
[1599] **Emiroğlu ve Küçükgüngör.** Op. Cit. s. 85.
[1600] **Honsell.** Op. Cit. s. 125.
[1601] **Emiroğlu ve Küçükgüngör.** Op. Cit. s. 83.

taraflardan birinin özel bir durumundan faydalanılarak meydana getirilmiş olması aranmamaktadır.[1602]

Fransız hukukunda aşırı yararlanma sebebi ile sözleşmenin sona erdirilebilme imkânı ise, diğer Kıt'a Avrupası hukuklarının aksine tüm sinallagmatik sözleşmeler için değil, sadece kanun tarafından belirlenen bazı hâllerde uygulama alanı bulmaktadır. Bu durumlar Fransız *Code Civil*'in 472, 783, 887, 1674-1678, 1681-1685, 1706. maddelerinde özel olarak düzenlenmiştir. Bu hâller genel itibariyle, reşit olmayanlar tarafından yapılan sözleşmeler ile taşınmaz alım satımı, taksim ve şirket sözleşmeleri olarak sayılabilecektir.[1603] Fransız C.Civ.'in taşınmaz satımı sözleşmelerinde aşırı yararlanmayı düzenleyen 1674. maddesine göre, taşınmazın değeri ile sözleşmede kararlaştırılan bedel arasında 7/12'yi aşan miktarda oransızlık varsa, yani satıcı bedel olarak, satılanın gerçek değerinin 5/12'sinden az bir miktar elde etmişse; satıcıya, sözleşmenin sona erdirilmesini talep etme hakkı tanınmaktadır.[1604] Fransız hukukunun aşırı yararlanma ile ilgili düzenlemelerinin karşılaştırmalı hukuk bakımından en önemli yanı, aşırı yararlanmanın objektif unsurunu oluşturan karşılıklı edimler arasındaki oransızlığın belirlenmesi sorununu, hâkimin takdirine bırakmayarak, aritmetik bir hesaplama yolunu tercih etmesidir.

Fransız hukukundaki düzenlemenin kökeni de eşitlik ve hakkaniyettir. Öte yandan, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, taşınmaz satımı ile sınırlı bir uygulamasının olması, salt tarihsel sebeplerden ziyade, toprağın ekonomik öneminden ve fiyatının diğer mallara oranla daha az değişken oluşundan ileri gelmiştir. Ayrıca bu hâlde,

[1602]**Kalkan**. Op. Cit. s. 33.
[1603]**Ibid.,** s. 24.
[1604]**Honsell.** Loc. Cit. **Mélin.** Op. Cit. s. 100, **Emiroğlu ve Küçükgüngör.** Op. Cit. s. 84.

satıcının mağdur olma olasılığı daha yüksek görülmektedir.[1605] Bu düzenlemenin Roma hukukunda da benzer şekilde sınırlı olarak uygulanmasının nedeni, aynı hususlardır. Fransız hukukunda kimi zaman, bu hükmün sözleşme özgürlüğünü ve irade özerkliğini zedelediği savunulmuş olsa da, kabulü etik olarak zorunlu görülmüştür.[1606]

Yalnızca Kıt'a Avrupası hukuklarında değil, Anglo-Amerikan hukukunda da kökeni *bona fides*'e dayanan pek çok kurum yer almakta olup, bunlardan bir tanesi, adil olmayan sözleşmeler bakımından karşımıza çıkmaktadır. Sözleşmenin adil olmaması hâlleri, kural olarak ödenecek bedel bakımından ortaya çıkmaktadır.[1607] Kıt'a Avrupası'nda düzenlenen aşırı yararlanma kurumu da, aslında sözleşmelerin hakkaniyete ve adalete uygun biçimde kurulmasına hizmet etmektedir. Sözleşmelerin adil olmaması bahsinde ise, *common law* ülkelerinin daha farklı yollar benimsemiş oldukları göze çarpmaktadır. Bunlardan bir tanesi *unconscionability* (insafsızlık) kavramıdır. *Unconscionability* kavramının *common law* kapsamında dahi yeknesak bir tanımı yoktur. Basitçe, bir sözleşmede tarafların edimleri arasında büyük bir fark olması ve bu farkın güçlü taraf lehine yaratılması hâlinde, bu kuruma başvurulmaktadır.[1608] Buna göre, özünde *bona fides'*e dayanan bu yükümlülük, bir tarafın, her zaman kendi menfaatine ve başkasının menfaati hilafına davranmasını engellemektedir.[1609] İngiliz hukukunda hakkaniyet mahkemelerince geliştirilen bu kuram, hukuk ve hakkaniyet mahkemelerinin birleştirilmesiyle güç kazanmıştır.

[1605]**Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 464.
[1606]**Ibid.,** s. 465.
[1607]**Collins, H.:**Regulating Contracts, New York: Oxford University Press, 1999, s. 258.
[1608]*Unconscionable* sözcüğü, fahiş; vicdansız ya da insafsız olarak çevrilebilmektedir.
[1609]**Looschelders ve Olzen**.§ 242, No:1218, **Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 19.

Keza bu kural, UCC § 2.302. maddesi ile Amerikan hukukunca da benimsenmiştir.[1610]

Özellikle haksız sözleşme şartlarının maddi yani içeriksel denetimi bakımından önem taşıyan bu kavram, yıllar süresince kamu düzeninden ahlaksızlığa kadar pek çok hususa dayandırılmıştır.[1611] Öte yandan, son otuz yıldır öğretide bu kavramı *bona fides*'e dayandırma eğilimi mevcuttur. Keza, bu tür genel hükümlerin arkasında temel ve uluslararası geçerliliği olan etik ilkelerin yer alması; hem o hükümlerin kabulünü, hem de uygulanmasını kolaylaştıracaktır. *Common law* uyarınca bir vaadin yerine getirilmesi, o vaat karşılığında uygun ve geçerli bir "*consideration*" olmasına bağlıdır. Buna karşılık, vaadin "insafsız" olması hâlinde ise, mahkemeler özel çareler tanıyarak hakkaniyeti sağlamaktadır.[1612] *Unconscionability* kuramının, *equitable estoppel*; *laesio enormis* ve *bona fides*'i karşılayan "dürüst iş yapma" kuramlarını beraberce içerisine aldığı belirtilmektedir.[1613] Bununla beraber, *equitable estoppel* ve *laesio enormis* de *bona fides* genel ilkesine dayanmaktadır. Avustralya hukukunda insafsızlık kuramı, *"unconscionable bargain"* olarak anılmaktadır. Aslında 19. yüzyıl Anglo-Amerikan literatürü, bir sözleşmede değiş tokuşun adil olmasını aramamış; hatta çoğunlukla edimin değeri, tarafların "iştahına bağlı" görülmüştür.[1614] Yine de, evrensel olarak içselleştirilmiş adalet duygusuna hizmet eden *bona fides* gereğince *unconscionability* kurumu doğmuş ve hakkaniyete ulaşılması hedeflenmiştir. Buna göre, tarafların edimleri arasında ciddi bir oransızlık

[1610]**Blum, B. A.:**Contracts : Examples & Explanations, Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 4. Edition, 2007, s. 413.
[1611]**Schwenzer, I., Hachem, P ve Kee, C.:**Global Sales and Contract Law, Oxford University Press, New York: 2012, s. 263.
[1612]Bkz. Chesterfield v. Jannsen, 2 Ves Sen 125, 130, 28. Eng. Rep. 82, 85, (1750).
[1613]**Schwenzer, Hachem ve Kee.** Op. Cit. s. 263.
[1614]**Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 466.

olması, özellikle hileye kanıt teşkil etmektedir.[1615] Öte yandan, *laesio enormis* kuralına göre, zarar gören tarafın tazminat istemesi mümkün iken; *unconscionability* kuramı uyarınca sözleşme batıl olduğu takdirde tazminat istemek mümkün olmayacaktır.[1616] Yine, Anglo-Amerikan hukukunda yer alan *undue influence* kavramı da, öğretide Romanist aşırı yararlanma kurumu ile ilişkilendirmektedir. Bu kurum, sözleşme taraflarından birisinin, diğeri aleyhine, haksız ve meşru olmayan bir avantaj sağlaması olarak nitelendirilmektedir.[1617] İngiliz hukukunda taraflardan birinin müzakere gücü olmadığı takdirde o tarafın seçim hakkının anlamsız kalacağı kabul edilmiş olup, bu kural da *bona fides*'e dayandırılmaktadır.[1618]

Belirtmek gerekir ki, *laesio enormis* kurumu *bona fides* kökenli olsa da, çağdaş medeni kanunlarda genellikle aşırı yararlanma kurumu bakımından *bona fides* ya da dürüstlük kuralına gönderme yapılmamaktadır. Buna karşılık, Avrupa sözleşme hukukunu uyumlaştırma amacı güden PECL ise, açıkça *bona fides*'e işaret etmektedir.[1619] Bu hâlde, sözleşme ile bağlı olunmamasını gerektiren durumlarda, mahkemenin tarafların edimleri arasındaki oranı *bona fides* ve "dürüst iş yapma" ilkeleri uyarınca uygun bir seviyeye çekmesi mümkün kılınmaktadır. PECL kapsamında *bona fides* ile ilişkili olarak ele alınması gereken en önemli maddelerden birisi: Eski 6.109, yeni 4.109 numaralı maddedir. Bu maddede yer alan güven ilişkisi, esasında ilkenin *bona fides* ile bağlantısını gözler önüne sermektedir.[1620] Buna göre, sözleşmenin kurulma anında, aralarında güven ya da bağımlılık ilişkisi olan taraflardan kötüniyetli tarafın, karşı tarafın ekonomik güçlük içerisine girmesi; acil

[1615] **Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 466.
[1616] **Sefton-Green, R.:** *Case 2: Célimène v. Damien*, (ed. Sefton-Green, R.) "Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law", New York: Cambridge University Press, 2005, s. 131-164, s. 162.
[1617] **Kalkan**. Op. Cit. s. 39.
[1618] **Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 466.
[1619] **Lando**. Op. Cit. s. 399.
[1620] **Gordley ve von Mehren.** Loc. Cit.

ihtiyaçları; düşüncesizliği; cehaleti; tecrübesizliği ya da ticari açıdan yetkin olmayışı durumlarından koşullar ve sözleşmenin amacı da dikakte alındığında önemli ölçüde haksız ve aşırı miktarda çıkar sağlaması hâlinde, diğer taraf sözleşme ile bağlı olmak zorunda olmayacaktır. Aslında bu madde, CISG'nin dahi düzenlemekten kaçındığı maddi geçersizlik sonucunu düzenlemekte olup bu durumun sebebi ise *bona fides* ilkesidir.[1621] Romanist *bona fides, laesio enormis* kurumu bakımından Kıt'a Avrupası hukuklarında yer alan mevcut düzenlemelerin kökenini teşkil etmekle kalmayıp; Anglo-Amerikan hukukunda yer alan denk kurumların temelinde de felsefi olarak yer almakta, bu nedenle hukukun küresel bir hâl alması için etkin bir fayda sağlamaktadır.

6. *Locatio Conductio* (Kira, Eser ve İş Sözleşmeleri)

Roma hukukunda mevcut olan rızai sözleşme tiplerinden bir tanesi de, *locatio conductio* sözleşmesi olmuştur. Bu sözleşmenin Roma hukukunda kapsadığı alan oldukça geniştir.[1622] *Locatio conductio*, taraflardan birinin, karşı tarafın vermeyi üstlendiği ücret karşılığında, bir şeyin *(res)* kullanılmasını temin etmeyi ya da bir eserin *(opus)* meydana getirilmesini veya çeşitli hizmetlerin *(operae)* ifa edilmesini üstlendiği sözleşmelerin genel adıdır.[1623] Bu hâlde, Roma hukukundaki *locatio conductio* sözleşmesi günümüzde kira, eser ve hizmet sözleşmesine karşılık gelmektedir.[1624]

[1621] **Felemegas.** Op. Cit. s. 403.
[1622] **Honsell.** Op. Cit. s. 139, **Kaser, Knütel ve Lohsse**. Op. Cit. s. 270, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 246.
[1623] **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 133, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 346, **Burdese.** Op. Cit. s. 538-539.
[1624] **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 236, **Pugliese.** Diritto Romano. s. 567, **Girard**. Op. Cit. s. 578, **Robaye.** Op. Cit. s. 274-275.

Gaius, D.19.2'de *locatio conductio* türleri arasında ayrım yapmamıştır. Öte yandan, Roma hukukunda, hakların varlığı onlara tanınan davalarla belirlenmiş olduğundan; bir diğer ifade ile, dava-hak ilişkisi bulunduğundan, üç farklı *locatio conductio* tipine farklı uygulamalar içeren davalar tanınmış, bu nedenle de bu üç tip birbirinden bağımsız olarak şekillenmiştir.[1625] Bununla beraber, *locatio conductio*'nun üç ayrı biçimi açısından da *bona fides* ilkesinin dikkate alındığının somut olarak gözlemlenmesi mümkündür.

a. *Locatio Conductio Rei* (Kira Sözleşmesi)

Locatio conductio sözleşmelerinin ilk türü, *locatio conductio rei* sözleşmesi olup, çağdaş hukukta kira sözleşmesine karşılık gelen bu sözleşme kapsamında yapılan düzenlemelerin çoğu bakımından da *bona fides* dikkatle gözetilmiştir.[1626] Roma hukukunda *locatio conductio rei*'nin, *locator* (kiralayan)'un bir şeyin kullanılmasını *conductor* (kiracı)'a bırakmak; *conductor*'un ise karşılığında belirli bir bedel ödeme borcu altına girmesi ile kurulacağı kabul edilmiştir.[1627] Kira sözleşmesi, Roma hukukundan bu yana tam iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik ve rızai bir sözleşmedir.[1628]

Locatio conductio rei, *contractus bonae fidei* olduğundan; bu sözleşmeden doğan davalar olan, kiralayana karşı açılan *actio locati* ve kiracıya karşı açılan *actio conducti*'nin *formula*'sında yer alan *"ex fide bona"* kaydı gereği hâkim, *bona*

[1625]**Koschaker ve Ayiter.** Op. Cit. s. 238, **Zimmermann.** Op. Cit. s. 340, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 196, **Brégi.** Op. Cit. s. 196-197.
[1626]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 272 vd.
[1627]**Rado.** Op. Cit. s. 134, **Honsell.** Op. Cit. s. 141, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s 247.
[1628]**Erdoğmuş.** Op. Cit. s. 96 vd, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 237, **Robaye.** Op. Cit. s. 279.

fides'in tüm gereklerine hükmedebilmiştir.[1629] Öte yandan, kimi hâllerde *bona fides*'in tam olarak gözetilmediği de görülmektedir. Örneğin, Roma hukukunda belirsiz süreli kira sözleşmelerinde taraflar istedikleri anda sözleşmeyi feshedebilmiş; özel bir fesih ihbar süresi öngörülmemiştir.[1630] Buna karşılık modern hukukta, borçlunun kendisini yeni duruma adapte edebilmesi için belirli bir süre verilmesi gereği kabul edilmektedir. Gerek Alman hukuku ile Türk İsviçre hukukunda; gerekse Anglo-Amerikan hukukunda bu esas, dürüstlük kuralı gereği kabul edilir.[1631]

Emptio venditio'ya benzer olarak, *locatio conductio rei* sözleşmesi bakımından da, gizli ayıplardan sorumluluk önem taşımıştır. *Hermogenianus*'a ait bir *Digesta* metninde, *"et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest."*[1632] "ve bu sebepten, bir kira sözleşmesi yapıldığında, karşı tarafın hileli davranışı kanıtlanmadığı müddetçe, bedelin çok düşük olduğu bahanesiyle geçersiz kılınamaz." ifadesi yer almaktadır. Bu metin, öğretide, kira sözleşmesinde gizli ayıplardan doğan sorumluluğu yansıttığı biçiminde yorumlanmaktadır.[1633] Zira, karşı tarafın hilesi, kiralanan malda ayıp olduğuna işaret edebilecektir.[1634] Dolayısıyla, Roma hukukunda *locator*'un gizli ayıplardan sorumluluğunun, *bona fides*'e aykırı hareket edip etmediğine göre belirlenmiş olduğu söylenebilecektir.

[1629]**Schulz.** Op. Cit. s. 546.
[1630]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 357, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 238, **Brégi.** Op. Cit. s. 199.
[1631]TBK 347 uyarınca, belirli süreli kira sözleşmeleri bakımından kiracı, sürenin bitiminden en az on beş gün önce bildirimde bulunarak kira sözleşmesini sona erdirebilmektedir. BGB § 568 vd. hükümleri de kira sözleşmesinin bildirimle nasıl sona ereceğini ayrıntılı olarak düzenlemektedir. Amerikan hukukunda ise, her eyaletin farklı düzenleme getirmesine karşılık, kural olarak tüm eyaletlerce belirli bir bildirim süresi öngörülmektedir. Eyaletlerce belirlenen özel süreler için bkz. **Stewart, M., Warner, B. ve Portman, J.:**Leases and Rental Agreements, California: Nolo, 10. Edition, 2017, s. 111 vd. **Stapleton, C.O. ve Williams, M. R.:**California Real Estate Principles, Chicago: Dearborn, 5. Edition, 2004, s. 340.
[1632]D.19.2.23.
[1633]**Schermaier.** Contract Law. s. 86.
[1634]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 248.

Öte yandan, kiralanan mal üzerinde üçüncü bir kişinin üstün hak iddia etmesi durumunda da, *bona fides*'e göre bir değerlendirme yapılmıştır.[1635] Bununla beraber, bu değerlendirme esnasında, sübjektif *bona fides* de araştırılmıştır. Nitekim, *Ulpianus*'a D.19.2.9.pr. uyarınca, kiralayanın sübjektif iyiniyetinin, *prima facie* objektif *bona fides*'e tercih edildiği görülmektedir.

> *"Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem."*
>
> "Eğer, birisi bana iyiniyetle satın aldığı bir ev ya da çiftlik kiralar ve daha sonra kötüniyeti ya da hilesi olmaksızın evden çıkarılırsa, *Pomponius* der ki; kiraladığı şeyin keyfîni sunduğu için, kiracıya karşı için yine de sorumlu olur. Açıkça, eğer yeni malik kiracının kalmasına izin vermezse ve kiralayan eskisinden daha az rahat olmayan yeni bir mesken sunmaya hazırsa, en adil çözümün kiralayanın sorumluluktan kurtulması olacağını söyler."

Buna karşılık, her ne kadar metinde kiralayanın sübjektif *bona* fides'i esas alınmış olsa da; bu kişinin kiracıya aynı rahatlıkta bir mesken sunmaya hazır olması hâli, objektif *bona fides*'e işaret etmektedir. Bu nedenle, değerlendirmede esas alınan temel kıstas, dürüstlük kuralı olmuştur.

[1635] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 362

Kira hukuku, her zaman sosyal fonksiyon taşıyan ve bir anlamda toplumsal kontrolü sağlamaya yönelik kurallar içermiştir. Öte yandan, Roma kira hukuku ile ilgili akılda tutulması gereken bir nokta ise, Romalı hukukçuların kira hukukunu yüksek sosyal sınıfları dikkate alarak geliştirmiş olduklarıdır.[1636] Roma hukukunda *"emptio tollit locatum"* (satım kirayı bozar)[1637] ilkesi gereğince, kiracının, kira sözleşmesinden doğan nispi hakkının olması sebebiyle; kira konusu malın mülkiyetinin, bir başkasına devredilmesiyle kira sözleşmesi sona ermiştir.[1638] Zira, ayni hak olan mülkiyet hakkı, nispi haklardan üstündür. Öte yandan, M.S. 214 yılında İmparator *Caracalla* tarafından çıkarılan bir emirname[1639] ile, kira bedelini düzenli ödeyen kiracının sebepsiz olarak taşınmazdan çıkarılamayacağı kuralı kabul edilmiştir. Emirname ise, *bona fides*'e ve hakkaniyete dayanmakta olup, sebepsiz yere, salt karşı tarafa zarar verme amacıyla sözleşmenin sona erdirilmesi, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırılık teşkil etmiştir.

Modern hukukta da, uzun yıllar *"kauf bricht miete"* yani satım kirayı bozar kuralı esas olmuştur. Öte yandan, günümüzde Alman hukukunda *"kauf bricht nicht miete"* esası geçerlidir. Kira konusu malın mülkiyeti üçüncü bir kişiye devredilirse, kira sözleşmesinin sona ermeyeceği, malı devralanın kiralayanın hak ve borclarını devralacağı, BGB § 566 uyarınca düzenlenmekte; devreden ise, kiracıya karşı kira sözleşmesinden doğan borçlarından dolayı kişisel olarak sorumlu olmaktadır.[1640]

[1636]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 348.
[1637]**Burdese.** Op. Cit. s. 541.
[1638]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 136.
[1639]**C.4.65.3**.:*"Diaetae, quam te conductam habere dicis, si pensionem domino insulae solvis, invitum te expelli non oportet, nisi propriis usibus dominus esse necessariam eam probaverit aut corrigere domum maluerit aut tu male in re locata versatus es."* Bu *rescriptum*, kiralayanın kiracıyı tahliye sebeplerini saymış olup, bunlar: Kiralayanın kira konusu taşınmazı bizzat kendisinin kullanmak istemesi, taşınmazın onarımının zorunlu olması ve kiracının taşınmaza ağır zarar vermesi olarak belirlenmiştir. **Frier, B.W.:**Landlords and Tenants in Imperial Rome, Princeton: Princeton University Press, 2014, s. 73.
[1640]**Keller.** Privatrecht. s. 432**, Pieck.** Op. Cit. s. 146.

Bununla beraber, bu hükmün de BGB § 242 ile beraber değerlendirilmesi gerekmektedir. Zira, sürekli borç ilişkilerinin sona ermesinde *bona fides* büyük önem taşımaktadır.[1641] Keza, Fransız hukukunda da C.Civ. 1743 uyarınca aynı esas düzenlenmektedir.[1642] Türk hukukunda da, eski BK zamanında geçerli olan *"kauf bricht miete"* ilkesi, 6098 sayılı TBK[1643] ile getirilen yenilik neticesinde sözleşmenin kurulmasından sonra kiralananın herhangi bir sebeple el değiştirmesi hâlinde, yeni maliğin *ipso iure* kira sözleşmesinin tarafı olacağı düzenlemesi ile isabetli olarak terk edilmiş ve *bona fides*'e uygun bir düzenleme yapılmıştır.[1644] Keza, Anglo-Amerikan hukukunda da "satım kirayı bozar" ilkesi geçerli değildir. Bunun sebebi ise hakkaniyete aykırılıkların önlenmesidir.[1645]

b. *Locatio Conductio Operis* (Eser Sözleşmesi)

Roma hukukunda, *locatio conductio* sözleşmesinin bir diğer türü ise, günümüzde eser sözleşmesi olarak adlandırılan *locatio conductio operis*'tir. *Conductor* (yüklenici)'un başkasına verdiği bir malzeme üzerinde[1646] bir eser meydana getirme; karşı taraf olan *locator* (iş sahibi)'un ise buna mukabil bir ücret ödeme borcu altına girdiği bir sözleşme tipi olan *locatio conductio operis* bakımından da, sadakat kavramı büyük önem taşımıştır.[1647] *Locatio conductio operis* sözleşmesinde *conductor*, işin veya hizmetin görülmesinden ziyade meydana gelecek olan sonuca

[1641]**Roth.** § 242, No: 348, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 778.
[1642]**Honsell.** Op. Cit. s. 143.
[1643]**TBK 310***:"Sözleşmenin kurulmasından sonra kiralanan herhangi bir sebeple el değiştirirse, yeni malik kira sözleşmesinin tarafı olur."*
[1644]**Yavuz.** Op. Cit. s. 270 vd.
[1645]**Burrows, A.:**English Private Law, Oxford: Oxford University Press, 2013, s. 185.
[1646]Gai**.***Ins*.3.147 uyarınca, Roma hukukunda *locatio conductio operis* sözleşmesinin söz konusu olabilmesi için, esere konu malzemenin eseri yaptırmak isteyen taraf olan *locator*'ca tedarik edilmesi gerekmiştir. Aksi hâlde ise, ortada bir *emptio venditio* sözleşmesinin olacağı düşünülmüştür. **Rado.** Borçlar Hukuku. s. 142. Buna karşılık, modern hukukta durum farklı olup, malzemeyi yüklenici tedarik etse dahi, ilgili sözleşme eser sözleşmesi adını almaktadır. Bkz. TBK 472.
[1647]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 228, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 251, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 347.

odaklanmış olup, sözleşme, bu yönüyle iş sözleşmesini ifade eden *locatio conductio operarum*'dan ayrılmıştır.[1648]

Roma hukukunda, *locatio conductio operarum* çerçevesinde *conductor*'un borçlarından biri de eseri sadakatle yerine getirme borcu olmuştur. Bu borç gereğince *condcutor*, iş sahibi olan *locator*'un yararına olacak şeyleri yapmak ve zararına olacak hareketlerde bulunmaktan kaçınmak durumunda olmuştur.[1649] *Conductor* bu borcuna aykırı davranmış ise, eser, sözleşmeye uygun olarak teslim edilse dahi sorumlu tutulabilmiştir. Bu sorumluluğun kaynağı da objektif anlamıyla *bona fides*'dir. Öğretide, söz konusu sadakat borcunun temeli olarak *Institutiones*'de yer alan bir metin gösterilmektedir. *Ins.*3.24.5 uyarınca:

> "*Conductor omnia secundum legem conductionis facere debet et, si quid in lege praetermissum fuerit, id ex bono et aequo debet praestare. qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut iumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur qualem diligentissimus paterfamilias suis rebus adhibet. quam si praestiterit et aliquo casu rem amiserit, de restituenda ea non tenebitur. Mortuo conductore intra tempora conductionis, heres eius eodem iure in conductionem succedit."*

> "*Conductor*, her zaman sözleşmenin hükümlerine uymak zorundadır. Eğer anlaşmada bir husus kararlaştırılmamışsa, bunu hakkaniyete uygun olarak belirler. Ücret vererek veya vaat ederek kullanılmak

[1648]**Honsell.** Op. Cit. s. 145, **Zimmermann.** Op. Cit. s. 394, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 277.
[1649]**Akıncı**. Borçlar Hukuku. s. 146.

üzere elbiseler; gümüşler ya da bir hayvanı alan o şeyin korunmasında özenli bir aile babasının kendi malları bakımından göstermesi gereken özeni göstermelidir. Bu özen gösterildikten sonra, beklenmedik hâl sonucu malı kaybederse onun iadesi ile yükümlü değildir."

Her ne kadar bu metin, esasında *condcutor*'un sorumluluğunun derecesine ve bu sorumluluk belirlenirken *bonus pater familias* ölçütünün esas alınacağına ilişkin olsa dahi; bu sözleşme kapsamında özel bir sadakat borcu olduğunun da altını çizmektedir. Nitekim, *locator, conductor*'un bilgi ve becerilerine güvendiğinden, eserin meydana getirilmesi için kendisi ile anlaşmıştır. *Conductor*'un, karşı tarafta eseri istendiği şekilde meydana getirebileceğine dair haklı bir güven yarattığı ve bu nedenle, güvenin boşa çıkması hâlinde *imperitia* (beceriksizlik)'dan da sorumlu olacağı; dolayısıyla oluşan zararı tazmin ile yükümlü tutulacağı kabul edilmiştir.[1650] Roma hukukundan gelen bu durum, günümüzde gerek Kıt'a Avrupası; gerekse Anglo-Amerikan hukukunda kendini göstermektedir.[1651] Alman hukukunda *Treuepflicht,* Fransız hukukunda *obligation de fidélité* ya da *loyauté* (doğruluk) olarak geçen ve *bona fides*'e dayanan sadakat borcu, Türk-İsviçre hukukunda da mevcuttur.[1652] TBK 471/I uyarınca, "yüklenici, üstlendiği edimleri iş sahibinin haklı menfaatlerini gözeterek, sadakat ve özenle ifa etmek zorundadır." Yüklenicinin sadakat borcu, eski BK'da lafzi olarak yer almamıştır. Bununla beraber, bu dönemde de öğretide kabul edilmiştir. Zira bu borç, eser sözleşmesinin iş görme sözleşmesi olma niteliğinden çıkmaktadır.[1653] Bir diğer ifade ile, sadakat borcunun temeli TMK

[1650]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 398, **Honsell.** Op. Cit. s. 146, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 277, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 308.
[1651]**Owen, S., Lewis, J.R.:**Law for the Construction Industry, London: Routledge, 2014, s. 171.
[1652]**Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., Baysal, U.:** İş Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Baskı, 2014, s. 600.
[1653]**Tandoğan**. Op. Cit. s. 49.

2'de yer alan dürüstlük kuralında yatmaktadır.[1654] Özen borcu ile sıkıca bağlı olan sadakat borcu, esasında iş sahibi ile yüklenici arasında kurulan güven ilişkisine dayanmaktadır. Keza, öğretide, eser sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmiş olsa dahi, sadakat yükümlülüğüne aykırılıktan doğan zararın ayrıca tazmin edilebileceği savunulmaktadır.[1655]

Locatio conductio operis sözleşmesi bakımından önem taşıyan bir başka nokta ise, Akdeniz'de yapılan deniz taşımacılığına ilişkin Rodos kanunu *lex Rhodia de iactu*'nun Romalılarca uygulanması olmuştur.[1656] Bu uygulamanın, deniz taşımacılığında riski taraflar asında paylaştırdığından ötürü *bona fides*'e dayandığı kabul edilmektedir.[1657] Kanuna göre, korsan saldırısı sebebiyle malların zayi olması hâlinde ya da fırtınada geminin batmaması için yükleri azaltmak amacıyla, malların bir kısmını denize atması gereken[1658] *exercitor navis* (kaptan), gemideki zararları bir tehlike birliğine giren herkes arasında paylaştırmakla yükümlü olmuştur.[1659] Bu kuralın altında yatan düşünce ise, doğal hakkaniyet anlayışıdır.[1660] Nitekim, diğer kişilerin hayatı ve zayi olmayan mallarını korumak için, belirli kişilerin fedakârlık yapması ve zarara katlanması *aequitas* ve *bona fides* ile bağdaşmamaktadır.[1661]

Roma hukukunda *locatio conductio operis* sözleşmesi, çağdaş hukuklarda taşıma sözleşmesi olarak adlandırılan sözleşmeyi de içine almış; zira, bir malın taşınmasının

[1654]**Gümüş.** Op. Cit. s. 45.
[1655]**Tandoğan.** Op. Cit. s. 50.
[1656]**Girard.** Op. Cit. s. 585.
[1657]**Burdese.** Op. Cit. s. 546.
[1658]D.14.1.1.1.
[1659]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 231, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit.s. 239.
[1660]Bu durum, güncel hukukta karşımıza çıkan zorunluluk hâli sebbeiyle fedakârlığın denkleştirilmesi ilkesine benzemektedir. Nitekim, fedakârlığın denkleştirilmesi de hakkaniyet düşüncesine dayanmaktadır. **Ulusan, İ.:**Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Tıpkı Bası, 2012, s. 9.
[1661]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 407.

bir *opus* teşkil ettiği düşünülmüş, özellikle deniz ticaretine duyulan ihtiyaç ve verilen önem de bunu gerektirmiştir.[1662] Yine, *locatio conductio operis*'ten doğan davaların *iudicia bonae fidei* olması, yargıcın *"ex fide bona"* gereği *bona fides*'in gereklerine serbestçe hükmetmesini kolaylaştırmış ve sözleşme bakımından elastikiyet sağlamıştır.[1663] Roma hukukundan günümüz hukukuna, *locatio conductio operis* sözleşmesinde tarafların borçları ve sorumluluklarının belirlenmesi bakımından, hakkaniyet ve *bona fides* temel ele alınmaktadır.

c. *Locatio Conductio Operarum* (İş Sözleşmesi)

Roma hukukunda, *locatio conductio* sözleşmesi kapsamına dâhil olarak ele alınmış son sözleşme tipi ise *locatio conductio operarum* (iş sözleşmesi) olmuştur. Bu sözleşme bakımından da, *bona fides*'e dayanan düzenlemelere sıklıkla rastlanmıştır. *Locatio conductio operarum*, *locator* (işçi)'un bir bedel (*merces*) karşılığında ve belli bir süre için, *conductor* (işveren)'a karşı hizmet görmeyi ve iş gücünü sunmayı üstlendiği sözleşme tipini ifade etmiştir.[1664] Roma hukukunda iş sözleşmesine, *operae illiberales* denilen ve diğerlerine kıyasla daha alt düzeyde görülen işler bakımından başvurulmuş olup, doktorluk ya da öğretmenlik gibi toplumsal bakımdan daha yüksek addedilen işler ise, *operae liberales* olarak adlandırılarak iş sözleşmesine konu yapılmamıştır. Bu hâlde ise kişilerin, ancak *cognitio extra ordinem* (sistem dışı yargılama) usulünde talep edilebilmiş olan ve *honorarium* adı

[1662] **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 230.
[1663] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 406, **Talamanca.** Diritto Romano. s. 165, **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 118.
[1664] **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 238-239, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 275, **Honsell.** Op. Cit. s. 144, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 250, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 348, **Brégi.** Op. Cit. s. 199, **Çelebican Karadeniz, Ö.:**Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara: Sevinç Matbaası, Ankara: 1976, (İş İlişkileri), s. 129.

verilen bir şeref ücreti alabilecekleri kabul edilmiştir.[1665] *Locatio conductio operarum* bakımından *bona fides*'in gözetilmesi, tarafların borçlarını yerine getirirken *bonus vir* ölçütüne göre hareket etmeleri gereğini doğurmuştur.[1666]

Roma hukukunda *locatio conductio operarum* sözleşmeleri, süreye bağlanabileceği gibi, süresiz olarak da yapılabilmiştir.[1667] Buna göre, iş sözleşmesi belirsiz süreli ise, iş ağır geldiği takdirde, işçinin iş sözleşmesini tek taraflı olarak bozabileceği kabul edilmiştir.[1668] Bu sonuca ise özellikle *Diocletianus*'un Cod.4.65.22 numaralı emirnamesi incelendiğinde, *argumentum a contrario* yoluyla varılmaktadır.[1669] Roma hukukundaki bu düzenleme, adeta günümüz hukukunda yer alan olağan fesih hakkına benzemekte olup, dürüstlük kuralından ve hakkın kötüye kullanılması yasağından doğmaktadır.[1670] Zira *bona fides*, hukuktaki en doğurgan kavramlardan bir tanesidir. Alman hukukunda da özellikle hizmet ve ortaklık sözleşmeleri bakımından kabul edilen olağan fesih hakkının, dürüstlük kuralını düzenleyen BGB § 242'den doğduğu kabul edilmektedir.[1671]

[1665]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 233.
[1666]**Mannino, V.:***Brevi Notazioni A Margine dell'Arbitrato Boni Viri*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 425-438, s. 429.
[1667]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 140.
[1668]**Karadeniz Çelebican.** İş İlişkileri s. 155.
[1669]Cod.4.65.22:*"Si hi, contra quos supplicas, facta locatione temporis certi suas tibi locaverint operas, quatenus bona fides patitur, causa cognita competens iudex conventionem servari iubebit."* **Ibid.**
[1670]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 251.
[1671]Bu açıdan, hizmet sözleşmesi bakımından BGB § 620-622 uyarınca düzenlenen olağan fesih hakkı da *bona fides* kuralının *per analogiam* genişletilmesinin örneği olarak görülebilecektir. Görüldüğü üzere, Alman hukuku, *bona fides* ilkesinin uygulanması açısından oldukça geniş bir kapsam yaratmaktadır. Bu noktada BGB'de yer alan genel kurallar *Begriffjurisprudenz* (Kavram İçtihatçılığı) ile *Freirechtsbewegung* (Serbest Hukuk Hareketi) arasındaki çatışmaya bağlanmakta ve bu savaşın modern içtihatçılığı, dolayısıyla da *bona fides* uygulamasını geliştirdiği düşünülmektedir. **Pieck.** Op. Cit. s. 154, **Hüpers.** Op. Cit. s. 356 vd.

Keza, *locatio conductio operarum* da bir iş görme sözleşmesi olduğundan temelinde sadakat olgusu yatmaktadır. Nitekim bu sözleşme, *conductor*'un *locator*'a, işi yapabilirliği ve gücü sebebiyle güvenmesi suretiyle kurulmuştur. Bu nedenle, Roma hukukunda *locator*'un *peritia* (beceri) ve *firmitas* (güç) sahibi olması gerekmiş; aksi hâlde, kendisine bir kusur yükletilemeyecek olsa dahi sorumlu tutulmuştur.[1672] Bu kuralın kaynağı ise, *locator*'un *peritia* ve *firmitas* sahibi olduğu hususunda karşı tarafta uyandırdığı haklı güvendir.

Çağdaş hukuklarda da, iş sözleşmesi kapsamında işçinin borçlarından bir tanesi sadakat borcudur.[1673] Tıpkı eser sözleşmesinde olduğu gibi, işçinin işverene karşı sadakat yükümlülüğü mevcut olup, bunun temelinde, sözleşmenin süreklilik arz etmesi ve tarafların kişisel özelliklerinin önem taşıması yatmaktadır.[1674] Alman hukukunda, bu yükümlülüklerin aslında Cermen hukukunun temelinde yatan paternalist anlayışın bir sonucu olarak ortaya çıktığı düşünülmekte ise[1675] de, aslında işçinin dürüstlük kuralı gereğince ve kendisinden beklenen güven doğrultusunda işverenin çıkarlarını gözetmesi Roma hukukundan günümüze *bona fides*'in bir gereğidir. Keza, Fransız hukukunda da *obligation de la fidélité* ya da *loyauté*'den doğan borcun sınırının dürüstlük kuralı olduğu kabul edilmekte; Buna paralel olarak Türk-İsviçre hukukunda, bu sınırın TMK 2 uyarınca çizilmesi gerektiği kabul savunulmaktadır.[1676] Anglo-Amerikan hukukunda da iş sözleşmesi bakımından, işçi ve işverenin sadakat borcu olduğu kabul edilmekte, bu borç ise dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü ile beraber ele alınmaktadır.[1677] Görüldüğü gibi, Roma

[1672]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 386.
[1673]**Roth.** § 242, No: 354, **Keller.** Privatrecht. s. 436.
[1674]**Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal.** Loc. Cit.
[1675]**Ibid.,** s. 601.
[1676]**Mélin.** Op. Cit. s. 113-114, **Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal.** Loc. Cit
[1677]**Prassl, J.:***Intellectual Property and the Contract of Employment* (ed. Bogg, A. ve Freedland, M.) "The Contract of Employment", Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 582-599, s. 595.

hukukundan gelen *bona fides* ilkesi, güncel hukukta iş sözleşmesi çerçevesinde sadakat yükümlülüğü olarak karşımıza çıkmaktadır.

7. *Stipulatio* Bakımından Bona Fides

Roma hukukunda en eski devirlerden beri kullanılan *stipulatio*, sözlü olarak kurulan ve her zaman *iudicium stricti iuris* doğuran bir sözleşme tipini işaret etmiştir.[1678] Öte yandan *stipulatio*'nun sadece sözlü olarak kurulması yeterli olmamış; aynı zamanda sözleşmenin *"centum mihi dare spondes?"* (bana yüz vermeyi taahhüt ediyor musun?) / *"spondeo"* (ediyorum) gibi belirli bir soru ve soruya uygun kayıtsız şartsız bir cevap içermesi gerekmiştir.[1679] Bu soru ve cevap çağdaş hukuklar bakımından öneri ve kabulün kökeni olarak anlaşılmalıdır.[1680] Öte yandan, post-klasik devirde, Roma hukukunun ilk dönemlerinden beri sıkı şekil şartlarına bağlanmış *stipulatio*'nun *ius gentium*'a girmesi sebebiyle giderek şekle bağlı olma özelliğini kaybedişi, bu sözleşme tipi bakımından da *bona fides* unsuruna verilen ağırlığı artırmıştır.

Stipulatio, her ne kadar bir dar hukuk sözleşmesi olsa da; *fides* olgusu oldukça önem taşımıştır. Nitekim, *stipulatio*'ya *clausula doli* denilen kayıtları eklemek de mümkün olmuş; böylece, borçlu kimi zaman dürüstlük kuralına aykırı davranışlarından da sorumlu olmayı üstlenmiştir. *Clausula doli*, yargıca takdir yetkisi sağlamak adına, borçlunun hileli davranışlarından uzak duracağını taahhüt ettiği özel kayıtları ifade

[1678]Öte yandan, ilk imparatorluk döneminden itibaren, ispat kolaylığı bakımından *stipulatio*'lar yazılı biçimde yapılmaya başlanmıştır. **Honsell.** Op. Cit. s. 34 **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 251 vd, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 96-97, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 208.
[1679]**Honsell.** Op. Cit. s. 116, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 246, **Di Marzo.** Op. Cit. s. 377, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 324, **Burdese.** Op. Cit. s. 510, **Monier.** Tome II. s. 91, **Robaye.** Op. Cit. s. 236, **Brégi.** Op. Cit. s. 140.
[1680]**Eren.** Op. Cit. s. 259, s. 269.

etmektedir.[1681] Keza, *stipulatio*'nun kurulabilmesi için gerekli soru ve cevaplar arasında taahhüt etmenin yanı sıra, şeref üzerine temin etmek ya da vaat etmek de yer almıştır.[1682] Gai.*Ins.*3. 92 uyarınca:

> *"Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, uelut DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIVBES? FIDEIVBEO, FACIES? FACIAM."*
>
> "Sözlü borç ilişkisi, soru ve cevaptan doğar: Örneğin, VERİLECEĞİNİ TAAHHÜT EDİYOR MUSUN? TAAHHÜT EDİYORUM; VERECEK MİSİN? VERECEĞİM; VAADEDİYOR MUSUN? VAADEDİYORUM; ŞEREFİN ÜZERİNE VAADEDİYOR MUSUN? ŞEREFİM ÜZERİNE VAADEDİYORUM; ŞEREFİN ÜZERİNE YEMİN EDİYOR MUSUN? ŞEREFİM ÜZERİNE YEMİN EDİYORUM; YAPACAK MISIN? YAPACAĞIM."[1683]

Stipulatio bahsinde *bona fides*'in önem taşıdığı bir sorun da, şahsen ifa zorunluluğunun mevcut olup olmadığıdır.[1684] Adeta bir *iuris vinculum* yani hukuki bir zincir sayılan borcun doğal sona erme yolu *solutio*, bir diğer deyişle ifadır.[1685] Kural olarak, ifa borçlu tarafından yapılır. Roma sözleşmeler sistemindeki en eski

[1681]**Monier.** Tome II. s. 103**, Brégi.** Op. Cit. s. 141.
[1682]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 57, **Hausmaninger ve Selb.** Loc. Cit., **Gürten, K.:**Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, (Kefalet), s. 32.
[1683]*Ins.*3.15.1'de de aynı duruma ilişkin bir düzenleme getirilmiştir.
[1684]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 225.
[1685]**Honsell.** Op. Cit. s. 81, s. 105.

sözleşme tiplerinden olan *stipulatio*'nun formülünde *"centum mihi dari spondes"* cümlesi "bana 100 vermeyi taahhüt ediyor musun?" anlamına gelirken, buna kayıtsız şartsız ve sözlü olarak verilen *"spondeo"* yanıtı "taahhüt ediyorum" anlamında olup gramatik açıdan birinci tekil şahsa karşılık gelmektedir.[1686]

Öte yandan, bu cümlenin yorumu ise bu edimlerin ifa edileceği şeklinde olup, borcu ifa edecek olanın mutlaka borçlu olması gerekmediği şeklinde yorumlanmaktadır.[1687] Borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati olan hâllerde ise, şahsen ifa zorunlu tutulmuştur.[1688] Bu durumun söz konusu olup olmadığı araştırılırken de, *bona fides* ilkesine başvurulmuş, şahsen ifa *bona fides* uyarınca ancak borçlu tarafından yerine getirilebilecek olan borçlar bakımından zorunlu sayılmıştır. Bu kural sadece *stipulatio* bakımından değil, tüm sözleşmeler açısından *a fortiori* esastır. Nitekim, çağdaş hukuklarda da aynı kural korunmuştur.[1689] Örneğin, TBK 83/I uyarınca "Borcun, bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmadıkça borçlu, borcunu şahsen ifa etmekle yükümlü değildir." Alman ve Fransız hukukunun yanı sıra, İtalyan C.c. Art. 1180 de aynı düzenlemeyi getirmektedir.[1690] İlgili hükümler, kaynağını *stipulatio* bakımından kabul edilen söz konusu Roma hukuku kuralından almaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda da, şahsen ifanın zorunlu olmadığı hâllerde, alacaklının rızasıyla borcun üçüncü bir kişi tarafından ifa edilebileceği kabul edilmekte; alacaklının rızası ise, üçüncü kişi

[1686] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 104.
[1687] **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 88.
[1688] **Eren.** Op. Cit. s. 947.
[1689] **Ibid.,** s. 946.
[1690] **Zumbansen, P.:** *The Law of Contracts* (ed. Reimann, M. ve Zekoll, J.) "Introduction to German Law", The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 179-205, s. 195**, Domini, V.M.:** *Performance*, (ed. Antoniolli, L. ve Veneziano, A.) "Principles of European Contract Law and Italian Law : A Commentary", The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 332-357, s. 334.

tarafından ifanın makul olduğu hâllerde sözleşmenin dürüstlük kuralına göre ifa edilmesini sağlamaktadır.[1691]

Stipulatio'nun Roma hukukundaki en eski uygulama alanlarından birisi, *sponsio* adı verilen ve adeta borçlunun şahsı ile teminat sağlayan kefalet sözleşmesi olmuştur.[1692] Daha sonra ise, *fidepromissio* ve *fideiussio* adı verilen yeni kefalet biçimleri ortaya çıkmıştır.[1693] *Ius gentium*'da doğmuş olan *fidepromissio,* yabancıların şahsi teminat gösterebilmelerine olanak vermiştir.[1694] Bununla beraber *fideiussio* ise, *fidepromissio* ve *sponsio* gibi sadece sözlü sözleşmelerden doğan borçlar için değil, her türlü borç için uygulanabilmiş olup, esnek yapısıyla *bona fides*'in gözetilmesine olanak veren bir kurum olarak cumhuriyet döneminin sonlarında ortaya çıkmıştır.[1695] *Iustinianus* döneminde ise, *fideiussio* kabul edilen tek kefalet şekli olmuştur.[1696]

Fideiussio bakımından *bona fides*'in önem taşıdığı hâllerden bir tanesi, asıl borçlunun borcunun *fideiussor* (kefil)'un kusurundan dolayı imkânsız hale gelmesidir. Bu hâllerde *praetor*, asıl borçluya *fideiussor*'a karşı bir *actio utilis* ya da *actio de dolo* açma imkânı tanımıştır.[1697] Keza, hem *stipulatio*, hem de *stipulatio*'nun uygulamalarından *sponsio*, *fideipromissio* ve *fideiussio*'nun ahlaka aykırı edimler içermemesi gerekmiş; aksi hâlde, bu sözleşmelerin batıl olacakları kabul

[1691]**Anson, W.R.I.:**Principles of the English Law of Contract, Chicago: Callaghan and Company, 1887, s. 810 vd.
[1692]**Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 337, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 214, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 325, **Brégi.** Op. Cit. s. 255, **Monier.** Tome II. s. 21 vd.
[1693]**Koschaker ve Ayiter.** Op Cit. s. 217, **Honsell.** Op. Cit. s. 114, **Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit.** s. 338, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 211, **Burdese.** Op. Cit. s. 645, **Kunkel.** Op. Cit. s. 10.
[1694]**Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 406, **Gürten.** Kefalet. s. 76.
[1695]**Schulz.** Roman Law. s. 499, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Loc. Cit.
[1696]Öte yandan, *fideiussio* tek tarafa borç yükleyen bir dar hukuk sözleşmesi olduğundan, *bona fides*'in gözetilmesi *ex fide bona* kaydı vasıtasıyla yargıcın takdir yetkisi dâhilinde olmamıştır. Bu nedenle, *mandatum creditae pecuniae* (kredi vekâleti), *fideiussio* ile aynı amaca hizmet etmiş olan sinallagmatik bir iyiniyet sözleşmesi olarak kimi hâllerde *fideiussio*'ya tercih edilmiştir. **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 143, **Accarias.** Op. Cit. s. 533, **Brégi.** Op. Cit. s. 258 vd.
[1697]**Schulz.** Roman Law. s. 591, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 501.

edilmiştir.[1698] *Fideiussio* bakımından, *exceptio doli*'nin önemi de büyük olmuştur.[1699] Alacaklının kötü niyetli olması hâlinde, *fideiussor*'a *exceptio doli mali* ileri sürme imkânı tanınmıştır.[1700] Bu konuda *Ulpianus*'a ait D.17.1.29.pr. uyarınca:

> *"Si fideiussor conventus, cum ignoraret non fuisse debitori numeratam pecuniam, solverit ex causa fideiussionis, an mandati iudicio persequi possit id quod solverit, quaeritur. et si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae, videtur dolo versari (dissoluta enim neglegentia prope dolum est): ubi vero ignoravit, nihil est quod ei imputetur. pari ratione et si aliqua exceptio debitori competebat, pacti forte conventi vel cuius alterius rei, et ignarus hanc exceptionem non exercebit, dici oportet mandati ei actionem competere: potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fideiussorem suum, ne forte ignarus solvat indebitum."*

> "Eğer *fideiussor*, paranın borçluya ödenmeyeceğini bilmeyerek sözlü teminatı nedeniyle parayı öderse, vekâlet sözleşmesinden doğan davayla ödemiş olduğu miktarı talep edebilir mi? Eğer bilerek bir aldatma def'i ya da paranın ödenmediğine ilişkin def'i sunmaktan kaçınmışsa, bu hileli davranmış addedilir (zira en basit ihmaller *dolus*'a eşittir); ancak bilmiyorsa, ona karşı ileri sürebileceğimiz hiçbir şey yoktur. Benzer bir düşünce ile, eğer borçlunun bir def'i ileri sürme imkânı varsa; diyelim ki, bir *pactum*

[1698] **Gürten.** Kefalet. s. 96.
[1699] **Cardilli.** Bona Fides. s. 156, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 326, **Kunkel.** Op. Cit. s. 12.
[1700] **Accarias.** Op. Cit. s. 358.

> yapılmış ise ya da başka bir sebepten, ve borçlu bilmeyerek def'iyi ileri sürememişse, bu hâlde vekâlet sözleşmesinden doğan davanın verileceğini söylemek gerekir; zira, ödenmesi gerekmeyenin ödenmemesi adına asıl borçlu sözlü kefilini uyarabilirdi ve uyarmalıydı."

Buna göre, ek bir *stipulatio* ile teminat veren *fideiussor*, asıl borçlu ile sorumlu olmuş ve borcu *ius civile* uyarınca geçerli bir borç sayılmıştır. Her ne kadar alacaklı bu borca karşı dava açabilmiş ise de, bu borcun *exceptio doli* ile etkisiz bırakılma imkânı mevcut olmuştur.[1701] Bu imkân ise özellikle paranın asıl borçlu tarafından ödenmesi hâlinde mükerrer ödemeyi önlemek adına söz konusu olmuştur.[1702] Bu durumda önemli olan ise, *dolus in agendo* (temsilde hile) olup olmadığıdır.[1703]

M.Ö. 2. yüzyılda çıkan *lex Furia de sponsu* uyarınca, *sponsio* ve *fidepromissio* yapılması hâlinde birden fazla kefil söz konusu ise, borcun hayatta olan kefillerin tamamı arasında bölüştürülmesi kuralı *aequitas* ve *fides* gereği kabul edilmiştir.[1704] Bu kural, *fideiussio* hâlinde uygulanamamış olup, *Hadrianus*, çıkardığı bir emirname ile *fideiussor*'lar için de borcun eşit olarak bölünmesini talep etme imtiyazı olan *beneficium divisionis*[1705] ileri sürme olanağını tanımıştır.[1706] Bu emirnamenin önemi, *praetor*'ların *fomula*'yı hazırlarken *fideiussor*'ların borcu ödeme gücü olup

---

[1701]**Cardilli**. Bona Fides. s. 157.
[1702]Buna, *stipulatio indebiti* adı verilmektedir. **Cardilli.** Op. Cit. s. 159.
[1703]**Ibid.**
[1704]**Burdese.** Op. Cit. s. 648, **von Jhering.** Römisches Recht. s. 111.
[1705]Keza, *stipulatio*'dan doğan *actio ex stipulatu* kapsamında, bir başka *bonae fidei beneficium* da cihaz sebebiyle tanınmıştır. **Umur.** Lügat. s. 28, **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 145, **Honsell.** Op. Cit. s. 115, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 339, **Goria, F.:***Bona Fides Ed Actio Ex Stipulatu per la Restituzione Della Dote: Legislazione Giustinianeo Precedenti Classici*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 241-263, s. 246.
[1706]**Gürten.** Kefalet. s. 107.

olmadığını incelemesini ve eğer aciz hâlinde olan bir *fideiussor* varsa borca diğerlerinin katlanmasına hükmetmesini emretmesidir.[1707] Bu durum, hem zayıf durumda olan *fideiussor*'ları korumuş; hem de alacaklıyı avantajlı bir konuma sokmuştur.[1708] *Gaius*'un *Institutiones*'inde yer alan 3.121 numaralı metin uyarınca da, *fideiussio* kurumunun *fides* kavramını içselleştirdiği görülmektedir. Gai.*Ins.*3.121'e göre;

> *"Item sponsor et fidepromissor per legem Furiam biennio liberantur, et quotquot erunt numero eo tempore, quo pecunia peti potest, in tot partes diducetur inter eos obligatio, et singuli in uiriles partes uocabuntur; fideiussores uero perpetuo tenentur, et quotquot erunt numero, singuli in solidum obligantur. itaque liberum est creditori, a quo uelit, solidum petere. sed nunc ex epistula diui Hadriani compellitur creditor a singulis, qui modo soluendo sint, partes petere. eo igitur distat haec epistula a lege Furia, quod si quis ex sponsoribus aut fidepromissoribus soluendo non sit, hoc onus ad ceteros non pertinet, si uero ex fideiussoribus, ad ceteros quoque pertinet."*

> "Keza, *sponsor* ve *fidepromissor*, *Furia* kanunu ile iki sene sonra borçtan kurtulurlar, paranın ödenmesinin istendiği tarihte kaç kişi iseler borç onlar arasında bölüştürülür ve her biri kendi paylarından sorumlu olur; öte yandan, *fideiussor*'lar her zaman sayıları kaç kişi olursa olsun borcun tamamından sorumludurlar. Böylece alacaklı, hangisinden isterse borcun tamamını talep edebilir. Ama halen yüce

[1707] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 131.
[1708] **Gürten.** Kefalet. s. 109.

> *Hadrianus*'un emirnamesine göre, alacaklı, borcu ödeyecek durumda olanlara başvurarak her birinden kendi kısmını isteyebilir. Bu emirname, *Furia* kanunundan şu noktada ayrılır ki; *sponsor* veya *fidepromissor*'lar arasında borcu ödeyemeyecek durumda olanlar varsa, onun borcu diğerlerine yüklenemediği hâlde, *fideiussor'*lardan birinin borcu diğerlerine yüklenir."

Roma hukukunda şahsi teminat kurumu ile ilgili önem taşıyan bir nokta da, *principatus* döneminde kabul edilen ve kadınların üçüncü kişilerin borçlarını üstlenmesini yasaklayan *Senatus Consultum Vellaeanum* olmuştur.[1709] Bu *senatus consultum* ile yasaklanan işlemler *intercessio cumulativa* (kadının asıl borçluyu borcundan kurtarmak için borcu üstlenmesi) ve *intercessio tacita* (kadının doğrudan başkası için borçlanması) yasaklanmıştır.[1710] Öte yandan, bu yasaklar, bağışlama amacıyla yapılan ödemeleri kapsamayıp; kadınların yalnızca ileride geri ödeneceğini varsayarak, sırf yardım ve dostluk sebebiyle yaptığı işlemleri kapsamıştır.[1711] Bir diğer deyişle yasakların amacı, kadınların karşı tarafa duydukları haklı güvenin *bona fides* uyarınca korunması olmuştur.

S.C. Vellaeanum'un hükümleri incelendiğinde, *bona fides*'in büyük oranda gözetildiği; hatta, çoğunlukla kadının korunmasına tercih edilmiş olduğu görülmektedir.[1712] Örneğin, kadınların *exceptio senatus consulti Vellaeani* ile

[1709]M.S. 54-68 yılllarında kabul edilen *S.C. Velleanum fideiussio'*dan bahsetmektedir. Ancak *Iustinianus* döneminde sadece *fideiussio* kabul edildiğinden, bu kavramın içerisinde diğer kefalet şekillerini de barındırdığı düşünülmektedir. **Umur.** Lügat. s. 195, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 217, **Gürten.** Kefalet. s. 123-124.
[1710]**Rado.** Borçlar Hukuku. s. 215.
[1711]**Gürten.** Kefalet. s. 124.
[1712]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 145 vd.

korunabilmesi için hileli hareketlerde bulunmamış olmaları gerekmiştir.[1713] *Ulpianus*'a ait D.16.1.2.3 uyarınca:

> *"Sed ita demum eis subvenit, si non callide sint versatae: hoc enim divus pius et severus rescripserunt. nam deceptis, non decipientibus opitulatur.."*
>
> "Şunu ekleyelim ki, *senatus consultum*, kadınları hile ile hareket etmişlerse korumamıştır. Yüce *Pius* ve *Severus*'un beyannamelerine göre, bu aldatanlara değil; zaaflarından yararlanılanlara yardım eder."

Iustinianus döneminde ise, *fideiussor*'un, alacaklının hakkına halef olacağı ve şahsen teminat altına alıp ödediği borcu borçludan talep edebileceği kabul edilmiş;[1714] bu nedenle alacaklıdan kefile, asıl borçluya karşı sahip olduğu dava haklarını kendisine devretmesini isteme imtiyazı olan ve *bona fides*'e dayandığı kabul edilen *beneficium cedendarum actionum* tanınmıştır.[1715] Öte yandan, alacaklı davaları devretmediği takdirde, dürüstlük kuralına aykırı davrandığı ve hileli bir davranışta bulunduğundan bahisle *fideiussor*'un *exceptio doli* ileri sürme imkânı da olmuştur.[1716] Modern hukukta ise bu imtiyaz, kefilin borcu ödenmesine bağlanmaktadır.[1717] Türk-İsviçre hukukunda da, *bona fides* ve güvenin korunması ilkesinin kefalet sözleşmesi

---

[1713]**Gürten.** Kefalet. s. 128.
[1714]Nov.4.1., **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 147.
[1715]**Umur.** Lügat. s. 28, **Kaser, Knütel ve Lohsse.** Op. Cit. s. 341, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 294, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 40, **Ankum, H.:***Il Beneficium Cedendarum Actionum del Mandante di Credito Un Beneficio Basato sulla Buona Fede nel Diritto Romano Classico*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 173-189, s. 177.
[1716]**Gürten.** Loc. Cit.
[1717]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 148.

bakımından önemle gözetildiği görülmektedir. TBK 596 uyarınca "Kefil, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olur. Kefil, bu hakları asıl borç muaccel olunca kullanabilir."

Buna benzer olarak, Cod.8.40.28 ile *fideiussior*'a, doğrudan kendisine başvuran alacaklıya karşı bir def'i ileri sürerek önce asıl borçluya başvurmasını talep etme imtiyazı olan *beneficium excussionis vel ordinis* de tanınmıştır.[1718] Öğretide bu imtiyazın iş hayatında uyulan dürüstlük kuralına dayandığı ve bu nedenle tanındığı savunulmaktadır.[1719] Çağdaş hukuklarca da benimsenen bu kural, Türk-İsviçre hukukunda adi kefalet bakımından geçerlidir.[1720] TBK 585 uyarınca, adi kefalette alacaklı, borçluya başvuramadıkça kural olarak kefili takip edemeyecek olup, bu def'iye tartışma ya da peşin dava def'i adı verilmektedir.[1721]

B. İfa Aşamasında *Bona Fides*'in Günümüz Hukuk Düzenlerinde Genel Bir Yükümlülük Olarak Benimsenmesi Süreci

Roma hukukunda, münferit sözleşme ve dava tipleri bakımından uygulanan *bona fides* kuralı, daha sonra dereceli olarak modern hukuk sistemlerince benimsenmiştir. Kıt'a Avrupası hukuku *bona fides*'i sözleşmelerin ifası aşamasında çok geniş bir yaklaşım ile uygulamaktadır. *Bona fides* ilkesi, tarafların borçlarını nasıl ifa etmeleri gerektiği bakımından yetki alanlarını belirlemektedir. Öte yandan, tıpkı Roma hukukunda *exceptio doli*'nin uygulama alanında olduğu gibi, ifa aşamasında pek çok

[1718] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 129, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 215, **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 293.
[1719] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 130.
[1720] **Yavuz.** Op. Cit. s. 762.
[1721] Tarafların, kefaletin müteselsil olduğunu açıkça kararlaştırmamış olmaları hâlinde, adi kefalet sözleşmesinin varlığı kabul edilmektedir. Öte yandan, diğer kefalet çeşitleri, müteselsil kefalet; birlikte kefalet; kefile kefalet ve rücua kefalettir. İsviçre OR 585'te ise açığa kefalet adı verilen bir başka tür daha düzenlenmektedir. **Yavuz.** Loc. Cit.

kez *bona fides*'e uyma yükümlülüğü ile hakkın kötüye kullanılması yasağı kesişmektedir.[1722]

İfa *(solutio),* borcu sona erdiren hâller arasında, doğal olarak en arzulananıdır.[1723] Roma hukukunun etkisiyle pek çok Kıt'a Avrupası ülkesinin kanunlarında, sözleşmelerin ifası bakımından *bona fides* açıkça düzenlenmiş ve ifanın dürüstlük kuralına göre yapılması gereği kaleme alınmıştır. Alman özel hukuku, Fransız özel hukuku ile birlikte Dünya hukuklarını en çok etkileyen kurallar bütünü olarak değerlendirilmektedir.[1724] Alman Medeni Kanunu BGB §242 uyarınca *"Leistung nach Treu und Glauben"* (dürüstlük kuralına uygun ifa) kuralı, "borçlu, edimini, işlem hayatı dikkate alınarak, dürüstlük kuralının gerektirdiği gibi ifa etmelidir" biçiminde[1725] ifade bulmaktadır.[1726] İlgili hüküm, tüm borç ilişkileri bakımından ifa aşamasında uygulama alanı bulmaktadır.[1727] "İşlem hayatı" deyişi ise genel teamül kurallarını kapsamaktadır.[1728] Kökeni *exceptio doli* olan BGB § 242 kuralı, kimi zaman dar yorumlanmakta ve bu kuralın, sadece ifayı kapsadığı düşünülmektedir. Nitekim, Alman hukukunda dürüstlük kuralı, Türk-İsviçre hukukundakinin aksine

[1722]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 35.
[1723]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 308.
[1724]Öte yandan, tüm değerlendirmeler bakımından olduğu gibi, Almanya durumu da incelenirken tarihi ve siyasi yapının beraberce ele alınması ve bu yapının kurallar ile ilişkilendirilmesi faydalı olacaktır. Günümüzde, Almanya'da 1930-1940'lı yıllarda rastlanılabilen ideolojiler bulunmamakta, Alman kanun koyucusu özellikle insan onuru ile özgürlüklerini son derece önemsemektedir. Alman GG, sadece kişileri devletin eylemlerine karşı koruyan değil, aynı zamanda temel değerler içeren bu hukuk sistemini ifade eden bir haklar bildirgesi olarak görülmektedir. Tüm Alman özel hukuk sisteminin ise bu genel hükümler ışığında ve Art. 20-28 GG uyarınca sosyal devlet ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. *Bona fides* de Alman hukuku bakımından bu değerler arasında yer almaktadır. **Roth.** Op. Cit. § 242, No:54, **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 22.
[1725]**BGB§ 242 :"***der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."*
[1726]**Akyol.** Op. Cit. s. 4.
[1727]**Roth.** Op. Cit. § 242, No: 8.
[1728]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 19.

genel hükümler arasında tek bir madde olarak değil, konu bazında parçalı olarak düzenlenmiştir.[1729]

BGB § 242, Alman hukukuna ilk olarak TMK 1 kuralını karşılayacak şekilde boşluk doldurma amaçlı girmiş, Saksonya ve Bavarya krallıklarının medeni kanunlarında düzenlendikten sonra, 1895 yılında BGB'ye alınmıştır.[1730] *Treu und Glauben* kuralı, borçlar hukukuna ilişkin ikinci kısmında bulunmakta ve kanun lafzi olarak yorumlandığında, yalnızca sözleşmelerin ifası bahsinde önem taşımaktadır.[1731] Öte yandan, son gelişmelerle, bu hükmün adeta bir genel hüküm mertebesine yükseldiği ve bu açıdan çok çeşitli hukuki ilişkilere uygulanmaya başlandığı da belirtilmektedir.[1732] Nitekim, bir görüşe göre de BGB § 242, *Baldus* tarafından daha açık bir anlam kazandırılan Aristotelyen bir anlayışı yansıtmakta ve tıpkı *ius commune* hukukçularının şematize ettiği üzere, sözü tutmak; isteyerek karşı tarafı yanıltmamak; sözleşmenin içeriğine zımnen dâhil olan yükümlülüklere saygı duymak gibi unsurları bünyesinde barındırmaktadır.[1733] Bir diğer deyişle, aldatmadan kaçınma; zayıf tarafın korunması; rekabet yasağı gibi kurallar da bu hükmün somutlaştırma işlevinden ileri gelmektedir.[1734] Keza, BGB § 242'nin çeşitli özel

[1729]Bunlara örnek olarak, kanuna aykırı sözleşmelerin geçersizliğini düzenleyen § 134 ya da birlikte kusuru düzenleyen § 254 kuralları verilmektedir. Öte yandan, Türk-İsviçre hukukunda da, ifa aşamasında dürüstlük kuralının gözetilmesi yükümlülüğünün münferit olarak başka hükümlerde de düzenlendiği görülmektedir. Bununla beraber, pek çok husus bakımından ifa modaliteleri TMK 2 esas alınarak belirlenmektedir. Örneğin, kısmi ifanın reddi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederse kısmi ifayı kabul zorunluluğu mevcut olmaktadır. Edimin önemli ve büyük bir kısmının ifa edilmesi ve geriye önemsiz sayılabilecek bir kısmının kalması halinde bu durum söz konusu olacaktır. Burada bahsi geçen önemli olup olmamanın tespitinde ise, yine *bona fides*'ten yararlanılmaktadır. **Roth.** Op. Cit. § 242, No:78-79, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 362 vd, **Eren.** Op. Cit. s. 945.

[1730]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 14, 21, 38.

[1731]**Gordley.** Medieval Law. s. 116, **Cardilli.** Bona Fides. s. 123.

[1732]**Larenz.** Schuldrechts. s. 131.

[1733]**Gordley**. Op. Cit. s. 117.

[1734]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 181, **Benacchio, G.A.:***La Buona Fede Nel Diritto Comunitario*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 189-200, s. 199.

işlevlerinin varlığı da öğretide kabul edilmekte olup, bu kural adeta TMK 1 uyarınca olduğu gibi hukuk yaratırken ve boşluk doldururken hâkime yol gösterici bir görev üstlenmektedir.[1735]

Bu hususta önem taşıyan bir nokta da, hükmün ifadesinin tek yönlü oluşudur. BGB § 242 metni sadece borçlu açısından düzenleme yapmakta ve yalnızca borcun nasıl ifa edileceği sorunuyla ilgilenmektedir. Öte yandan, bu durum öğretide eleştiriye uğramaktadır. Zira, dürüstlük kuralı sadece borçluyu sınırlandırmamakta; alacaklı da, haklarını kullanırken borçlunun menfaatlerini gözetmek ve dürüstlük kuralına uymakla yükümlü bulunmaktadır.[1736] Bu açıdan, Türk-İsviçre hukuku düzenlemesi daha isabetlidir. Mehaz medeni kanunumuz olan ZGB de, yine TMK gibi 2. maddesinin ilk fıkrasında herkese haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu maddenin büyük olasılıkla BGB § 242 hükmünden etkilenmiş olduğu savunulmaktadır.[1737]

Avusturya Medeni Kanunu ABGB ise, BGB'ye göre daha eski tarihli olup, bünyesinde sözleşmelerin ifasına ilişkin BGB § 242 benzeri bir hüküm barındırmamakta ve içeriğinde *Treu und Glauben* kavramından bahsedilmemektedir.[1738] Öte yandan, sözleşmelerin yorumunda dürüstlük kuralına uyulması gerektirdiğini düzenleyen ABGB § 914'ün, sözleşmelerin ifası için de kullanılacağı Kıt'a Avrupası öğretisinde kabul edilmektedir.[1739] Bunun nedeni, ABGB'nin arkasındaki isimler arasında yer alan Franz Von Zeiller'in Roma

[1735]**Roth.** § 242, No: 44.
[1736]**Barlas.** Op. Cit. s. 200.
[1737]**Gmür, R.:**Das Schweizerische Zivilgesetzbuch Verglichen mit Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern: 1965, s. 50.
[1738]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1173 **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 50.
[1739]**Akyol.** Op. Cit. s. 5.

hukukunda yer alan hakkaniyet kavramına olan düşkünlüğüdür. Avusturya Yüksek Mahkemesi de, her ne kadar hükümde açıkça adı geçmese de, § 914 kuralını *Treu und Glauben* kavramının Avusturya hukukundaki hukuki dayanağı olarak kabul etmiştir. Bu nedenle ABGB uyarınca da genel bir *bona fides* ilkesinin Alman etkisi sebebiyle içselleştirildiği söylenebilmektedir.[1740]

İtalyan hukukunda ise sözleşmelerin ifası aşamasında uyulması gereken ilkelerden bir tanesinin *bona fides* olduğu açıkça düzenlenmektedir. Oldukça kısa kaleme alınan C.c. 1375 uyarınca, sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun olarak ifa edilmesi gerekmektedir.[1741] İtalyan öğretisi, ilk dönemlerde, Alman öğretisinin aksine *bona fides*'i genel bir kloz olarak görme eğilimi göstermemiştir. Öte yandan, yeni dönem İtalyan pratiği de *bona fides*'in genel bir norm olarak uygulanma sıklığını artırmıştır.[1742] Keza, C.c. Art. 1175 de, alacaklı ve borçlunun hakkaniyet ve eşitlik kurallarına göre hareket etmesi gerektiğini düzenlemekte olup, bu maddenin *bona fides* yükümlülüğünün en genel yansıması olduğu belirilmektedir.[1743] Yine, İspanyol Código Civil (C.C.), 7. Maddesi, hakların *buena fe* yani *bona fides*'e göre kullanılması gerektiğini açıkça hükme bağlamakta ve hakkın kötüye kullanılması yasağı ile *bona fides* kuralını aynı hükümde toplamaktadır.

Sözleşmelerin ifası açısından, Alman yaklaşımını yansıtan bir başka ülke hukuku da Yunan hukukudur. 1940 tarihli Yunan Medeni Kanunu *(αστικός κώδικας)*'nun 288. Maddesi, BGB § 242 kuralının tercümesi olup, kanunda da sistematik olarak aynı

[1740]**Whittaker ve Zimmermann.** Loc. Cit.
[1741]**Art. 1375 C.c.:***"Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*."
[1742]**Gallo, P.:***Buona Fede Oggettiva E Trasformazioni del Contratto*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 154-189, (Buona Fede), s. 159.
[1743]**Whittaker ve Zimmermann**. Op. Cit. s. 53.

yerde bulunmaktadır. Öte yandan, Yunan *bona fides* yaklaşımı Eski Yunan hukukunda yer alan *pistis* kavramını da barındırmakta ve *bona fides*'i daha geniş olarak ele almaktadır. Roma hukukunda önemli yer tutan ve özellikle sözleşmeleri etkileyen yemin etme olgusu, çoğunlukla Antik Yunan'dan gelen köklere sahiptir.[1744] Bu anlamda Roma'daki *fides* kavramına paralel olan *pistis* kavramı, Roma hukukuna ve dolayısıyla çağdaş hukuklardaki *bona fides* kavramına çok önceden nüfuz etmiştir. Bununla beraber, kavram Yunan hukukunda, tarihsel sebeplerle daha sıkı ele alınmaktadır.

Alman hukuk ailesinin yanı sıra, dünyada en çok etki yaratan hukuk ailelerinden bir tanesine öncülük eden Fransız Medeni Kanunu *Code Civil*, özellikle Fransız doğal hukukçu Romanistler olan *Domat* ve *Pothier*'nin etkisi altında kalmıştır. *Domat*'ya göre doğal hukuk ve Fransız adetleri uyarınca tüm sözleşmeler *bona fidei* yani iyiniyet sözleşmesidir. Zira, dürüstlük ve sadakat ilkelerinin, hakkaniyetin gerektirdiği ölçüde tüm sözleşmelerde gözetilmesi gerekmektedir.[1745] C.Civ. Art. 1134 III uyarınca,[1746] sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun olarak ifa edilmesi gerektiği düzenlenmektedir.[1747] Öğretide bir görüş, C.Civ. Art. 1134 hükmünün fazlaca cömert bir kullanıma sebep olduğu ve hâkimlerin irade özerkliğine daha az önem verip, sözleşmeler bakımından adalete ve ahlaka uygunluk kontrolü yapmalarına başlamalarına yol açtığını savunmaktadır.[1748] Bununla beraber, bazı yazarlar bu kuralın sadece teknik bir hüküm olduğunu, maddi bir önem taşımadığını belirtmektedirler. Bu yazarlara göre, kanunun, mahkemelere tarafların yaptıkları

[1744]**Bederman, D. J.:**International Law in Antiquity, Cambridge: Cambridge University Press, 2001, s. 72.
[1745]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 32.
[1746]**C.Civ. Art. 1134 III :** *"Les conventions doivent être exécutées de bonne foi."*
[1747]**Villey.** Droit Romain. s. 118.
[1748]**Bénabent.** Op. Cit. s. 214, Öte yandan, metafizik açısından determinist okul, irade özgürlüğü ifadesini reddetmektedir. **Hirsch.** Op. Cit. s. 72, **Aral.** Op. Cit. s. 119 vd.

anlaşmayı örf-adete veya hakkaniyete dayanan gerekli yükümlülükler ile destekleyebilme imkânını veren 1135. maddesi ise, maddi bir önem taşımaktadır.[1749] C. Civ. Art. 1134, elbette kanundaki diğer hükümlerin uygulamaları ile somutlaşmaktadır. Öte yandan, bu durum, Art. 1134'ün maddi öneminin az olduğunu göstermemektedir. Keza, sözleşmeler bakımından adalete uygunluk denetimi yapılması tehlikesi, bu hükmün getirdiği geniş takdir yetkisinin içeriğine dâhil olmakla beraber; risk-fayda ekseninde ele alındığında, hükmün değeri daha iyi anlaşılmaktadır.

Fransız C.Civ., tarihsel olarak münferit medeni kanunlar üzerinde en çok etkiye sahip olmuş olan kanundur. Belçika hukuku da Fransız hukukundan büyük ölçüde etkilenmiştir. Bununla beraber, Belçika mahkemeleri, sözleşmelerin ifası bahsinde *bona fides* ilkesini Fransız C. Civ. Art. 1134'e nazaran çok geniş bir biçimde uygulamaktadır. Bu durumun sebebi ise Belçika hukukunda mevcut olan Alman etkisidir.[1750] Hollanda Medeni Kanunu *Burgerlijk Wetboek* ise, önceden Fransız etkisinde kalmış olup, kodun 1374. maddesi de Fransız C. Civ. Art. 1134'e dayalı bir *bona fides* hükmü taşımış, ancak Fransız modelinde olduğu gibi, pratikte büyük bir önem arz etmemiştir. Buna karşın, I. Dünya Savaşı sonrasında hukukçuların ve buna paralel olarak mahkemelerin fikirlerinin değişmesiyle, Hollanda hukukunda Art. 1374, pratik olarak en önemli hükümlerden birisi hâline gelmiş ve uygulaması Alman BGB § 242 ile yarışır biçimde olmuştur.[1751] Bu madde uyarınca da, sözleşmelerin *bona fides*'e uygun olarak ifa edilmesi gerekmektedir. 1992 tarihli yeni *Burgerlijk Wetboek* (NWB) Art. 6:2 de, borçlu ve alacaklının birbirine *bona fides*'in

[1749]**Flour, J., Aubert, J.L., Savaux, E.:**Les Obligations: L'acte Juridique, Armand Colin, Paris: 2004, s. 289 vd.
[1750]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. 52.
[1751]**Ibid.,** s. 54.

gereklerine uygun davranma yükümlülüklerini düzenlemektedir.[1752] Öte yandan, her ne kadar kimi zaman, dürüstlük kuralı olarak tercüme edilse de, bu maddede *bona fides* yerine kullanılan terim, *redelijkheid en billijkheid*'dır. Bu terim, kimi kaynaklarda ise hakkaniyet olarak karşımıza çıkmaktadır. *Redelijkheid en billijkheid* kavramının, hakkaniyet ile *bona fides* yani dürüstlük kuralı kavramlarının birleşmesinden oluşan; ayrıca, içerisinde hukukun genel kabul görmüş ilkelerini de barındıran üst bir kavram olduğu düşünülmektedir. Yeni Hollanda Medeni Kanunu'nun amacı ise, soyut ve muğlak *bona fides* standardını, hakkaniyet ve hukukun genel ilkeleri ile beraber somutlaştırmaktır.[1753]

Spesifik bir hukuk ailesi teşkil eden Nordik ülkeler de, sözleşmeler hukuku bakımından *bona fides*'e oldukça önem vermektedir. Her ne kadar medeni kanunlarında yer almasa da, Danimarka; Norveç; İzlanda; İsveç ve Finlandiya gibi ülkelerce kabul edilen *Restatement of Nordic Contract Law*'da karşılıklı sadakat ve dürüstlük yükümlülüğü düzenlenmektedir.[1754] Bu ülkeler arasında özellikle Norveç hukukunda, *bona fides*, sözleşmeler hukukunun temeli olarak görülmekte iken; diğer ülkeler bakımından ise *bona fides*'in daha ziyade destekleyici bir fonksiyona sahip olduğu kabul edilmektedir. Yine de hukukçular, Nordik ülkelerin tümü bakımından genel bir sadakat yükümlülüğü olduğu konusunda hemfikirlerdir. [1755]

Romanist *bona fides* kavramı, sadece Kıt'a Avrupası'nda değil, Anglo-Amerikan hukukunda da, sözleşmelerin ifası bahsinde önem taşımaktadır. İngiliz sözleşmeler

[1752]**Vogenauer, S.**:*General Principles of Contract Law in Transnational Instruments*, (ed. Vogenauer, S. ve Gullifer, Z), "English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale", Oxford: Hart Publishing, 2014, s. 291-319, (General Principles), s. 298.
[1753]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 54.
[1754]**Lando, O., Holle, L.M., Håstad, T.:**Restatement of Nordic Contract Law, Copenhagen: Djøf Publishing, 2016.
[1755]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 56.

hukukunda, *bona fides* ilkesi, esasında ifa aşamasında genel bir yükümlülük olarak düzenlenmemiştir. Bu açıdan, tarafların sözleşmeyi ihlal etmedikleri müddetçe istedikleri gibi davranabilecekleri de öğretide kimi zaman kabul edilmektedir.[1756] Bununla beraber, 1979 yılında kabul edilmiş olan SGA uyarınca, satım sözleşmesi bakımından *bona fides*'in öneminin altı çizilmiş olup,[1757] yasanın 2. maddesinde[1758] bu kavram, dürüstlük olarak tanımlanmıştır.[1759] Öte yandan, İngiliz hukukunda sözleşmenin bilerek ve istenerek ihlal edilip edilmediği de özellikle büyük ölçekli ticari hukuki işlemler bakımından önem taşımaktadır.[1760] *Burton*'a göre, kötüniyetle ya da dürüstlük kuralına aykırı yapılan ifa; ifaya yetkili tarafın, ifanın gerektirdiği maliyeti karşılamayı reddetmesi hâlinde ortaya çıkmaktadır. Buna karşın, dürüstlük kuralına uygun ifa ise, tarafın yetkisinin, tarafların, sözleşmenin kurulma anındaki makul düşüncelerine uygun olan herhangi bir amaç uğruna kullanılmasını ifade etmektedir.[1761] Taraflardan birisinin, sözleşmeye taraf olmanın maliyeti kapsamında vazgeçilmiş bir fırsatı söz konusudur. Bu, hukuk ve ekonomi kuramı kapsamında adeta hukuki bir fırsat maliyetini ifade etmektedir. İşte sözleşmede dürüstlük kuralına aykırı taraf bu vazgeçmiş olduğu fırsatı tekrar yakalamak için yetki kullanmaktadır.[1762] Bir fırsatın vazgeçilmiş olup olmadığının tespiti ise, karşı tarafın makul beklentilerine göre yapılmaktadır. Karşı tarafın makul beklentileri, sübjektif olan bu problemi objektifleştirmektedir. Bu nedenle *bona fides*'in ifa aşamasında da gözetildiği durumlar İngiliz hukukunda dahi ortaya çıkabilmektedir. Keza, dürüstlük,

[1756] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit s. 46.
[1757] **Bridge, M.G.:**The Sale of Goods, Oxford: Oxford University Press, 2014, s. 468.
[1758] **SGA 2:***"A thing is done in good faith within the meaning of this Act when it is in fact done honestly, whether done negligently or not."*
[1759] Burada dikkati çeken nokta, yasanın pek çok hükmünde dürüstlük kuralı yerine, TMK 3 anlamında iyiniyetin aranmasıdır. Öte yandan, yasanın tüm hükümleri için *bona fides*'in dürüstlük olarak anlaşılacağı 2. maddede belirtilmektedir. Bu ise, gerek objektif, gerekse sübjektif *bona fides*'in aslında aynı özden geldiğini ve dürüstlüğe dayandığını gözler önüne sermektedir.
[1760] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit.s. 41.
[1761] **Burton, S.:***Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith,* Harvard Law Review, 1980, C. 94, S. 2, Yıl: 1980, s. 369-404, s. 373.
[1762] **Ibid.,** s. 369 vd.

asgari bir davranış standartı olup, İngiliz hukukunda da önemli bir rol oynamaktadır.[1763] *Bona fides*'e dayalı ve *bona fides* kuralının doğuracağı sonuçlarla aynı sonuçları doğuran pek çok farklı kurum İngiliz hukukunda benimsenmiştir. Farklılığın sebebi, Kıt'a Avrupası'nda soyut tümden gelim metodu uygulanırken; İngiliz hukukunda, tümevarım metodunun uygulanmasıdır.[1764] Öte yandan, Roma hukuku ile İngiliz hukuku tümevarım yöntemini izlemeleri açısından da benzeşmektedirler.[1765]

Amerikan hukukunda ise durum farklıdır. 1960'larda yürürlüğe giren ve sözleşmeler hukukunun sosyalleştirilmesi amacını güden UCC'nin genel hükümlerine bakıldığında, 1-304. maddenin taraflara, genel bir *bona fides* yükümlülüğü yüklediği görülmektedir.[1766] Buna göre, Kanun kapsamına giren her sözleşme; görev ya da yükümlülük bakımından, *bona fides*'e uyma zorunluluğu öngörülmektedir. Buna örnek olarak, özellikle önemsiz sözleşmeye aykırılık hâllerinde *(trivial breach)* ifanın reddinin ya da sözleşmenin sona erdirilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği verilmektedir.[1767] Bu hâlde, Kıt'a Avrupası hukuku anlamında ise hakkın kötüye kullanılması söz konusu olacaktır.[1768] Amerikan hukukunda, *Restatement (2nd) of Contracts* içerisinde yer alan § 205. paragraf da,[1769] her sözleşmenin ifası ve uygulanması bakımından, taraflara *bona fides*'e uyma ve "dürüst iş yapma" yükümlülüğü yüklemektedir.[1770] Bu açıdan, altını çizmek gerekir

[1763]**Schäfer ve Aksoy.** Op. Cit. s. 77.
[1764]**Ibid.**
[1765]**Del Mar, M.:**Legal Theory and the Legal Academy, Vol. 3., London: Routledge, 2017, s. 327.
[1766]**UCC 1-304:***"Every contract or duty within the Uniform Commercial Code imposes an obligation of good faith in its performance and enforcement."* **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1221.
[1767]Bkz. Printing Center of Texas Inc. v. Supermind Publishing Co, 669 S.W. 2d 779, 784 (Texas App. 1984)
[1768]**Flechtner.** Op. Cit. s. 314.
[1769]**Restatement (2nd) of Contracts § 205:***"Every contract imposes upon each party a duty of good faith and fair dealing in its performance and its enforcement."*
[1770]**Zimmermann ve Whittaker.** Op. Cit.s. 119.

ki; *bona fides*'in ihlali bağımsız bir dava sebebi teşkil etmemekte, sadece sözleşmeye aykırılığa sebep olmaktadır.[1771] Yine de, pratik olarak sözleşmeye aykırılık, belirli şartların varlığı hâlinde bir hak ya da yetkinin kullanılmamasını sağlayacak bir çare sunduğundan, aynı sonuca ulaşılmasını kolaylaştıracaktır.

İfa aşamasında uyulması gereken genel bir *bona fides* yükümlülüğü, Romanist temellere dayanan *lex mercatoria* araçlarında da öngörülmektedir. UNIDROIT İlkeleri'nin 1.7. maddesi, taraflara *bona fides*'e uygun hareket etmeleri hususunda olumlu bir yükümlülük getirmektedir.[1772] Buna göre, "(1) Taraflardan her biri uluslar arası ticarette dürüstlük kuralına uygun hareket etme ve dürüst iş yapma yükümlülüğündedir. (2) Taraflar bu yükümlülüğü ortadan kaldıramaz ya da sınırlayamazlar." Bu ilke gereğince, taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında ve sözleşme ilişkisi devam ettiği müddetçe *bona fides* yani dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar.[1773] Bir görüşe göre, 1.7 numaralı ilke *bona fides*'e sadece Kıt'a Avrupası hukuk anlayışına göre anlam vermektedir.[1774] Öte yandan, her ne kadar, genel olarak sözleşme görüşmelerinden sözleşmenin sona ermesi sonrasına dek esnetilen seviyede bir *bona fides* yükümlülüğü öngörmese dahi, *common law* da aynı değerleri barındıran bir dürüstlük kuralı içermektedir. Bu durum ise, özellikle ifa aşamasında somut olarak gözlemlenebilmektedir. UNIDROIT ilkeleri, hukukun uyumlaştırılması amacını taşıdığından, Kıt'a Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukukunu, Romanist *bona fides* ortak paydasında buluşturmaktadır.

[1771]Bkz. Perm. Ed. Bd., Commentary no. 10, 1-203 (Feb. 10, 1994).

[1772]**UNIDROIT 1.7:***"(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty."*

[1773]Her ne kadar *Oğuz*, burada *bona fides* ilkesini "iyiniyet ilkesi" olarak ele almış olsa da, kanımızca "good faith" ifadesi asıl olarak objektif iyiniyet, yani dürüstlük kuralını ifade etmektedir. Öte yandan, TMK 3 anlamında sübjektif iyiniyet de çoğu hâlde önem taşıyacağından, ikisini de kapsayan *bona fides* terimi en doğru seçim olacaktır. **Oğuz**. Unidroit. s. 11.

[1774]**Werro, F. ve Belser, E.M.:***Switzerland*, (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 331-378, s. 357.

CISG ve UNIDROIT ilkeleri gibi, PECL de eski 1.106, yeni 1.201 numaralı *"Good Faith and Fair Dealing"* başlıklı madde[1775] ile, *bona fides*'e uygun ifayı düzenlemektedir. Buna göre, "(1) Taraflardan her biri dürüstlük kuralı ve dürüst iş yapma prensiplerine uygun hareket etmek zorundadır. (2) Taraflar bu yükümlülükten muaf tutulamaz ya da bu yükümlülüğü sınırlayamazlar." PECL 1.201'in resmi yorumlarında, dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" kavramlarının ticari işlemlerde adalet, makullük ve nezaketi sağlamaya yönelik olduğunun altı çizilmektedir. Gerek Anglo-Amerikan hukuku, gerekse Kıt'a Avrupası hukuk sistemini benimseyen ülke hukukları incelendiğinde, özellikle uygulama bakımından sözleşmelerin ifasında dürüstlük kuralının, eşyanın doğası gereği gözetildiği anlaşılmaktadır. Keza, *lex mercatoria* araçlarında da bu dürüstlük kuralına uygun ifanın düzenleniş sebebi, küresel uygulamada birliğin sağlanmasının mümkün oluşudur. Bu durum ise, *bona fides*'in yorumlayıcı; tamamlayıcı ve düzeltici işlevine dâhil olan pek çok farklı hukuki kurum ile somutlaşmaktadır. Roma hukukundan günümüze gelen *bona fides* ilkesi, bu işlevleriyle farklı hukuk sistemlerini ortak bir noktada buluşturmaktadır.

III. Sözleşme Sona Erdikten Sonra *Bona Fides*

Roma hukukunda *bona fides*, sadece ifa aşamasında değil, sözleşmeler sona erdikten sonra da önem taşımıştır. Nitekim, *bona fides*, sözleşmenin sona ermesinden sonra da bir takım yükümlülüklerin devamını gerektirmektedir. Bu duruma münferit olarak, *Corpus Iuris Civilis* metinlerde rastlanılmış; sözleşme sona erdikten sonra *bona fides*'in en yaygın biçimde uygulandığı alan ise, rekabet yasağı olmuştur. *Digesta*'da

[1775] **PECL 1.201:** *"(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing. (2) The parties may not exclude or limit this duty."*

yer alan, *Ulpianus*'a ait, deniz kenarında bulunan *"Geronianus"* adlı arazinin satımına ilişkin olan bir metin olan D. 8.4.13.pr. uyarınca:

> *"Venditor fundi geroniani fundo botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur."*
>
> "*Geronianus* arazisini satan kişi, sözleşmeye elinde tuttuğu *Botrianus* arazisine ilişkin olarak bir hüküm koymuş ise, bu hâlde burada artık ton balığı avlanamaz. Doğası gereği herkese açık olduğundan, özel bir anlaşma ile deniz üzerinde irtifak da kurulamaz. Öte yandan, sözleşmesel *bona fides* satım sözleşmesinin hükümlerinin yerine getirilmesini gerektirir; zilyetlik sahibi kimseler ya da bunların hukuki durumuna halef olanlar, satım sözleşmesi ya da *stipulatio* ile bağlıdırlar."

Olaya göre, satıcı, aynı zamanda *"Botrianus"* adı verilen bitişik arazinin de zilyetidir. Taraflar ise, sözleşmelerine, *"Botrianus"* arazisinde ton balığı avlanmayacağına dair kayıt koymuşlardır. Öğretide bir görüşe göre, satım sözleşmesi sadece araziye ilişkin değil, aynı zamanda orada bulunan bir ton balığı çiftliğine ilişkin olup, bu kayıt, tarafların, sözleşme sonrasında rekabet etmeme

yükümlülüklerini güvence altına almıştır.[1776] Bu durumda ise, sözleşme ifa edildikten sonra, taraflar arasındaki rekabet yasağının derecesi ve hangi ölçüde uygulanacağı *bona fides*'e göre belirlenecektir. *Natura omnibus patet* (doğa herkese açıktır) ilkesi gereğince, denizler üzerinde irtifak kurulamayan Roma hukukunda, *bona fides*, sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesini gerektirmiştir. Olayda yer alan sözleşme ise, sadece taraflar arasında değil, üçüncü kişilerle de bir hukuki bağ kurmuştur. Nitekim, rekabet yasağı, balıkçılık endüstrisini etkileyerek, üçüncü kişiler tarafından da sonuç doğurmaktadır.[1777] Roma hukukunda, *bona fides*'in, amaçlanan pratik sonuç olan rekabet yasağını doğurmaya yeterli olduğu görülmektedir.

Çağdaş hukukta da, sözleşmenin sona ermesinden sonra sadakat yükümlülükleri devam etmektedir.[1778] Alman hukukunda, bu yükümlülükler, *Nachwirkende Treuepflichten* (sözleşme sona erdikten sonra devam eden sadakat yükümlülükleri) olarak adlandırılmakta ve özellikle iş sözleşmesi bakımından büyük önem taşımaktadır.[1779] İsviçre hukukunda, *Nachwirkende Vertragspflichten* (sözleşme sona erdikten sonra devam eden yükümlülükler) olarak anılan bu kavram, bir sözleşme sona erdikten sonra tarafların devam eden bir takım borçlarına işaret etmektedir.[1780] Sözleşme sona erdikten sonra tarafların devam eden yükümlülüklerinin temeli, ilk olarak irade özerkliği vasıtasıyla sözleşme olarabilir.[1781] Nitekim, taraflar böylesi yükümlülüklerin devam edeceğine dair anlaşmış olabilmektediler. Bu hâlde, taraflarca üzerinde anlaşılmış sözleşme sonrası yükümlülük, sözleşmenin esaslı

[1776]**Wacke, A.:***Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln im Antiken und Modernen Recht*, ZSS, C. 99, S. 1, Yıl: 1982, s. 188-215, s. 213.
[1777]**Dajczak, W.:***L'uso Della Locuzione "bona fides" nei Giuristi Romani Classici per la Valutazione del Valore Vincolante Degli Accordi Contrattuali*, Revue Internationale des Droits Antiqué, S. 44, Yıl: 1997, s. 71-84, (Bona Fides), s. 82.
[1778]**Oğuzman ve Öz**. s. 38.
[1779]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 788, **Karabağ Bulut, N.:**Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2009, s. 68.
[1780]**Middendorf, P.:**Nachwirkende Vertragspflichten, Freiburg: Universitatsverlag, 2002, s. 5.
[1781]**Ibid.**

noktası hâline gelmektedir. Örneğin, bir kimsenin, işletmesini devretmesi sonrasında aynı yerde işletme kurararak, rekabet etmeme yükümlülüğü üstlenmesi, bu kapsamda düşünülmektedir.[1782] Bu durumda, *bona fides*'in önemi büyüktür; zira, bu hâlde de taraf iradelerinin yorumu *bona fides* uyarınca yapılmaktadır.[1783] Anglo-Amerikan hukukunda ise, sözleşme sonrası yükümlülükler özellikle sigorta hukukunda karşımıza çıkmakta ve bu yükümlülüklerin sebebi olarak *bona fides* gösterilmektedir.[1784]

Örneğin, Türk-İsviçre hukukunda hizmet sözleşmesi bakımından, işçilerin, işverene karşı, sözleşmenin sona ermesinden sonra herhangi bir biçimde onunla rekabet etmekten; özellikle kendi hesabına rakip bir işletme açmaktan; başka bir rakip işletmede çalışmaktan veya bunların dışında, rakip işletmeyle başka türden bir menfaat ilişkisine girişmekten kaçınmayı yazılı olarak üstlenebileceği TBK 444 uyarınca kabul edilmektedir. Yine, maddede, rekabet yasağı kaydının, ancak hizmet ilişkisi, işçiye müşteri çevresi veya üretim sırları ya da işverenin yaptığı işler hakkında bilgi edinme imkânı sağlıyorsa ve aynı zamanda bu bilgilerin kullanılması, işverenin önemli bir zararına sebep olacak nitelikteyse geçerli olacağı hükme bağlanmaktadır.[1785] Görüldüğü üzere, yasağın geçerli olup olmamasında *bona fides*'e uygunluk ölçütünden yararlanılmaktadır. Nitekim, rekabet yasağının geçerli olabilmesi için, taraflardan birisince sahip olunan bir takım bilgilerin, sözleşme sona erdikten sonra da onun tarafından kullanılması ve bu durumun sözleşmenin diğer tarafına önemli ölçüde zarar verecek nitelikte olması gerekmektedir. Bununla

[1782] **Karabağ Bulut.** Op. Cit. s. 69.
[1783] **Middendorf.** Op. Cit. s. 10.
[1784] **Rose, F.:** Marine Insurance: Law and Practice, Florida: CRC Press, 2. Edition, 2013, s. 105.
[1785] **Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal.** Op. Cit. s. 612.

beraber, sözleşme sonrası yükümlülüklerin kanundan da doğması söz konusu olabilmektedir.

Sözleşme sonrası yükümlülüklerin tipik bir grubunu, sözleşme sonrası koruma yükümlülükleri oluşturmaktadır.[1786] Öte yandan, kanundan doğmamış olsa dahi, bir sözleşme sona erdikten sonra taraflar arasında mevcut olan zorunlu koruma yükümlülüklerinin kökeni *bona fides* kuralıdır.[1787] Sözleşmenin sona ermesinden sonra da devam eden bu yükümlülüklerin ihlaline, *bona fides*'e dayanan[1788] bir kurumu ifade eden *culpa post pactum perfectum* adı verilmektedir.[1789] *Culpa post pactum perfectum*, kimi zaman ifadan sonrayı ifade ettiğinden *culpa post contrahendum*, *culpa post pactum finitum* ya da *culpa post pactum solutum* adını da almaktadır.[1790] *Culpa post pactum perfectum* fiilleri, sözleşmesel tazminat sonucunu doğurmaktadır.[1791]

Hizmet sözleşmesi bakımından söz konusu olan ve *bona fides*'e dayanan sır saklama yükümlülüğü bu çerçevede değerlendirilmektedir.[1792] Türk hukukunda 6098 sayılı yeni TBK'nın kabulüne dek, bu husus öğretide tartışmalı olmuştur. Öte yandan, TBK 396/son ile işverenin haklı menfaatinin korunması için gerekli olduğu ölçüde işçinin, hizmet ilişkisinin sona ermesinden sonra da sır saklamakla yükümlü olacağı düzenlemesi getirilerek; işçinin sır saklama yükümlülüğünün, iş sözleşmesinin sona

[1786]**Middendorf.** Op. Cit. s. 75.
[1787]**Ibid.,** s. 16.
[1788]**Canaris, C.W.:**Gesammelte Schriften, Berlin: Gruyer, 2012, (Gesammelte Schriften), s. 678.
[1789]**Middendorf.** Op. Cit. s.55.
[1790]**Ibid.**
[1791]Buna ek olarak, kimi sözleşmeler bakımından, TTK gereği haksız rekabet hükümleri de söz konusu olabilmektedir. Öte yandan, haksız rekabet hükümlerinin kökeni de bu bağlamda *bona fides*'den doğan söz konusu yükümlülüklerdir. Ticaret hukuku ya da rekabet hukuku gibi bağımsız hukuk dalları da bu sorunu ele almaktadır.
[1792]**Perulli, A.:***La Buona Fede nel Diritto del Lavoro*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 65-87, s. 75.

ermesinden sonraki dönemi de kapsayacak şekilde genişletildiği görülmektedir. Bu yükümlülüğün kapsamı ise işverenin haklı menfaatlerinin korunması ile sınırlıdır.[1793]

Öğretide bir görüş, sır saklama yükümlülüğünün sözleşme ile düzenlenebileceğini, aksi hâlde işçinin böyle bir yükümlülüğü bulunmadığını ileri sürmektedir.[1794] Öte yandan, daha isabetli bulunabilecek bir başka görüşe göre ise, sözleşme sonrasında sır saklama yükümlülüğü dürüstlük kuralı gereğince zaten kabul edilmelidir. Bunun belirlenmesinde ise işverenin korunmaya değer meşru bir menfaatinin olup olmadığı; işverenin bu hususta gerekli önlemleri alıp almadığı; en önemlisi de, işçinin davranışlarının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı gibi ölçütler dikkate alınmaktadır.[1795]

Örneğin, vekâlet sözleşmesi gibi taraflar arasında güven ilişkisi kuran, bir diğer deyişle *fides*'e dayanan bazı sözleşmeler bakımından; sır saklama yükümlülüğü, kanunda düzenlenmemiş ya da sözleşmede kararlaştırılmamış olsa dahi mevcuttur.[1796] Alman ve Türk- İsviçre hukukunda, bu sonuca kimi zaman benzer nitelikteki sözleşmelere uygulanacak hükümlerin kıyasen uygulanmasıyla ulaşılmaktadır.[1797] Nitekim, sözleşmede mevcut olan ek yükümlülükler pre-kontraktüel safhada söz konusu olduğu üzere, post-kontraktüel safhada da mevcut olmaktadır.[1798]

[1793]**Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal.** Op. Cit. s. 607.
[1794]**Ibid.,** s. 608.
[1795]**Yenisey Doğan, K. ve Öztürk Ö.:**İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükünlülüğü, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul: 2008, s. 450 vd.
[1796]**Kırca, Ç.:**Franchise Sözleşmesi, Ankara: BTHAE, 1997, (Franchise), s. 160.
[1797]**Gürzumar, O.B.:**Franchise Sözleşmesi ve Bu Sözleşmenin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul: Beta Yayınevi, 1995, (Franchise), s. 183.
[1798]**Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 64-65.

Önceki BK döneminde, hizmet sözleşmesi bakımından sözleşme devam ederken mevcut olan sır saklama yükümlülüğünün, sözleşme sona erdikten sonra da devam edeceğine dair bir hüküm mevcut olmamıştır. Öte yandan, vekâlet sözleşmesinde olduğu gibi, bu hâlde de sözleşme devam ederken söz konusu olan sır saklama yükümlülüklerinin sözleşme sona erdikten sonra da devam edeceği, öğretide kabul edilmiştir. Zira, bu yükümlülükler, kişilerin sadakat ve çıkarları koruma borçlarından kaynaklanmaktadır.[1799]

Dürüstlük kuralından doğan rekabet etmeme borcu da, sadakat yükümlülüğünün olumsuz yönünü teşkil etmektedir.[1800] Kimi sözleşmeler bakımından kanundan doğan bir rekabet etmeme yükümlülüğü mevcut olsa dahi, bazı sözleşmeler bakımından, bu yükümlülüğün *bona fides*'den doğacağı kabul edilmektedir.[1801] İş sözleşmesi bakımından taraflar sözleşmenin sona ermesini takiben geçerli olacak şekilde bir rekabet yasağı şartı koyabilmekte veya bu konuda ayrı bir sözleşme yapabilmektedirler.[1802]

Buna karşılık, modern hukukta *franchise* sözleşmesi gibi sözleşmelerde, her ne kadar taraflar genellikle sözleşmeye rekabet etmeme şartı koysalar da, böyle bir şartın yokluğu hâlinde dahi rekabet etme yasağının mevcut olacağı fikri öğretide kabul görmektedir.[1803] Örneğin, tarafların benzer bir işletmeye ortak olarak katılmaması veya rakip bir işletmede çalışmaması bu yasağın kapsamında değerlendirilebilirken, böylesi bir yasak ancak kişilerin işletmeye ilişkin sırları bilmesi nedeniyle doğacak

[1799] **Gürzumar.** Franchise. s. 163.
[1800] **Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal.** Op. Cit. s. 608.
[1801] **Kırca.** Franchise. s. 190.
[1802] **Mollamahmutoğlu, Astarlı, Baysal.** Op. Cit. s. 611.
[1803] **Kırca.** Loc. Cit.

zarar tehlikesini önlemek için kararlaştırıldıysa geçerli olmaktadır.[1804] Bu nedenle, rekabet etmeme yükümlülüğü ile sır saklama yükümlülüğünün iç içe olduğu ve münferit olarak düşünülmemesi gerektiği; bu yasakların gerek mevcudiyetleri, gerekse ölçütlerinin, *bona fides* ışığında değerlendirildiği kabul edilmektedir. Sözleşme sonrası yükümlülüklerin ne kadar sürmesi gerektiği de, işin niteliğine göre belirlenmektedir.[1805] Kanundan doğan yükümlülükler bakımından, genellikle kanuni bir süre öngörülmektedir. Örneğin, TBK 445 uyarınca hizmet sözleşmesi açısından rekabet yasağının, işçinin ekonomik geleceğini hakkaniyete aykırı olarak tehlikeye düşürecek biçimde yer, zaman ve işlerin türü bakımından uygun olmayan sınırlamalar içeremeyeceği ve süresinin, özel durum ve koşullar dışında iki yılı aşamayacağı belirtilmektedir. Öte yandan, hâkim, aşırı nitelikteki rekabet yasağını, hakkaniyet gereğince kapsamı veya süresi bakımından sınırlayabilmektedir.

Sözleşmeden doğan koruma yükümlülükleri bakımından da, bir süre belirlenmiş olabilmektedir. Bununla beraber, örneğin sır saklama yükümlülüğü açısından ilgili bilginin sır olmaktan kalkmasıyla yükümlülüğün sona ereceği fikri kabul edilmektedir. Nitekim, sözleşme taraflarının üçüncü kişilerden daha elverişsiz bir konumda bırakılmaları dürüstlük kuralı uyarınca makul gözükmemektedir.[1806] Bir başka değişle, herhangi bir belirleme yapılmamışsa, süreyi belirlemek için de *bona fides* referans noktası olarak kullanılabilecektir. Bu değerlendirmeler ışında, *bona fides*'in, Roma hukukundan günümüz hukukuna, sözleşmelerin kuruluş; ifa ve ifa sonrası aşamalarında karşımıza çıkarak tarafların hak ve borçlarının kapsamını belirleyen bir genel kural olduğu sonucuna varılmaktadır. *Bona fides*'in farklı hukuk sistemlerince gözetiliyor oluşu ise, bu doğal hukuk ilkesinin, hukuk kurallarının

[1804] **Gürzumar.** Franchise. s. 187.
[1805] **Middendorf.** Op. Cit. s. 167.
[1806] **Gürzumar.** Op. Cit. s. 184.

değişken durumlara ve sosyo-ekonomik paradigmalara yetişememesi sorununa çözüm teşkil ettiğini göstermektedir. *Bona fides*, sözleşmeler hukukunun küreselleşmesi ve evrenselleşmesinde yararlanılabilecek etkin bir mekanizmadır.

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM: ROMA HUKUKUNDAN GÜNÜMÜZ HUKUKUNA DEK *BONA FIDES*'İN İŞLEVLERİ

I. *Bona Fides*'in İşlevleri

Bona fides ilkesinin, hukuki işlemler bakımından, yorumlayıcı; tamamlayıcı ve düzeltici işlevi başta olmak üzere pek çok işlevi olduğu kabul edilmektedir.[1807] Buna paralel olarak, çağdaş hukukta, hâkimin sözleşmeye müdahalesi de sözleşmenin yorumlanması; tamamlanması ve düzeltilmesi olmak üzere üç şekilde gerçekleşmektedir.[1808] İsviçre öğretisinde, dürüstlük kuralının, yorumlayıcılık ve tamamlayıcılık olmak üzere iki işlevinin mevcut olduğu; bununla beraber, hakkın kötüye kullanılması yasağının ise düzeltici işlev taşıdığı da savunulmaktadır.[1809] Öte yandan, Romanist kökeni düşünüldüğünde, hakkaniyet; dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağını içeren *bona fides* ilkesinin, bir bütün olarak bu işlevleri bünyesinde barındırdığı söylenebilir.

II. Yorumlayıcı İşlevi

Taraflar, her ne kadar kendi menfaatleri doğrultusunda sözleşmeleri ayrıntılı bir biçimde düzenleme eğiliminde olsalar da, gerek muğlak ifadelerin varlığı, gerekse

[1807] **Altaş.** Op. Cit. s. 270.
[1808] Tercier ve Pichonnaz buna örnek olarak ATF 110 II 141 ve ATF 107 II 161 kararlarını göstermektedir. **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 210-213.
[1809] **Chappuis.** Art. 2, No. 5.

sonradan ortaya çıkabilecek hususların söz konusu olduğu hâllerde, sözleşmeler yoruma ihtiyaç duyacaktır.[1810] Bir irade beyanının anlamının araştırılarak tespit edilmesi faaliyeti olan yoruma, tarafların menaatleri arasında denge kurmak için başvurulmaktadır.[1811] Dürüstlük kuralının en önemli işlevlerinden birisi de, yorumlayıcı işlevidir.[1812] Buna göre, hukuki işlemler yorumlanırken tarafların kullandıkları terimlerin veya kelimelerin, diğer tarafça bilinmeyen özel anlamları değil; bunların ortak amaçlarına göre sahip olması gereken anlamların araştırılması gerekmektedir.[1813] Sözleşmelerin yorumunda dış dünyaya yansımış, yani taraflarca açıklanmış olan gerçek iradelerinin ve ortak amaçların tespiti yapılmalıdır.[1814] Öte yandan, tarafların irade beyanlarından gerçek arzuları belirlenebiliyorsa, sözleşmenin yorumu söz konusu olmayacaktır.[1815] Keza, *"interpretatio cessat in claris"* (açıklık durumunda yorum yapılmaz) ilkesi gereği anlamı açık ve kesin olan hiçbir hükmün yoruma ihtiyacı olmaz.[1816] Bu durum, *"verbis standum ubi bulla ambiguitas"* (belirsizlik yoksa söz ayakta tutulmalıdır) ilkesi ile de ifade edilmektedir.[1817]

Sözleşmelerin yorumunda dikkate alınacak en önemli noktalar, *ex tunc* (geçmişe yönelik) yorum yapmak; tarafların kullandığı ifadelerin yalnızca lafızlarına bağlı kalmamak; kanuna uygun ve bütünsel bir biçimde biçimde yorum yapmak ile yorum yaparken *bona fides*'in dikkate alınması olarak sayılmaktadır.[1818] Öte yandan, tüm bu ilkelere *bona fides*'in gözetilmesi ile ulaşılabileceğinden sözleşmelerin yorumunda

[1810]**Eren.** Op. Cit. s. 485.
[1811]**Eren.** Op. Cit.s. 147, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 38.
[1812]**Egger.** Art. 2, No: 6, **Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 138.
[1813]**Edis.** Op. Cit. s. 311.
[1814]**Keller, A.:**Haftpflicht Privatrecht, Band I, Bern: Stämpfli, 2002, s. 497**, Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 138, **Akyol.** Op. Cit. s. 26.
[1815]Bkz. BGE 104 II 19.
[1816]**Gözler, K.:**Hukuka Giriş, Bursa: Ekin Yayınevi, 2017, 14. Baskı, s. 290 vd.
[1817]**Gözler.** Loc. Cit. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 83.
[1818]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 309.

dürüstlük kuralının esas olması, yorum ile ilgili pek çok sorunun aşılmasını sağlayacaktır.

A. Roma Hukukunda Sözleşmelerin Yorumu

Roma eski hukuk döneminde, lafzi yorum esas olmuş; özellikle Rahip hukukçular sözleşmeleri lafza göre yorumlamışlardır. Öte yandan, cumhuriyet dönemi sonlarında Yunan felsefesinin etkisiyle *verba* (sözlere)'ya mı *voluntas* (irade)'a mı önem verileceği tartışması doğmuştur.[1819] M.Ö. 90 yıllarında görülen ve bir vasiyetnamenin yorumuna ilişkin olan *Manius Curius* davası, Roma hukukunda *verba*'dan *voluntas*'a geçişi sağlayan temel olay olarak görülmektedir.[1820] Olayda, vasiyetçinin fiktif iradesi esas alınarak, *sententias voluntatesque testamentorum* (vasiyet iradesi ve amacı)'a öncelik verilmiş; bu şekilde de, *aequitas* sağlanmıştır.[1821] *"Summum ius suma inuria"* sözü de, bu dönemde *Cicero* tarafından *ius civile* ve buna dâhil olan XII Levha Kanunu'nu, katı bir biçimde lafzi olarak yorumlayanlara karşı söylenmiştir.[1822] *Ulpianus*'a ait D.18.1.9 metninde de, irade teorisinin izlerine rastlanılmaktadır. Buna göre, *"Plane si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emptio et venditi: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat."* "Eğer biz isimde açıkça anlaşamıyorsak, ancak gerçekte konu üzerinde tartışma yoksa, hiç şüphesiz, alım satım geçerlidir; isimde hata yapmış olmak önemli değildir, çünkü malın kendisinde uzlaşılmıştır."

[1819] **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 90.
[1820] **Küçük, E.:** *Roma Hukukunda Manius Curius Davasında (Causa Curiana) Vasiyetnamenin Yorumu Meselesi*, "Norm Koyma ve Hüküm Verme", Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara: 17-18 Nisan 2009, s. 411-431, (Norm), s. 411 vd.
[1821] **Ibid.,** s. 425.
[1822] **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 91.

Roma hukukunda, iradelerin hakkaniyet ve dürüstlük ilkesine göre yorumu, özellikle 2. Pön Savaşı sonrasında karşımıza çıkmıştır.[1823] İradelerin dürüstlük kuralına göre yorumu, aslında hakkaniyetin sağlanması amacını taşımakta olup, bu nedenle bu yorum, hakkaniyetin savunuculuğunu ifade eden *patrocinium aequitatis* olarak da adlandırılmıştır.[1824] Buna paralel olarak, Roma hukukunda amaçsal yorum da büyük önem taşımıştır.[1825] Keza, *Celsus*'a ait D.1.3.19 uyarınca da; *"in ambigua voce legis ea potius accipienda est significatio, quae vitio caret, praesertim cum etiam voluntas legis ex hoc colligi possit."* "Eğer bir hukuk kuralında muğlaklık varsa mantık, özellikle kanunun amacı göz önünde tutularak anlamsız bir yorumdan kaçınmayı gerektirir."[1826]

Bütün bu haksızlıkların giderilmesi için, sözleşmeler *praetor*'larca, hakkaniyete göre yorumlanmaya başlanmıştır. Bu çerçevede ise, Roma hukukunda sözleşmelerin *aequitas*'a göre yorumlanması için taraf iradesine ve *bona fides*'e başvurulmuştur.[1827] Keza, sözleşme hükümlerinin bağlayıcı olup olmadığının belirlenmesinde de *bona fides* büyük önem taşımıştır.[1828] Özellikle, *ius gentium* kaynaklı sözleşmeler bakımından temel yorum kriteri *fides* olmuştur.[1829] Bu konuda *Iavolenus*'a ait bir *Digesta* metninde geçen bir örnek, *locatio conductio*'ya ilişkindir. D.19.2.21 uyarınca:

[1823]**Monier.** Tome I. s. 48.
[1824]**Küçük.** Loc. Cit.
[1825]**Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 38.
[1826]Roma hukukunda, hukuk kurallarının yorumunda, özellikle *mores* dikkate alınmış; hukukçuların, *cavere* (hukuku şekillendirme); *agere* (hukuku uygulama) ve *respondere* (cevap verme) faaliyetleri hukuk kuralları yorumlanırken *bona fides*'in gözetilmesine zemin hazırlamıştır. **Burdese.** Op. Cit. s 19.
[1827]**Honsell.** Op. Cit. s. 26, **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 93.
[1828]**Dajczak.** Bona Fides. s. 70.
[1829]**Burdese.** Op. Cit. s. 221.

"Cum venderem fundum, convenit, ut, donec pecunia omnis persolveretur, certa mercede emptor fundum conductum haberet: an soluta pecunia merces accepta fieri debeat? respondit: bona fides exigit, ut quod convenit fiat: sed non amplius praestat is venditori, quam pro portione eius temporis, quo pecunia numerata non esset."

"Bir çiftliğin satışında, bedel tamamen ödeninceye dek, alıcının, çiftliği belirli bir süreliğine kiralayacağı konusunda anlaşılmıştır; bedel ödenince, kira sona mı ermelidir? Der ki, *bona fides* gereğince sözleşmeler ifa edilmelidir; ancak, bedelin ödenmediği döneme ilişkin olanlar dışında, alıcının, satıcıya karşı başka bir kira borcu yoktur."

Olaya göre, bir *emptio venditio* sözleşmesi yapan taraflar, aralarında, ödeme yapılana dek alıcının satıcıya sözleşme konusu arazi için bir kira bedeli ödeyeceğini kararlaştırmışlardır. Bu durumda alım satım sözleşmesinde bedelin ödenmesi için vade gelene kadar, tarafların arasında bir *locatio conductio* sözleşmesi kurulmuştur. *Iavolenus* ise, metinde alıcı tarafından ödeme yapıldıktan sonra da, kira bedeli ödenmesine gerek olup olmadığını tartışmıştır. Bu durum hiç şüphesiz ödemenin kararlaştırılan vade tarihinden erken yapılması durumunda önem taşımaktadır. Bu hâlde araştırılan husus ise, yapılan *locatio conductio rei*'nin hükümlerinin bağlayıcılığını kaybedip kaybetmeyeceğidir. *Iavolenus*, bu hukuki sorunu çözmek için *bona fides*'e başvurmuş; bu hâlde ise, alıcının kira ödememesi gerektiği sonucuna varmıştır.

Bu metin, *bona fides*'in, bağlayıcı bir sözleşmenin bağlayıcılığını kaybetmesini sağlaması bakımından çok önemli bulunmaktadır. Buna göre, tarafların yaptıkları sözleşmenin lafzi olarak yorumlanması tarafların iradesine aykırı bir sonuç verecektir.[1830] *Bona fides*'in bu işlevi M.S. 1. yüzyılda Roma hukuk pratiği tarafından kullanılmaya başlanmıştır.[1831] *Celsus*'a ait metinlerde de sözleşmelerin bağlayıcı hükümlerinin uygulanmasının *bona fides* gereğince reddine rastlanmaktadır.[1832] Post-klasik döneme ait metinlerde de, sözleşmenin bağlayıcı olup olmadığı sorununun *bona fides*'e göre çözüldüğüne rastlanılmaktadır. *Tryphoninus*'a ait D.16.3.31.1 uyarınca:

> *"Incurrit hic et alia inspectio. bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet?*
>
> "Burada daha derin bir gözlem yapılmalıdır. *Bona fides*'e göre, bunu basitçe sözleşmenin tarafları bakımından, dışarıdaki bir bireyi dikkate almaksızın mı yorumlarız; yoksa konunun ilgilendirdiği kişileri de dikkate alır mıyız?...."[1833]

Görüldüğü üzere, bu metinler esasında sözleşme taraflarının iradelerinin nasıl yorumlanacağına ilişkin bir sorun olup, *bona fides*, böylesi durumlarda tıpkı çağdaş hukukta olduğu gibi, esas alınacak temel bir referans noktası olmaktadır.[1834]

[1830] **Dajczak**. Bona Fides. s. 74.
[1831] **Ibid.**
[1832] D.50.17.23.
[1833] Bu metin, aslında *depositum* (saklama) sözleşmesi bakımından, *ius gentium* ve *ius civile*'nin farklı kurallarını gözler önüne sermektedir. Öte yandan, metindeki ilk bölüm, sözleşmelerin anlamlandırılmasında *bona fides*'in önemine işaret etmektedir.
[1834] **Buckland.** Roman Law. s. 229.

Özellikle, içtihat hukukunun yaratıcı gücü bakımından, *bona fides* çıkarları meşrulaştıran bir yapıya sahiptir.[1835]

Aristoteles ile *Thomas Aquinas*'ın fikirleri ışığında, *Baldus*'un çalışmaları da, tüm sözleşmelerin yorumunda *aequitas* ile *bona fides* ilkelerinin gözetilmesi gereğinin altını çizmiştir.[1836] *Bona fides*'in herşeyden önce bir yorum ilkesi olduğu kabul eden *Baldus*, *bona fides* kavramını açıklarken, sözleşmede yer alan tartışma konusu hususlar hakkında kanunda açıklık olması hâlinde, kanunun uygulanacağı; kanunda açıklık yoksa, doğal hakkaniyet gereği *bona fides* ilkesinin esas alınacağını belirtmiştir.[1837] *Bona fides*, doğal hakkaniyetle yakından ilişkilidir. Bu husus ise, yorumun kanuna ve yoruma muhtaç olgunun lafzına sıkı sıkıya bağlı kalınmaması; aksine olgunun ruhuna uygun değerlendirme yapılmasını gerektirmiştir.[1838] Hatta, Roma hukukunda *iudex* (yargıç)'e tarafların iradesi hilafına yorum yapma imkanını tanıyan vasıta da yine *aequitas* ve *bona fides* olmuştur.[1839]

B. Güven İlkesine Göre Sözleşmelerin Yorumu

Çağdaş hukukta da, *bona fides* bir yorum ilkesi olarak kabul edildiğinden, Kıt'a Avrupası hukuk sistemine dâhil olan ülke hukuklarında, sözleşmelerin yorumlanması faaliyetinde dürüstlük kuralı ve hakkaniyetin gözetilmesi esas olmuştur.[1840] Keza, yorum faaliyetinin objektif bir biçimde yapılması gerekmekte olup, bunu sağlayan

[1835] **Dajczak.** Bona Fides. s. 78.
[1836] **Gordley.** Medieval Law. s. 109.
[1837] **Ibid.**
[1838] **Chevreau, E, Mausen Y, Bouglé, C:** Introduction Historique Aux Droits Des Obligations, Litec, Paris: 2007, s. 66.
[1839] **Romain, J.F.:** La Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé, Bruxelles: Bruylant, 2000, s. 139.
[1840] **Merz.** Art. 2, No: 146, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 211, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 304.

ilke ise dürüst yorum ilkesi, bir diğer deyişle *bona fides*'e uygun yorum olmaktadır.[1841] Esasında 19. yüzyılda başta Savigny olmak üzere Pandektist hukukçular irade beyanlarının yorumunda irade teorisini *(Willenstheorie)* benimsemiş; buna göre, beyan sahibinin iradesinin araştırılmasını ve bunun gerçek anlamının belirlenmesi gerektiği savunmuştur.[1842] Sadece beyanda bulunanın menfaatini gözeten ve bu sebeple eleştirilen irade teorisine karşılık, daha eski olan beyan teorisi *(Erklarungstheorie)* ise beyan sahibinin gerçek iradesinden ziyade beyanı esas almıştır.[1843]

Öte yandan, irade ve beyan teorileri taraf menfaatleri arasında adil bir denge kuramadığından, adaleti sağlamak adına irade beyanlarının *bona fides*'e göre yorumlanması gerektiği öğretide kabul edilmeye başlanmıştır.[1844] Keza, sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre yorumlanması sayesinde anlamları da objektifleştirilmiş olacaktır.[1845] Bu noktada çağdaş hukukta karşımıza çıkan en önemli ilke ise, güven teorisi ya da ilkesi (*Vertrauenstheorie, Vertrauensprinzip, principe de la confiance)* olmuştur.[1846] Bir irade beyanının var olup olmadığını ve eğer var ise, içeriğinin ne olduğunu tespit etmeye yarayan güven ilkesi de, özünde *bona fides* kavramına dayanmakta olup, Türk-İsviçre hukukunda TMK 2/I uyarınca uygulanmaktadır.[1847] *Papinianus*'a ait D.50.16.219 uyarınca: *"In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit…."* "Sözleşmelerde

[1841]**Gözler.** Op. Cit. s. 288 vd.
[1842]**Eren.** Op. Cit. s. 149, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Loc. Cit.
[1843]Beyan teorisi, kendi içerisinde objektif ve sübjektif açıdan ele alınmaktadır. Sübjektif beyan teorisine göre, karşı tarafın beyana yüklediği fiili anlam, onun sübjektif durumuna göre belirlenmektedir. Öte yandan, objektif beyan teorisi, karşı taraf yerine objektif bir üçüncü şahıs tipini koymaktadır. Bu nedenle, objektif beyan teorisi bakımından da *bona fides* büyük önem taşımaktadır. **Eren.** Op. Cit. s. 150, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 305.
[1844]**Eren.** Op. Cit. s. 152.
[1845]**Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 211, **Ernst, Z.:**Treu und Glauben und Rechmissbrauchverbot, Zurich: Schulthess, 1981, s. 144 vd.
[1846]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 281.
[1847]**Egger.** Art. 2, No: 13, **Honsell.** Art. 2, No: 13, **Tercier.** Op. Cit. s. 188, No: 516, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 74, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 43.

sözleşen tarafların kullandığı kelimelerden ziyade iradelerinin esas alınması gerektiğine karar verilmiştir…" Öte yandan, Roma hukukunda tarafların gerçek iradeleri araştırılırken, hiçbir zaman dürüstlük kuralı ikinci plana atılmamış; böylelikle modern güven teorisi ile benzer sonuçlara erişilebilmiştir.

Sözleşmelerin yorumlanmasının amacı, sözleşmede yer alan mevcut şartların anlamları ile tarafların ortak iradelerinin içeriğini belirlemektir.[1848] Güven teorisi, tarihsel olarak ilk etapta beyanın muhatabı ile bu kimsenin, benzer çevre ve iş şartlarında böyle bir beyana dürüstlük kuralınca vereceği anlamı esas almıştır. Öte yandan, beyan sadece karşı tarafça esas alındığından ve soyut ve farazi bir üçüncü kişi penceresinden bakıldığından, bu ilke hakkaniyete daha uygun hale getirilerek yeni güven teorisi geliştirilmiştir.[1849] Bir sözleşmenin yorumlanabilmesi için, öncelikle söz konusu sözleşmenin temelinde yatan irade beyanının yorumlanması gerekmektedir. İrade beyanının yorumu ise ancak *bona fides'*e göre yapılabilecektir.[1850] Güven ilkesi irade beyanlarının ve bu doğrultuda dolaylı olarak sözleşmelerin, hem irade beyanında bulunan tarafın, hem de karşı tarafın bu açıklamaya dürüstlük kuralına göre vereceği anlamın dikkate alınarak yorumlanması olarak tanımlanabilir.[1851] Yine, sözleşmenin bir bölümü yorumlanırken, *bona fides* gereğince sözleşmenin tamamı dikkate alınmalı ve lafzi yoruma bağlı kalınmamalıdır.[1852] Güven ilkesinin amacı, tarafların menfaatlerini eşit bir biçimde koruyarak hakkaniyeti ve adaleti sağlamak olup, bu yolda kullanılan araç ise

[1848]**Kırca, Ç.:**Bilgi Vermekten Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara: BTHAE, 2004, (Sorumluluk), s. 87.
[1849]**Eren**. Op. Cit. s. 154.
[1850]**Tercier.** Op. Cit. s. 188, No: 516, **Oğuztürk, B.K.:**Güven Sorumluluğu, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2008, s. 45
[1851]**Merz.** Art. 2, No: 125, **Schwenzer.** Op. Cit. s. 202-203, **Akyol.** Op. Cit. s. 27.
[1852]**Von Tuhr.** Op. Cit. s. 283.

dürüstlük kuralıdır.[1853] Bir ifadeyi yorumlarken dürüst davranma gereği, aynı zamanda tarafsız ve bağımsız olmaktan da geçmekte; yine, bu zorunluluk da yorumlayan kişinin *bona fides'*e uygun davranmasını gerektirmektedir.[1854]*Bona fides* aynı zamanda sözleşmelerin yorumunda makul olunmasını ve dezavantajlı tarafın lehine yorum yapılmasını gerektirir.[1855]

Sözleşmelerin yorumlanması, tarafların irade beyanlarının yeterince açık olmadığı, bir diğer deyişle yoruma muhtaç olduğu hâllerde, bu beyanların gerçek ve ortak anlamlarının belirlenmesi faaliyetidir.[1856] Buna göre, öncelikle tarafların gerçek iradesi sübjektif olarak tespit edilmeye çalışılmalıdır.[1857] Bu belirleme yapılamıyor ise, güven ilkesi esas alınarak *bona fides* uyarınca muhatabın iradeyi nasıl anlamlandırdığı bulunmalıdır.[1858] Bir tarafın, irade beyanını fiilen nasıl algıladığı değil; nasıl algılaması gerektiğine bakılması, güven ilkesini ifade eder.[1859] Görüldüğü üzere, güven ilkesine göre yorum yapıldığında iradeyi açıklayan tarafın değil, karşı tarafın dürüstlük kuralına göre ilgili hususa yükleyeceği anlam dikkate alınır.[1860] Çelişkileri gidermek, çok anlamlılığı ortadan kaldırmak ve yoruma ihtiyaç duyan noktaların anlaşılmasını sağlamak güven ilkesinin yegâne amacı olmaktadır.[1861] Yine, susmayı irade açıklaması olarak kabul edip etmemek konusunda da, güven ilkesine başvurulmaktadır.[1862] Yorum sonuca ulaşmıyor ise, sözleşmede boşluk söz

[1853]**Eren.** Loc. Cit.
[1854]**Gözler.** Op. Cit. s. 288-289.
[1855]**Egger.** Art. 2, No: 14-15.
[1856]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 282.
[1857]**Tercier.** Op. Cit. s. 191, No: 524.
[1858]**Kırca.** Sorumluluk. Loc. Cit.
[1859]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 285, **Egger.** Art. 2. No: 18.
[1860]**Akyol.** Op. Cit. s. 34.
[1861]**Eren.** Op. Cit. s. 488 vd.
[1862]**Akyol.** Op. Cit. s. 35.

konusudur ve bu hâlde sözleşmenin tamamlanması[1863] gündeme gelecektir.[1864] Bu yorum faaliyeti yapılırken, ise, unutulmaması gereken husus, tarafların sözleşmeyi yaptıkları esnada mevcut olan bütün hâl ve şartların da dikkate alınması gerektiğidir. Sistematik yorum yapılması da güven ilkesinin bir gereğidir.[1865]

Güven ilkesi, esasında Alman hukukunda doğup gelişmiş ve diğer hukuk sistemlerince benimsenmiştir. Alman hukuku bakımından, irade açıklamasının *"nach Verständnishorizont des Erklärungsempfänger"* yani, "karşı tarafın anlayışına ve dürüstlük kuralına göre" yorumlanacağı kabul edilmektedir.[1866] Güven ilkesine göre, yorum ifa sonrası yükümlülükler bakımından da önem taşımaktadır. Sözleşmenin güven ilkesine göre yorumlanmasıyla, sözleşme taraflarının özellikle üretim, işletme ve pazarlama gibi faaliyetler bakımından sır oluşturan bilgileri, sözleşme sona erdikten sonra dahi gizli tutulması amacıyla kendilerine verildiklerini bildikleri ya da bilmeleri gerektikleri kabul edilmektedir. Aksi hâlde ise, herkesin bu bilgilerin sır oluşturma özelliğinden lehlerine olarak vazgeçtikleri sonucu çıkarılmaktadır.[1867] Güven ilkesine göre, ilk etapta taraflarca sözleşme metninde kullanılan sözler dikkate alınmalı; daha sonra, çevresel faktörler, somut olay özellikleri ve tarafların sözleşmeyi kurma amacı olan *ratio contractus*'ları *ex tunc* olarak, yani sözleşmenin kuruluş tarihi esas alınarak değerlendirilmelidir.[1868]

[1863]Öğretide bir görüş, sözleşmenin tamamlanmasına "tamamlayıcı yorum" adını vermektedir. Öte yandan, tamamlama faaliyeti iradelerin anlamlandırılmasından daha öte bir faaliyet olduğundan, dürüstlük kuralının ayrı bir işlevi olarak ele alınması uygun görülmektedir. **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 318-320.
[1864]**Kırca.** Sorumluluk. s. 88.
[1865]**Tercier.** Op. Cit. s. 194, No: 529, **Oğuztürk.** Op. Cit. s. 46.
[1866]**Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 32.
[1867]**Gürzumar.** Franchise. s. 184.
[1868]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 283.

Güven ilkesi, Roma hukukuna da yabancı değildir. Roma hukukundan gelen *"falsa demonstratio non nocet"* (yanlış vasıflandırma zarar vermez) kuralı, günümüzde güven ilkesinin bir gereğidir.[1869] Sözleşmelerin yorumu bahsinde, bir tarafın haklarının sınırlandığı hâllerde *bona fides* ilkesinin *in stricto sensu* yani dar anlamda ele alınması gerekmektedir. Sözleşmede tereddüt uyandıran noktaların, özellikle sözleşmeyi kaleme alan ya da ilgili konularda daha uzman olan tarafların aleyhine yorumlanması da dürüstlük kuralına dayanmaktadır. *In dubio contra stipulatorem* adı verilen bu ilke, metni düzenleyen tarafın sözleşme hükümlerini kendi lehine hazırlayacağı düşüncesiyle menfaatleri dengelemek için kabul edilmiştir.[1870] Keza, sözleşmenin, hiçbir tarafın, diğeri alehine menfaat elde etmeyeceği şekilde yorumlanması prensibi de, *Baldus* tarafından sistematize edilmiş olup, gerek terminolojik, gerekse içeriksel bakımdan, *Aristoteles*'in eşitlik felsefesi ile örtüşmektedir.[1871] Bununla beraber, *favor actu/negotii*, yani sözleşmeyi ayakta tutacak şekilde yorum yapılması da yine, sözleşme yapmak isteyen tarafların iradeleri ve *bona fides*'e uygun düşecektir.[1872] Bunun gibi, bir sözleşme yorumlanırken, yükümlülük altına giren lehine, bir diğer deyişle *favor debitoris* yorum yapılması da, dürüstlük kuralının gereğidir.[1873] Bu çerçevede öğretide, sözleşmelerin açık hükümlerinin, lafızlarına aykırı biçimde, salt *bona fides* esas alınarak yorumlanılıp yorumlanamayacağı sorunu da tartışılmaktadır. Kanımızca, açık hükümlerin mevcudiyeti hâlinde, lafza aykırı yorum yapılması *bona fides* ile

[1869]**Oğuzman ve Barlas. Op. Cit.** s. 285, **Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 142, **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 397.
[1870]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 336.
[1871]**Gordley.** Medieval Law. s. 111.
[1872]*Bona fides*'in düzeltici işlevi kapsamında değerlendirilen, tahvil/konversiyon kurumu bu duruma örnek olarak verilebilir. İsviçre ve Avusturya hukukunda kanuni bir düzenleme olmaksızın kabul edilen bu kurum, BGB § 140 uyarınca düzenlenmektedir. **Honsell.** Op. Cit. s. 47, **Akyol.** Op. Cit. s. 32.
[1873]**Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 336.

örtüşmemektedir. Buna karşılık, hükümlerin açık olup olmadığının tespiti ise, *bona fides* dikkate alınarak yapılmalıdır.

İsviçre hukukunda, ZGB 2 I kuralının sözleşmelerin yorumu bakımından uygulanacağı konusunda görüş birliği mevcut olup, bu ise, öncelikle sözleşmelerin teleolojik olarak yorumlanmasını gerektirmektedir.[1874] Sözleşmelerin yorumunda *bona fides* ilkesinin uygulama alanı, Alman hukukunda ise oldukça geniştir. BGB § 157[1875] uyarınca *"Auslegung von Verträgen"* yani "sözleşmelerin yorumu" özel olarak düzenlenmektedir. Bu hükme göre, sözleşmeler, işlem teamülü dikkate alınarak dürüstlük kuralının gerektirdiği gibi yorumlanır.[1876] Bir açıdan, işlem hayatındaki genel teamüllerin dikkate alınması da *bona fides*'in bir gereğidir. Bu nedenle, bu kavramın ayrıca zikredilmesine gerek yoktur.[1877]

Öğretide, bu hükmün, ifada dürüstlük kuralının gözetilmesini düzenleyen BGB § 242 hükmü ile olan ilişkisi sıklıkla tartışılmaktadır.[1878] BGB § 157 kuralı, aslında iradeye ilişkin olup, irade beyanının ve bu irade beyanın içeriğinin yorumlanmasını düzenlemektedir.[1879] Bununla beraber, BGB § 242 ise tarafların iradeleriyle ilgilenmeksizin doğrudan doğruya onların hukuk alanındaki davranışlarını ele almakta ve bu davranışların hukuki sonuçlarını değerlendirmektedir. Bu açıdan, öğretide, BGB § 157'nin *das rechtliche Wollen* yani hukuki iradeye, BGB § 242'nin ise *das rechtliche Sollen* yani hukuken olması gerekene yöneldiği görüşü hâkim

[1874] **Tercier.** Op. Cit. s. 185, No: 511.
[1875] **BGB § 157:** *"Verträge sind so auszulegen, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."*
[1876] **Tercier.** Op. Cit. s. 176, No: 491, **Eren.** Op. Cit. s. 5, **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 112.
[1877] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 19.
[1878] **Roth.** § 242, No: 9.
[1879] **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 352.

durumdadır.[1880] Öte yandan, her iki hüküm de aynı amaca hizmet etmektedir.[1881] Bir başka deyişle, BGB § 242 yerine Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi genel bir hüküm koyarak tüm olasılıkları düzenlemek daha ekonomik gözükmektedir.

Unutulmamalıdır ki, BGB § 157 hükmünün, irade beyanlarının yorumunu özel olarak düzenleyen BGB § 133[1882] hükmü ve BGB § 242 ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir.[1883] Bir mahkeme kararı incelendiğinde, o kararın § 157'ye göre mi yoksa BGB § 242 uyarınca mı verilmesi gerektiği, olay bazında tartışmalara konu olmaktadır.[1884] Öte yandan, bunun pratikte bir önemi yoktur. Zira, BGB § 242 olmasaydı mahkemelerin BGB § 157 hükmünü kullanabileceği, *vice versa* savunulabilmektedir.[1885] Nitekim, BGB'nin ilk tasarısında bu iki kural tek bir hükümde toplanmış ve daha geniş bir kloz olarak düzenlenmiş iken; daha sonra, kanunun iki ayrı maddesinde düzenleme yapılmaya karar verilmiştir. Tasarıdaki geniş hükümde ise, bir sözleşmenin, sözleşen tarafları, sözleşmenin hükümleri ile hukuka; işlem teamülüne ve *bona fides*'e uygun olarak sözleşmenin doğasından ileri gelecek hususlarla bağlı kılacağı yer almıştır.[1886]

Öğretide ve Pandektist literatürde tasarıda yer almış olan bu klozun *exceptio doli*'ye olan yakınlığının altı çizilmektedir.[1887] Keza, bu hükmü iki ayrı maddeye bölen kanun koyucunun, maddi bir değişiklik yapmak isteyip istemediği de açık değildir.

[1880] **Barlas.** Op. Cit. s. 203.
[1881] **Roth.** § 242, No: 15.
[1882] 19. yüzyıl itibariyle, irade özerkliğine verilen önem, Alman hukukunda kendisini ağırlıkla göstermiştir. Sözleşme kavramı, *Willenserklärung* da denilen irade açıklamaları çerçevesinde tanımlanmış olup, sözleşmede zımni olarak yer aldığı kabul edilen yükümlülüklerin bizatihi irade açıklamalarından kaynaklandığı kabul edilmiştir. **Gordley.** Medieval Law. s. 116.
[1883] **Merz.** Art. 2, No: 121, **Roth.** § 242, No: 107, **Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 138.
[1884] **Markesinis, Sir B., Unberath, H. ve Johnston, A.:**The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Oxford: Hart Publishing, 2006, s. 126.
[1885] **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 389, **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit**.** s. 29.
[1886] **Roth.** Loc. Cit.
[1887] **Whittaker ve Zimmermann.** Op.Cit**.** s. 19.

Öte yandan, burada bahsi geçen *exceptio doli* kavramı Roma usul hukukundakinden farklıdır. Burada önemli olan, *bona fides* kuralına olan yakınlığı sebebiyle, hükmün sahip olduğu *exceptio doli* etiketidir. Germanist yapıyı benimseyen Yunan Medeni Kanunu'nun 200. maddesi, sözleşmelerin yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmünü, Alman Medeni Kanunu'na paralel olarak benimsemiştir.[1888] Avusturya Medeni Kanunu ABGB'de yer alan § 914 kuralı da, 1916 tarihinde yeniden düzenlenmiş olup,[1889] yeni düzenleme, büyük ölçüde BGB § 242 etkisi altında kalmıştır. Öte yandan, bu hüküm, Alman *Treu und Glauben* kavramı kadar geniş algılanmamaktadır. Yeni ABGB § 914 uyarınca, sözleşmelerin yorumlanmasında yalnızca lafzın dikkate alınmaması; bununla beraber taraf iradelerinin *bona fides*'e uygun olarak yorumlanması gerekmektedir.[1890]

Fransız hukukunda da sözleşmelerin yorumlanması bahsinde *bona fides* ilkesi özel olarak düzenlenmiştir. Fransız C Civ. Art. 1135[1891] uyarınca, sözleşmeler tarafları, yalnızca ifade edilenlerle değil; aynı zamanda doğasına uygun olarak hakkaniyetin, uygulamanın ve kanunun zorunlu kıldıkları hususlarla da bağlı kılmaktadır. Bu madde incelendiğinde, dürüstlük kuralı ya da *bona fides* ifadesinin, hükmün lafzında yer almadığı görülebilmektedir. Öte yandan, bu düşünce, *ius commune* hukukçularının sistematize ettikleri *bona fides* anlayışının bir ürünüdür.[1892] Fransız hukukunda, sözleşmelerin yorumu bakımından tarafların gerçek iradelerinin araştırılması gereği, eski C. Civ. Art. 1156 uyarınca düzenlenmiş olup, 2016 yılı

[1888] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 49.
[1889] **ABGB § 914:** *"Bei Auslegung von Verträgen ist nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften, sondern die Absicht der Parteien zu erforschen und der Vertrag so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht."*
[1890] **Merz.** Art. 2, No: 116, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1173, **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 50.
[1891] **C.Civ. Art. 1135:** *"Les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature."*
[1892] **Mélin.** Op. Cit.s. 114, **Gordley**. Medieval Law. s. 116.

itibariyle Art. 1188 kapsamına alınmış ve sözleşmelerin güven ilkesine göre yorumlanması gereği maddeye eklenmiştir.[1893] Yine, C. Civ. Art. 1190 ise katılım sözleşmeleri bakımından sözleşmelerin kaleme alanlar aleyhine yorumlanacağını düzenleyerek *bona fides*'i güvence altına almaktadır.[1894]

Bununla beraber öğretide, Fransız sözleşmeler hukukunun *autonomie de la volonté* yani irade özerkliği fikri üzerine kurulu olduğu ve bu fikrin, *bona fides*'e, diğer hukuklara göre az yer bıraktığı düşüncesi de mevcuttur. Keza, Fransız hukukunda sözleşme hükümleri büyük önem taşımakta olup, sözleşmeye uygun olanın, aynı zamanda adil de olacağı, *"qui dit contractuel dit juste"* şiarıyla benimsenmektedir. Özellikle 19. yüzyılın son kısmında, Fransız hukukunda *bona fides*'e gerektiği gibi yer verilmemiş olup, *bona fides*, ancak iradede fesat olup olmadığının tespiti gibi spesifik hâllerde karşımıza çıkmıştır.[1895] Yine, Fransız öğretisinde, son gelişmelerin, *bona fides*'in rolünü azaltma yönünde olduğu da iddia edilmektedir. Buna göre, *bona fides* sözleşmeler hukukunda ancak tamamlayıcı, ikincil bir öneme sahip olacaktır.[1896] Öte yandan, çağımızda bu düşüncenin çürümeye başladığı da savunulmaktadır.[1897]

Bunun sebebi, 19. yüzyılda yaşanan paradigma kaymasıdır. Sözleşmede yer alan zımni hükümler, esasında taraf iradelerine göre istenmektedir. Buna göre, hâkim

---

[1893]**C. Civ. Art. 1188:***"Le contrat s'interprète d'après la commune intention des parties plutôt qu'en s'arrêtant au sens littéral de ses termes. Lorsque cette intention ne peut être décelée, le contrat s'interprète selon le sens que lui donnerait une personne raisonnable placée dans la même situation."*

[1894]**C. Civ. Art. 1190:***"Dans le doute, le contrat de gré à gré s'interprète contre le créancier et en faveur du débiteur, et le contrat d'adhésion contre celui qui l'a proposé."*

[1895]**Wihttaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 33.

[1896]**Menezez, C:***La Bonne Foi À La Fin Du Vingtième Siècle*, Revue de Droit de L'Université de Sherbrooke, S. 26, Yıl: 1996, s. 225-243, s. 234.

[1897]**De Vita, A.:***Buona Fede E Common Law: Attrazione Non Fatale Nella Storia del Contratto*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 459-488, s. 482.

mümkün mertebe taraf iradelerine müdahale etmemeli; dikkatli olmalıdır. Bir diğer deyişle, tarafların borçlarının kaynağı *bona fide*s yerine irade olmuştur.[1898] Fransız öğretisindeki çalışmaların bir kısmı, *bona fides*'i, irade özerkliğinin yorumu ile sınırlamaktadır.[1899] Fransız hukuku başta olmak üzere Kıt'a Avrupası hukuklarında sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği büyük önem taşımakta; *consensus*, sözleşmeye sübjektif karakterini verirken, iradenin dışa vurulması sözleşme biçiminde kristalize olmakta ve objektif bir yapı halini almaktadır.[1900]

Buna göre, 1135. madde ile beraber değerlendirildiğinde, sözleşmelerin *bona fides*'e uygun ifasını düzenleyen 1134. madde, hakkaniyeti ve *bona fides*'i yansıtmakta; bunlara da, irade özerkliğini kuvvetlendirmek amacıyla başvurulmaktadır.[1901] Bununla beraber bu fikrin, *bona fides* kavramından türeyen yeni olguların artık özerklik kazanarak başlı başına bir hukuki kurum olma niteliği taşımaya başladığından doğduğu düşünülmektedir. *Eğer bona fides*, bir şemsiye kavram olarak değerlendirmeye alınırsa, sözleşmeler hukukundaki önemi her zaman birincil nitelikte kalacaktır. Bu duruma Fransız hukukundan örnek vermek gerekirse, ilgili kanun hükmünde yer alan hakkaniyet kavramının, esasında *bona fides*'ten bağımsız olarak düşünülemeyeceği ileri sürülebilir. Zira, *bona fides*'e uygunluk hakkaniyetin sağlanabilmesi için adeta bir ön şart konumundadır. Keza, *Demolombe* da *bona fides*'in tüm sosyal ilişkilerin ruhu olduğunun altını çizmiştir. Buna göre, *bona fides*

[1898]**Gordley.** Medieval Law. Loc. Cit.
[1899]**Gorphe, F.:**La Principe de la Bonna Foi, Paris: Dalloz, 1928, s. 83 vd.
[1900]**Vigneron, S.:***Le Rejet de Bonne Foi en Droit Anglais*, in (ed.Robin-Olivier, S ve Fasquelles, D.), "Les Echanges Entre Les Droits: L'Expérience Communautaire", Bruxelles: Bruylant, 2008, s. 307-331, s. 322.
[1901]**Beudant, C.:**Cours de Droit Civil Françaşis, Lerebours-Pigeonniere, Paris: Tome VIII, 1936, s. 222.

sadece taraf iradelerinin yorumunda değil aynı zamanda sözleşmenin ifası ya da tamamlanmasında da esastır.[1902]

Bu nedenle öğretide, sözleşmelerin ifasında dürüstlük kuralına uyulmasının, esasında sözleşmelerin, tarafların sözleşme içeriğine dâhil ettikleri kelimelerden ziyade gerçek iradelerine göre yorumlanması suretiyle mümkün olabileceği görüşü hâkimdir. Sözleşmelerin ifasında *bona fides*'in gözetilmesi için, sözleşmelerin, yine, güven ilkesine uygun olarak yorumlanması gerekmektedir. Fransız hukuku bakımından yapılan bu değerlendirme, tüm Kıt'a Avrupası hukukları açısından geçerlidir.[1903]

Sözleşmelerin yorumlanması aşamasında *bona fides*'e verilen önem İtalyan hukukunda da göze çarpmakta; İtalyan C.c. 1375'in özel bir uygulaması olan C.c. 1366. maddesi uyarınca, sözleşmelerin *bona fides*'e göre yorumlanması gerekmektedir.[1904] İtalyan Yüksek Mahkemesi *Corte Suprema di Cassazione* de, 2009 yılında verdiği bir kararda, objektif *bona fides* ilkesinin, sözleşmelerin kurulması; ifası ve yorumlanması aşamalarının tamamında hâkim olması gerektiğine karar vermiştir.[1905] Mahkeme'ye göre, dürüstlük kuralı özellikle hâkimin sözleşme hükümlerini yorumlarken ya da gerektiğinde modifiye ederken uygulaması gereken yegâne ilkedir. Bunlara ek olarak, hâkimin, sözleşmesel ilişkilerde taraf menfaatlerini dengeleme ödevi mevcut olup, bu ödevi yerine getirmesi için de *bona fides*'e ihtiyaç duymaktadır. Kıt'a Avrupasında, *bona fides* hakkındaki en yeni yasal düzenleme ise Hollanda hukukunda olmuştur. Hollanda hukukunda *bona fides*'in

[1902]**Demolombe, C.:**Cours de Code Napoléon XXIV, Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général, Paris: Durand, 1877, s. 376.
[1903]**Ibid.,** s. 33.
[1904]**C.c. 1366:***"Il contratto deve essere interpretato secondo buona fede.",* **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1188.
[1905]Bkz. No: 20106, 18.09.2009.

sözleşmeler ve borçlar hukukunun her alanına sirayet ettiği ve üç farklı fonksiyon taşıdığı söylenmektedir. Buna göre, dürüstlük kuralının fonksiyonları, yorumlama; tamamlama ve kısıtlama ya da düzeltmedir.[1906] Öte yandan, bu fonksiyonlar arasında en rahat uygulanacak olanı ise şüphesiz yorumlama fonksiyonudur.[1907]

Modern İngiliz mahkemeleri ise, sözleşmesel adaletsizliklerin giderilmesi için genel ve geniş bir hakkaniyet doktrini yaratmamıştır. Öte yandan, İngiliz hukukunda da *bona fides*'e uygunluk ve hakkaniyetin sağlanması adına bir takım spesifik çözümler benimsenmiştir. Bunlardan bir tanesi de, taraf iradelerinin yorumu bahsinde karşımıza çıkmaktadır. İngiliz hukukunda sözleşmelerin yorumu ile normatif sonuçlara varılmakta olup, bu faaliyet doğrultusunda, diğer hukuk sistemlerinin genel bir *bona fides* yükümlülüğü ile ve güven ilkesine göre yorum prensibi ile üstesinden geldiği hukuki sonuçlara ulaşılabilmektedir.[1908] İngiliz hukukunda, sözleşmelerde yer alan muğlak şartların, onu kaleme alan aleyhine yorumlanacağı kuralı da kabul edilmektedir.[1909] Bunun gibi, Amerikan hukukunda da, *bona fides*'in mahkemeleri sözleşmeleri yorumlarken yönlendiren bir araç olduğu belirtilmektedir.[1910] Öte yandan, böylesi bir fonksiyon da Romanist *bona fides* anlayışı ile Anglo-Amerikan *bona fides* anlayışı arasındaki yakınlığı gözler önüne sermektedir.[1911]

Küresel bir hukuk düzeni yaratmayı amaçlayan *lex mercatoria* araçları bakımından da, *bona fides*'in yorumlayıcı işlevi sıklıkla kullanılmaktadır. Sözleşmelerde

[1906]**Hartkamp, A.:***Judicial Discretion Under the New Civil Code of Netherlands,* The American Journal of Comparative Law, C. 40, S. 3, Yıl: 1992, s. 551-571, s. 554 vd.
[1907]Hollanda hukukunda *bona fides*, Türk-İsviçre hukuku bağlamında dürüstlük kuralı anlamında kullanılmaktadır. Öte yandan, ticari sözleşmeler bakımından ise, *"commercial standards and fair dealing"* (ticari standartlar ve dürüst iş yapma) kavramları önem taşımakta olup, bunlar da özünde makullük ve hakkaniyeti ifade etmektedir.
[1908]**Akyol.** Op. Cit. s. 45.
[1909]**Vigneron.** Op. Cit. s. 311.
[1910]**Looschelders ve Olzen**. § 242, No: 1219.
[1911]**Summers.** America. s. 123.

dürüstlük kuralını düzenleyen UNIDROIT ilkeleri 1.7 numaralı maddenin tartışıldığı ilk dönemlerde, *bona fides*'in sadece sözleşmelerin yorumu bakımından esas alınması önerilmiştir. Daha sonra ise, metnin sözleşmenin her aşamasını kapsayacak biçimde hazırlanması gerektiği kabul edilmiştir. İlkenin lafzında yer alan *bona fides*'e uyma yükümlülüğünün, sözleşme öncesi ilişkilerden, kötü ifaya ya da ifa edilmemeye kadar, sözleşmesel bir ilişkinin hayatının tüm evrelerine uygulanacağı öğretide ortak görüştür.[1912] Keza, hükmün lafzından da aksi çıkarılamamaktadır. Yine 4.6 numaralı madde ise, *contra proferentem* kuralını ifade etmektedir.[1913] Buna göre, "eğer taraflardan birisi tarafından hazırlanan sözleşme hükümleri açık değilse, hazırlayan taraf aleyhine bir yorum tercih edilir." Bu madde, esasında genel işlem koşullarına[1914] ilişkin olup, adaletsizliğe ve hakkaniyetsizliğe karşı denetim sağlamakta ve *bona fides* ilkesini güvence altına almaktadır.[1915]

Nitekim, sözleşme taraflarından birisi, belirli bir sözleşmenin nasıl formüle edildiğinden sorumlu olabilmektedir. Bu gerek sözleşmeyi kaleme almasından, gerekse genel işlem koşulları kullanmasından kaynaklanabilecektir. Bu hâlde, avantajlı tarafın, sözleşmenin formülasyonundaki olası belirsizlik riskini taşıması gerekmektedir.[1916] Aslında, *contra proferentem* kuralı, modern *lex mercatoria*'nın bir parçası olmakla beraber, özünde Roma hukukundaki *"in ambiguis/dubbio contra stipulatorem"* yani "muğlaklık/şüphe hâlinde kaleme alan aleyhine yorum" esasına dayanmaktadır.[1917] *Bona fides*'in açıkça gerektirdiği bu kural, başta genel işlem koşulları bakımından Türk-İsviçre ve Alman hukuku olmak üzere, çeşitli hukuk

[1912]**Vogenauer.** Unidroit. s. 169.
[1913]**UNIDROIT 4.6:***"If contract terms supplied by one party are unclear, an interpretation against that party is preferred."*
[1914]Bkz. IV. Bölüm-III-C.
[1915]**Oğuz**. Unidroit. s. 39.
[1916]**Bonell, M.J:**A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, London: Kluwer Law International, 1999, (Unidroit), s. 242.
[1917]D.34.5.6.

sistemlerince ortak olarak tanınmakta, hatta bizatihi uluslararası antlaşmaların yorumunda dahi uygulanmaktadır.[1918] UNIDROIT ilkeleri kapsamında ise, söz konusu maddenin asıl amacı tüketicilerin korunmasıdır.[1919]

Bu riske katlanma zorunluluğu aslında ekonomik bir temele dayanmaktadır. Nitekim, iktisat bilimi ve özellikle de oyun teorisi alanında bir pastanın iki kişi arasında en adil nasıl paylaştırılacağı sorunu, bir tarafa pastayı kesme; diğer tarafa da, kesilen parçalardan birisini seçme hakkı tanınması suretiyle çözülmektedir.[1920] Buna paralel olarak da, bir tarafın sözleşme koşullarını hazırlama hakkı sahibi olması durumunda, en azından muğlaklık hâlinde diğer taraf lehine yorum yapılacağının bilinmesi, sözleşmeyi hazırlama avantajı olan tarafta daha adil davranma saikini oluşturmakta; bir nevi, pastayı mümkün olduğunca eşit bölmesini gerektirmektedir. *Contra porfentem* kuralının hangi noktaya kadar uygulanacağı ise, olayın koşullarına göre belirlenecektir. Öte yandan, sözleşme ne kadar az müzakere edildiyse, dezavantajlı olan karşı taraf lehine yapılacak yorum da, o kadar haklı görülmektedir.[1921] Bu kural, gerek Kıt'a Avrupası, gerekse Anglo-Amerikan hukukunda genel işlem koşullarının yorumunda önemle uygulanmaktadır.[1922]

CISG de, 8. maddesinde taraf iradelerinin yorumunu düzenlemektedir. Maddeye göre: "(1) Bu Antlaşmanın amacı çerçevesinde taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları onun iradesine uygun olarak yorumlanır, yeter ki karşı taraf bu iradeyi bilsin veya bilmemesi mümkün olmasın. (2) Eğer fıkra 1 uygulanamıyorsa,

[1918]**Honsell.** Art. 2, No: 14, **Chappuis.** Art. 2, No: 16, **Tercier.** Op. Cit. s. 193, no: 528, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 214, **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 400, **Vogenauer.** Unidroit. s. 527.
[1919]**Vogenauer.** Op. Cit. s. 528.
[1920]**Brams, S.J. ve Taylor A.D.:**Fair Division: From Cake Cutting to Dispute Resolution, Cambridge University Press, Cambridge: 1999, s. 23.
[1921]**Bonell**. Loc. Cit.
[1922]**Merz.** Art. 2, No: 172.

taraflardan birinin beyanları ve diğer davranışları, karşı taraf ile aynı konumda makul bir kişinin aynı koşullarda bunlara vereceği anlama göre yorumlanır. (3) Taraflardan birinin iradesini veya makul bir kişinin anlayışını tespit edebilmek için özellikle taraflar arasındaki sözleşme görüşmeleri, aralarında oluşmuş alışkanlıklar, teamüller ve tarafların sonraki davranışları da dâhil olmak üzere olayın ilgili tüm koşulları dikkate alınır." Öğretide, bireysel beyanların yorumlanmasında esas alınan bu ilkenin aslında *bona fides* olduğu savunulmaktadır.[1923] Nitekim, taraf iradelerinin yorumunda güven ilkesi, *bona fides*'in yansımalarından bir tanesidir. Yine, Avrupa sözleşme hukukunun yeknesaklaştırılmasını amaçlayan DCFR II-8:102 uyarınca, hukuki işlemlerin yorumunda dürüstlük kuralına uygunluğun altı çizilmektedir.[1924] Bu çerçevde, hukuki işlemlerin amaçsal olarak yorumlanması esas olup, özellikle, *bona fides* ve "dürüst iş yapma" ilkeleri yorumda dikkate alınmalıdır.[1925] Sözleşmelerin yorumu, sözleşmesel ilişkilerde kesinlik ve uygulamada yeknesaklık sağlamayı amaçlayan PECL kapsamında da, özel olarak düzenlenmektedir. PECL 5.102 numaralı maddeye göre, bir sözleşme, başlangıç müzakereleri başta olmak üzere, özellikle, kurulduğu andaki şartlar; tarafların davranışları; sözleşmenin doğası ve amacı; tarafların benzer durumlar için kabul ettikleri yorum biçimleri ve uygulamaları ile *bona fides* ve "dürüst iş yapma" prensiplerine göre

[1923] **Schwenzer ve Hachem.** Op. Cit. s. 268.

[1924] **DCFR II-8:102:** *"Relevant matters (1) In interpreting the contract, regard may be had, in particular, to: (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations; (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract; (c) the interpretation which has already been given by the parties to terms or expressions which are the same as, or similar to, those used in the contract and the practices they have established between themselves; II. – 8:101 Book II 216 (d) the meaning commonly given to such terms or expressions in the branch of activity concerned and the interpretation such terms or expressions may already have received; (e) the nature and purpose of the contract; (f) usages; and (g) good faith and fair dealing. (2) In a question with a person, not being a party to the contract or a person such as an assignee who by law has no better rights than such a party, who has reasonably and in good faith relied on the contract's apparent meaning, regard may be had to the circumstances mentioned in sub-paragraphs (a) to (c) above only to the extent that those circumstances were known to, or could reasonably be expected to have been known to, that person."* **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1235.

[1925] Keza, dürüstlük kuralı ile dürüst iş yapma ilkesinin nasıl anlaşılması gerektiği de bir ölçüde tarafların anlaşmasına ve anlaşmanın, tarafların iradesinin güven ilkesine göre yorumuna bağlıdır. **Looschelders ve Olzen**. § 242, No: 1239, **Flechtner**. Op. Cit. s. 307.

yorumlanmaktadır.[1926] *Bona fides*, Roma hukukundan günümüze, sözleşmelerin yorumunda esas alınması gereken ana kriterdir.

III. Tamamlayıcı İşlevi

Dürüstlük kuralının işlevlerinden bir diğeri tamamlayıcılıktır.[1927] *Labeo, bona fides*'i sözleşmenin tamamlanması için gerekli erdemli davranışlar olarak tanımlamıştır.[1928] Hukuki işlemler başta olmak üzere sözleşmeler de, içerisinde boşluklar bulundurabilmekte olup, bir hukuki ilişkinin ortaya çıkardığı bütün sorunların çözümüne ait esasların, o sözleşmede yer almaması mümkündür.[1929] Bir hukuki işlemde tarafların çözüm isteyen belirli bir konuda düzenleme yapmamış olmaları hâlinde, hukuki işlemde boşluk olduğu söylenmekte ve hukuki işlemlerin tamamlanması gündeme gelmektedir.[1930]

[1926]**PECL 5.102:** *"In interpreting the contract, regard shall be had, in particular, to: (a) the circumstances in which it was concluded, including the preliminary negotiations; (b) the conduct of the parties, even subsequent to the conclusion of the contract; (c) the nature and purpose of the contract; (d) the interpretation which has already been given to similar clauses by the parties and the practices they have established between themselves; (e) the meaning commonly given to terms and expressions in the branch of activity concerned and the interpretation similar clauses may already have received; (f) usages; and (g) good faith and fair dealing."*

[1927]**Gallo.** Contratto. s. 615.

[1928]**Dazjcak.** Op. Cit. s. 417.

[1929]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 288.

[1930]Sözleşme boşlukları *(Vertragslücke)* de açık ya da örtülü olabilmektedir. Açık sözleşme boşluğu, tarafların bir hukuki sorunu düzenlememiş olmaları sebebiyle ortaya çıkarken; örtülü sözleşme boşluğu halinde ise taraflar bir noktayı soyut ve genel bir biçimde düzenlemiş olduklarından, bu düzenleme yeterince açık değildir. Kanımızca, örtülü boşluk halinde sözleşmenin tamamlanması değil yorumu söz konusu olmalıdır. **Eren.** Op. Cit. s. 493-494.

A. Roma Hukukunda Sözleşmelerde Boşluk Olması Hâlinde *Bona Fides*'in Önemi

Roma'dan bu yana, gerek kanunlarda, gerekse sözleşmelerde *lacuna* yani boşluk olması hâlinde *aequitas* ve *bona fides*'e başvurulmaktadır.[1931] Taraflar, sözleşme yaparken bazı koşulları öngörmemiş ya da öngörmelerine rağmen bu koşullara sözleşmede değinmemiş olabilmektedirler. Böylesi bir *casus omissus* hâlinde de, *bona fides* ilkesi problemi çözmektedir.[1932] Öte yandan, bunun için tarafların o sözleşmenin objektif ve sübjektif esaslı noktaları üzerinde anlaşmaları gerekecektir.[1933]

Eksik sözleşmelerin tamamlanması, problemli ve maliyetli bir işlemdir. *Bona fides* ilkesinin yüklediği *bene agere* borcu ise, bilgi asimetrisi hâlinde söz konusu maliyeti düşürmektedir.[1934] Keza, *aedilis curulis*'ler tarafından getirilen, satım sözleşmesinde malın ayıplı olması hâlinde başvurulacak kurallar da, adeta bir objektif sorumluluk sistemi kurarak asimetrik bilgi problemini çözmüş ve ekonomik etkinlik sağlamış; bunu da *bona fides* aracılığı ile yapmıştır.

Roma hukukunda, taraflar sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri açıkça düzenlemişler ise, *bene agere* borcu gereği, *bona fides*'e uygun ve sadakatli bir şekilde davranmaları gerekmiştir.[1935] Öte yandan, bu yükümlülükler açıkça düzenlenmemişse de, tarafların *bona fide* uygun davranmaları gerektiği kabul

[1931]**Honsell.** Art. 2, No: 11, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 215-216, **Muckley, P. (tr. Tella, y, J, F, María):**Equity and Law Boston: Martinus Hıjhoff Publishers, 2005, s. 24.
[1932]**Andersen, E.G.:***Good Faith Enforcement of Contracts,* Iowa Law Review, C.. 70, Yıl: 1988, s. 299-350, (Enforcement), s. 325.
[1933]**Eren.** Op. Cit. s. 248 vd.
[1934]**Del Granado**. Op. Cit. s. 315.
[1935]**Ibid.**

edilmiştir. Bu noktada unutulmaması gereken husus, Roma hukukunun tarafların kendi menfaatlerini hiçe sayıp, altruist bir biçimde davranmalarını öngörmemiş olmasıdır.[1936] *Iudex* (yargıç), her olay bazında, her bir tarafın *bonus vir* olarak davranıp davranmadığına bakarak değerlendirme yapmıştır.[1937] Ancak, Roma hukukundan bu yana, sözleşmenin tamamlanmasının söz konusu olabilmesi için, tarafların sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde anlaşmış olmaları; bununla beraber, ikinci dereceden noktaları gündeme getirmemiş olmaları ya da bu noktalar üzerinde anlaşmaya varamamış olmaları gerekmektedir.[1938]

Tarafların, üzerinde açıkça anlaşmadıkları bazı noktalarla da bağlı olabileceklerinin, *Digesta*'da yer alan çeşitli metinlerde de altı çizilmiştir Örneğin, *emptio venditio* ile ilgili olarak *Ulpianus*'a ait D.19.1.11.1 uyarınca:

> "…..*nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate."*

> "……sözleşmenin taraflarının uzlaştıkları hususları yerine getirmelerinden daha fazla *bona fides*'e uygun bir şey yoktur. Bununla beraber, bir şey özel olarak kararlaştırılmamışsa; o hukuki işlemin kapsamından doğal olarak çıkarılabilecek hususlar bakımından, birbirlerine karşı sorumlu olurlar."

[1936]D.19.2.22.3.
[1937]**Del Granado.** Loc. Cit.
[1938]Öte yandan, öğretide yeni bir görüşe göre, sözleşmenin tipini belirleyen noktalardaki boşluklar da doldurulabilmektedir; meğer ki, bu noktalar sözleşmenin asgari içeriğine dâhil olsun. **Eren.** Op. Cit. s. 497-499, **Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 289

Bu metin, görüldüğü üzere sadece *dolus*'tan kaçınmayı değil; aynı zamanda, tarafların açıkça üzerinde anlaşmadıkları, hatta kimi zaman hiç akıllarına getirmedikleri noktalarla bağlı olabileceklerini öngörmüştür.[1939] Bu ise, adeta bir sözleşme boşluğu niteliğinde görülebilmiştir.

Ius commune hukukçuları da, *bona fides*'i tam olarak tanımlamamakla beraber, klasik Roma hukukunda uygulanan kuralları açık hükümler olmadığında sözleşmeye dâhil edilecek olan koşulların, sözleşmenin doğasından kaynaklanması gerektiği şeklinde şematize etmiş ve bunun nedeni olarak *bona fides* ve *aequitas* kavramlarını göstermişlerdir.[1940] Ortaçağ hukukçularının yaptıkları bu şema, sözleşmenin doğal hükümleri; özüne ilişkin hükümleri ve yan hükümlerini ayırt etmektedir.[1941] Buna göre *substanca*, sözleşmeye rengini veren ayırt edici hükümler olup, bu hükümlerin değişmesi hâlinde, sözleşmede modifikasyon mümkün olmamakta, aksine yeni bir sözleşme gündeme gelmektedir. *Emptio venditio* sözleşmesi bakımından bu noktalar bedel ve satım konusu şeydir.[1942]*Accursius* da bunları, sözleşmenin olmazsa olmaz unsurları olarak tanımlamıştır.[1943]

Ortaçağda *Aristoteles*'in görüşleri doğrultusunda da, her bir sözleşme tipinin öze ilişkin, bir başka deyişle sözleşmeye niteliğini veren hükümleri olduğu belirtilmiştir.[1944] *Glossator*'lara göre, sözleşmenin olmazsa olmaz hükümleri, o sözleşmenin *radix originalis* (orijinal kökü) olarak ifade edilmiştir.[1945] Bunlar, sözleşmenin tipini belirleyen ve tarafların değişiklik yapamayacakları unsurlardır.

[1939]**Gordley.** Medieval Law. s. 103.
[1940]**Ibid.,** s. 103.
[1941]**Ibid.,** s. 104.
[1942]D.18.1.72.
[1943]**Gordley.** Modern Contract. s. 62.
[1944]Bkz. **Aristoteles.** *Metaphysica.* 1029b14.
[1945]**Gordley.** Op. Cit. s. 63.

Çağdaş borçlar hukukunda *essentialia negotii* denilen bu hükümler, objektif esaslı noktaları karşılamaktadır.[1946] *Azo* ve *Accursius*'un da bu ifadeyi benimserken temel aldıkları nokta, Aristotelyan felsefe uyarınca bir şeyin özü değiştiğinde onun farklı bir şeye dönüşeceği; öte yandan, yan noktaları değiştiğinde ise aynı kalacağı düşüncesidir.[1947] Bu hâlde, tarafların öze ilişkin noktalar üzerinde anlaşamaması durumunda sözleşmenin kurulmamış olacağı; bu nedenle, sözleşmenin *bona fides* uyarınca tamamlanmasının da gündeme gelmeyeceği kabul edilmiştir.

Sözleşmenin olağan hükümleri ya da *naturalia negotii* ise, belli bir tipe ait olan ve sözleşmenin doğasından gelen hükümler olarak belirlenmiş olup, tarafların istemeleri hâlinde, bunların aksini kararlaştırmaları mümkün olmuştur.[1948] Bu hükümler, *radix originalis*'in adeta uzantılarıdır.[1949] Sözleşmede hüküm olmasa dahi, sözleşmenin doğasından çıkartılabilen bu hükümler, geniş anlamda sözleşmenin içeriğine varsayımsal olarak dâhildirler.[1950] Bir diğer ifade ile, bunlar hukuki işlemde irade beyanının içeriğini tamamlayan noktalardır.[1951] Olağan noktalar, esaslı noktaların olağan sonucu olduklarından, bunların taraflarca ayrıca kararlaştırılması gerekmez.[1952] Bunlara örnek olarak ise, ayıptan dolayı sorumluluk hükümleri verilmektedir.[1953] Sözleşmenin olağan hükümlerinin sözleşmenin içeriğine dâhil edilmesi, esasında *bona fides* ve *aequitas* uyarınca sözleşmenin tamamlanmasına işaret etmektedir. Çağdaş hukukta ise, sözleşmelerin olağan hükümleri genellikle

---

[1946]Objektif esaslı noktaların yanı sıra, taraflar, aralarında anlaşarak bazı yan noktaları da sözleşmenin zorunlu koşulu haline getirebilmekte olup, bunlara ise, sübjektif esaslı nokta adı verilmektedir. **Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 229, **Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 83, **Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 174, **Eren.** Op. Cit. s. 250, **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 418.
[1947]**Gordley.** Loc. Cit., **Coing.** Op. Cit. s. 32.
[1948]**Hausmaninger ve Selb.** Op. Cit. s. 230, **Gordley.** Medieval Law. s. 101, **Coing.** Loc. Cit.
[1949]**Gordley.** Modern Contract. s. 63.
[1950]**Kocayusufpaşaoğlu.** Op. Cit. s. 175.
[1951]**Sirmen.** Şart. s. 13
[1952]Buna, çağdaş hukuktan örnek olarak, temerrütün sonucunda faiz işletilmesi verilebilecektir. **Eren.** Op. Cit. s. 249.
[1953]**Umur.** Lügat. s. 140.

kanunun yedek hukuk kurallarına bağlanmıştır. Öte yandan, kanunların yapılışında da *aequitas* gözetilmiştir.

Sözleşmenin arızi hükümleri ise, Roma hukukunda *accidentalia negotii* olarak şematize edilmiştir.[1954] Bu hükümler, sadece taraflarca açıkça kararlaştırılmaları hâlinde bağlayıcı olarak belirlenmiş olup, aksi hâlde, sözleşmeye fazla sayılmışlardır.[1955] Bu hükümler, diğer iki türden farklı olarak bir sözleşmenin doğası ötesinde yer alır. Bu noktalar, çağdaş borçlar hukukuna da aslında sözleşmede bulunmayıp; daha sonrasında, dışarıdan gelen arızi noktalar olarak geçmiştir.[1956] Bunlar için öğretide, yan kayıt anlamında *nebenbestimmungen* de denilmektedir.[1957] Arızi hükümler, tarafların iradesi ile olağan hükümlerden sapma ya da onları tamamlama işlevi gösterirler.[1958] Hukuki işlemlere konulan şartlar da, arızi nokta olarak değerlendirilmekte; bu şekilde hukuki işlemlerin sübjektif esaslı unsuru hâline dönüşmektedirler.[1959] Tarafların, bir sözleşmenin doğal etkisini kaldıracak bir hüküm eklemeleri hâlinde ise, bu hüküm batıl olmaktadır.[1960]

Naturalia ve *accidentalia negotii*, taraflarca kararlaştırılıp sübjektif esaslı nokta hâline getirilebilmektedir. Öte yandan, aksi hâlde, bunlara ikinci derece ya da yan nokta adı verilmekte olup, bunların hiç müzakere edilmemesi hâlinde, objektif yan nokta; müzakere edilmekle beraber asli nokta hâline getirilmemeli hâlinde ise, sübjektif yan nokta teşkil edeceği kabul edilmektedir.[1961] Eğer taraflar, ikinci

[1954]**Arangio-Ruiz.** Op. Cit. s. 84.
[1955]**Gordley**. Loc. Cit., **Coing.** Loc. Cit.
[1956]**Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 175.
[1957]**Sirmen.** Şart. s. 14.
[1958]Örneğin, çağdaş satım sözleşmesi bakımından, taraflar çek ile ödeme yapılmasını öngörmüşlerse, bu hâlde arızi bir hükmün varlığı söz konusudur. **Eren.** Op. Cit. s. 249.
[1959]**Sirmen.** Loc. Cit.
[1960]**Gordley.** Medieval Law. s. 111.
[1961]**Eren.** Op. Cit. s. 249.

dereceden böylesi bir noktayı hiç müzakere etmez ya da müzakere edip sonuca bağlamaz, ancak daha sonra, bu sorunun çözülmesi konusunda anlaşırlarsa; bu hâlde, sözleşmede *lacuna* söz konusu olmaktadır. Bu hâlde ise sözleşmenin tamamlanması faaliyeti *bona fides* ve *aequitas* uyarınca gerçekleştirilmelidir. Sözleşmenin doğal hükümleri, *ius gentium* tarafından öngörülen doğal bir sebep ile doğmuşlardır.[1962] Bu nedenle, *bona fides* uyarınca kararlaştırılmayan hususlar bakımından doğal olarak ne gerekiyorsa o ifa edilmelidir.

Azo'ya göre de her sözleşmenin kendi doğal bir tipi mevcut olup, her bir tarafın, *bona fides* ile *aequitas* uyarınca bunu gözetmesi gerekmiştir.[1963] Keza Roma hukukundan beri, kanunda hüküm olmayan hâllerde tarafların hak ve borçlarını da doğal hakkaniyet belirlemektedir.[1964] Sözleşmenin unsurları üzerinde çoklukla duran *ius commune* hukukçuları, bununla beraber, sözleşmenin özü ve doğası ile *bona fides* arasındaki ilişkiyi açıklamada daha öteye gidememişlerdir.[1965] *Baldus*'un önceliğinde Kanonistler, her tür sözleşme bakımından tarafların dürüstlük kuralının getirdikleri ile bağlı olmak zorunda olduklarını dile getirmişlerdir. Öte yandan, Kanonik hukukçular, soyut hukuki ilkelerle Roma medeni usul hukukçuları kadar ilgilenmediğinden, aynı oranda ilerleme kaydedememişlerdir.[1966]

B. Çağdaş Hukukta Sözleşmelerin Tamamlanması ve Güven İlkesi

Çağdaş hukukçular da Roma hukukçularının bu düzenlemelerini izlemiştir. Modern hukukta bir görüşe göre, tarafların objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktaları

[1962]Bkz. **Odofredus.** *Lectura Super Digesto Veteri.* Bologna: 1552.
[1963]Bkz. **Azo.** *Summa Codicis.* C.4.54.
[1964]**Gordley.** Op. Cit. s. 109.
[1965]**Ibid.,**.s. 105.
[1966]**Ibid.,** s. 106.

üzerinde anlaştığı bir sözleşme içerisinde bir boşluk bulunması hâlinde, boşluğun doldurulması için öncelikle yedek (tamamlayıcı) hukuk kurallarına başvurulmaktadır.[1967] Yedek hukuk kuralı bulunmadığı takdirde ise boşluk, dürüstlük kuralına göre tarafların farazi iradesi tespit edilerek doldurulmaktadır.[1968] Buna karşılık, bir başka görüşe göre ise, boşlukların yedek hukuk kurallarıyla mı yoksa dürüstlük kuralı ve bu çerçevede güven ilkesi ile mi doldurulacağına hâkim karar verecektir.[1969] Ancak her hâlde, sözleşmelerin ifasında *bona fides*'in gözetilmesi, özellikle boşluk doldurma bakımından karşımıza çıkmaktadır. [1970]

Sözleşmelerin yorumlanması aşamasında da, karşımıza güven ilkesi biçiminde çıkan *bona fides*, aslında dürüstlük kuralının tamamlayıcı işlevini yerine getirmektedir.[1971] Güven ilkesi uyarınca, bir kimsenin karşı tarafın davranışını, haklı sebeplerle kendisine yönelmiş bir irade beyanı olarak sayması hâlinde; söz konusu irade beyanı varmış gibi sonuç doğmaktadır.[1972] Sözleşmelerin tamamlanmasında güven ilkesi, tarafların, söz konusu boşluğu sözleşmeyi yaparlarken düzenlemiş olsalardı, dürüst ve makul sözleşenler olarak nasıl bir yol izleyecekleri sorusuna cevap

[1967]**Edis.** Op. Cit. s. 309, **Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 289.
[1968]**Oğuzman ve Barlas.** Loc. Cit., **Honsell.** Art. 2, No: 15, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 355, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 212-213, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 75.
[1969]*Edis*, boşluk doldurmada teamüllerin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre, taraflar, üzerinde uyuşulmayan noktaları, hayatın olağan akışına göre makul ve dürüst orta zekâlı bir vatandaş olarak nasıl dolduracak idilerse; hâkim, bu şekilde bir düzenleme yapmalıdır. **Edis.** Op. Cit. s. 310.
[1970]*Bona fides*, sadece hukuki işlemlerde değil, kanun boşluklarının doldurulmasında da rol oynamaktadır. Örneğin, kanunun tanıdığı bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespiti, dürüstlük kuralına göre yapılmaktadır. Bazı hallerde ise, kanun, dürüstlük kuralına yollama yapmaktadır. Öte yandan, kanunda açıkça yer almasa dahi, bazı hükümlerde dürüstlük kuralının etkisi görülmektedir. Örneğin TBK 27/II uyarınca sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olacaktır. Bu hâlde, bu belirlemenin yapılmasında da *bona fides*'e göre değerlendirme yapılmaktadır. **Edis**. Op. Cit. s. 310, **Warren, M.:***Good Faith: Where Are We At?*, Melbourne University Law Review, Yıl: 2010, s. 344-350, s. 349.
[1971]**Edis.** Op. Cit. s. 290, **Tercier.** Op. Cit. s. 196, no: 537.
[1972]Bkz. ATF 135 II 410, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 50.

aramaktadır.[1973] Bir diğer deyişle, bu durumda, hayatın normal akışına göre makul, orta zekâlı ve dürüst bir kimsenin farazi davranışı esas alınmaktadır.[1974] Hâkim, tarafların varsayılan iradesinin dürüst ve namuslu bir iş ilişkisini ifade eden güven ilişkisinin gerektirdiği irade ile aynı sonuca yöneldiğini kabul ederek bu belirlemeyi yapmaktadır.[1975]

Her ne kadar *bona fides*, BGB içerisinde dağınık olarak düzenlenmiş olsa da, Alman hukukunda dürüstlük kuralının tamamlayıcılık işlevi ile ilgili olarak, başvurulabilecek en önemli kaynak BGB § 242 hükmüdür. *Wieacker* ise, bu işlevi kabul etmekle beraber; bu yorumun BGB § 157 hükmünden de çıkarılabileceği düşüncesindedir.[1976] Bu açıdan, BGB § 242'nin *supplendi causa* ile çalıştığı söylenmektedir. Bu hâlde BGB § 242, tıpkı Roma hukukunda *ius civile*'yi tamamlayan; gerektiğinde boşlukları dolduran, gerektiğinde ise hakkaniyete uygun hale getiren *ius honorarium*'un işlevine sahip olmaktadır.[1977] Buna benzer olarak, Avusturya hukukunda, ABGB § 914 kuralının da sözleşmelerin tamamlanmasında uygulanacağı kabul edilmektedir.[1978]

Alman öğretisinde, sadece geçerli olarak kurulmuş sözleşmeler bakımından değil, fiili sözleşme ilişkileri bakımından da olası bir boşluğun mevcudiyeti hâlinde *bona fides* ilkesine göre yorum yapılacağı kabul edilmektedir. Alman BGH, bu noktada tamamlayıcı yorumun kullanılacağının altını çizmektedir.[1979] Temeli dürüstlük kuralına dayanan tamamlayıcı yorumun ilkeleri arasında ise, yorumun hukuka uygun

[1973]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 290.
[1974]**Edis**. Loc. Cit.
[1975]**Akipek ve Akıntürk.** Op. Cit. s. 175.
[1976]**Wieacker, F.:**Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB, Tübingen: 1956, (BGB), s. 20 vd.
[1977]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 24.
[1978]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1174.
[1979]**Akyol.** Op. Cit. s. 40.

olması; gerçek ya da gerçeğe yakın taraf iradelerinin araştırılması; sözleşme konusunun genişletilmemesi ve yorumun yorum anına göre *bona fides* uyarınca yapılması sayılmaktadır.[1980]

Bu görüşe göre, sözleşmelerin tamamlanması, aslında bir yorum faaliyetidir ve buna tamamlayıcı yorum adı verilmektedir. Nitekim, yorum çeşitleri çok farklı ayrımlara tabi tutulabilmekte olup, bunlardan bir tanesi de, basit/açıklayıcı yorum ile tamamlayıcı yorum ayrımıdır. Basit yoruma göre, tarafların ortak iradesinin anlamı ve yöneldiği amaçlar açıklanmaya çalışılır.[1981] Bu yorum, sözleşmede bulunan maddi unsurlara göre yapılmakta ve hem iradeyi açıklayanın, hem de karşı tarafın yoruma muhtaç hususlara ne anlam verdiğinin tespiti amaçlanmaktadır. Bu hâlde ise, sırf lafzi bir yorum değil mantıki, amaçsal bir yorum söz konusu olacaktır.[1982] Açıklanmış iradenin içeriğinin bulunması için de, tarafların iç iradesinin irade ya da beyan teorisine göre tespiti gerekmektedir. Dürüstlük kuralı, bütün bu yorum faaliyetinde başvurulan anahtar ilke olup, bu durum, dürüstlük kuralının güven ilkesine göre yorumlayıcı işlevine işaret eder.[1983] Tamamlayıcı yorum ise, tarafların sözleşme kurulurken öngöremedikleri noktalar bakımından ortaya çıkan boşlukların dürüstlük kuralına göre doldurulmasını ifade etmektedir.[1984]

Buna karşılık öğretide, sözleşmelerin yorumu ile sözleşmelerin tamamlanmasının birbirine karıştırılmaması gerektiği görüşü de mevcuttur.[1985] Buna göre, tarafların sözleşmenin içeriği ile ilgili hiç öngörmedikleri bir durumun ortaya çıkması hâlinde,

[1980] **Akyol.** Op. Cit. s. 42.
[1981] **Oktay, S.:** *İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması,* İÜHFD, C. 55, Yıl: 1996, s. 264-296, s. 279.
[1982] **Akyol.** Op. Cit. s. 28.
[1983] **Chappuis.** Art. 2, No: 14.
[1984] **Ibid.,** s. 36
[1985] **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 321.

yorum söz konusu olmayacak; aksine sözleşmenin tamamlanması gündeme gelecektir.[1986] Buna rağmen, hâkim görüş, sözleşmenin tamamlanması ve yorumlanması ile aradaki sınırın kalın olmadığı yönündedir.[1987] İsviçre öğretisinde bir düşünceye göre, sözleşmelerin tamamlanmasında boşluk doldurmaya ilişkin ZGB 1 II kuralı esas alınmalı; buna karşılık yorum bakımından ise, hakkın kötüye kullanılması yasağına ilişkin olan ZGB 2 II'nin uygulanması söz konusu olmalıdır.[1988] Bununla beraber, kanımızca yorum bakımından, *bona fides* yükümlülüğünü düzenleyen ZGB 2 I kuralının da dikkate alınması gereklidir. Sözleşmenin tamamlanması bahsinde yapılan faaliyetin, makul ve hakkaniyete uygun olması ve sözleşmenin hükümleri ile çelişmemesi; bir diğer deyişle, *bona fides* ilkesine uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.[1989] *Bona fides* ise, dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağını bünyesinde eritmektedir.

Anglo-Amerikan hukukunda da, sözleşmelerin içeriğine zımni olarak dâhil edilen ve hakkaniyeti sağlayan hükümlerin varlığı kabul edilmekte; bunların ise, Kıt'a Avrupası hukukunda yer alan dürüstlük kuralının işlevini yerine getirdiği belirtilmektedir.[1990] Bu duruma, uluslararası metinlerde de rastlanılmaktadır. UNIDROIT ilkelerinin 4. bölümü, sözleşmelerin yorumu üzerine odaklanmaktadır. 4.8 numaralı madde uyarınca, bir sözleşmede tarafların, hak ve borçlarını belirlemek konusunda önem taşıyan bir nokta için belirleme yapmadıkları takdirde, koşullar gereği uygun bir sözleşme hükmü ile söz konusu boşluğun doldurulması gerekmektedir.[1991] Maddenin 2. fıkrasında "uygun bir hüküm" belirlenirken,

[1986]**Oktay.** Op. Cit. s. 279.
[1987]**von Tuhr, A. ve Peter, H.:**Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürih: Schulthess, 1979, s. 291.
[1988]**Gauch, Schluep ve Scmid.** Op. Cit. s. 321.
[1989]**Andersen ve Zeller.** Op. Cit. s. 20.
[1990]**Austen-Baker, R.:**Implied Terms in English Contract Law, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2. Edition, 2017, s. 40 vd.
[1991]**UNDIROIT 4.8**:*"(1) Where the parties to a contract have not agreed with respect to a term which is important for a determination of their rights and duties, a term which is appropriate in the*

tarafların iradeleri; sözleşmenin doğası ve amacı; dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" ile makullük standartlarının dikkate alınması gerektiği düzenlenmektedir. Sözleşmedeki boşlukların *bona fides*'e göre doldurulması gereği, pek çok tahkim kararına da konu olmuştur.[1992]

Aslında UNIDROIT ilkeleri, sözleşmelerin yorumu ile zımni yükümlülükler öngörülerek tamamlanması arasında bir çizgi çizmeyi amaçlamaktadır.[1993] Öte yandan, çoğu zaman bu hususlar kesişmekte, çözüm ise *bona fides*'ten geçmektedir. Bu sistem de, özellikle Amerikan hukukunda mevcut olan önemli kanunlaştırma hareketlerinden birisi olan UCC'den alınmıştır. Çeşitli hukuk düzenlerinde rastladığımız tamamlayıcı yorum kavramı, bu iki aktivitenin yan yana ilerlediğini göstermektedir. Keza, her türlü yorum faaliyeti bir ölçüde tamamlayıcılık gerektirmektedir. Söz konusu hükümde ise, farklı hukuk sistemlerinin kurallarının uyumlaştırıldığı ile tüm bu kuralların *bona fides* ekseninde bir araya getirildiği gözlemlenmektedir. Keza, *Ole Lando* da bu hüküm hazırlanırken özellikle Amerikan ve Alman hukukundan faydalandığını belirtmiştir.[1994]

Özel bir Avrupa sözleşme hukukunun yaratılmasını amaçlayan DCFR'ın II- 9:101 numaralı maddesinde de, sözleşmedeki boşlukların *bona fides* ve "dürüst iş yapma" ilkeleri ile doldurulacağının ve bu sayede sözleşmenin tamamlanacağının altı çizilmektedir. Sözleşmelerin tamamlanması hâlinde, boşlukların esaslı noktalar bakımından söz konusu olmaması, yani taraflar arasında *dissensus* yaratacak biçimde

---

circumstances shall be supplied. (2) In determining what is an appropriate term regard shall be had, among other factors, to (a) the intention of the parties; (b) the nature and purpose of the contract; (c) good faith and fair dealing; (d) reasonableness."

[1992]Bkz. 28.07.2000. Arbitral Award ICC No. 9797/CK/AER/ACS [834].

[1993]**Vogenauer**. Unidroit. s. 534.

[1994]**Ibid.,**. s. 536.

bulunmaması gerektiği, hukukun birleştirilmesi araçları bakımından da açıktır. Aksi hâlde ise, sözleşme kurulmamış sayılacaktır. Yine, uyarlama klozlarının tamamlayıcı yoruma vücut vermediği de belirtilmelidir.[1995] Buna karşılık, bir sözleşmede sözleşmeye rengini veren temel edimlerin yanında, ikincil nitelikteki yan edimlerin de bulunması mümkün, hatta neredeyse zorunludur. Dürüstlük kuralı ise hem temel edimin niteliğinin belirlenmesinde hem de ikincil olan bu edimlerin saptanmasında büyük rol oynamaktadır.[1996] Bu açıdan, *bona fides*'in tamamlayıcılık işlevi, Roma hukukundan günümüze önemle kabul edilmektedir.

IV. Düzeltici İşlevi

Bona fides'in işlevlerinden bir tanesi de, düzeltici özelliğinin yansımasıdır.[1997] Nitekim, *bona fide*s, dürüstlük kuralına aykırı sözleşme hükümlerini düzeltmekte ve dürüstlük kuralına uygun hale getirmekte; bu şekilde de, hakkaniyet ve adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir. Roma hukukundan bu yana, belirli hâllerde tarafların sözleşme ile serbestçe belirledikleri hususlara müdahale edilerek, hak ve borçların *bona fides* uyarınca düzeltilmesi söz konusu olabilmektedir. Örneğin, belirli bir yükümlülük sözleşme ile bahşedilen yetkilerden birini kısıtlıyorsa, sözleşmesel *bona fides* devreye girecektir.[1998] Bu hâlde, sözleşmenin düzeltilip düzeltilemeyeceği *bona fides*'e göre belirlenirken, uyarlama biçiminin tespiti ise *aequitas* (hakkaniyet)'a göre yapılacaktır.[1999]

[1995] **Akyol.** Op. Cit. s. 37.
[1996] **Ibid.**
[1997] **Gallo.** Contratto. s. 606.
[1998] **Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 13.
[1999] **Gallo.** Contratto. s. 609.

Düzeltici işleve sahip *bona fides*'in, taraf iradelerine aykırı sonuçlar doğurabileceği M.S. 1. yüzyılda kabul edilmiştir.[2000] Bu durum, özellikle *Seneca*'nın eserlerinden çıkarılmaktadır.[2001] Yine, *exceptio doli generalis*'in *strictum ius*'u düzeltici işleve sahip olduğu konusunda tartışma yoktur.[2002] Zira, dürüstlük kuralının düzeltici fonksiyonu, Roma hukukunda *praetor*'larca yapılan *ius civile*'nin katılığının giderilmesi ve boşlukların doldurulması faaliyetine benzemektedir. Bu faaliyetlerde, *praetor*'ların en çok kullandıkları araç ise *bona fides* olgusu ile harmanlanmış *aequitas* olmuştur.[2003] Keza, katı ve şekilci hukuktaki bozukluklar, *praetor*'ların faaliyetleri ile *ius aequum* sayesinde düzeltilmiştir.[2004] Romalı hukukçular, adalete ulaşmak adına doğru karar verme gereğini geleneklerine ve sosyal değerlerine bağlı kalarak sağladıklarından, *bona fides*'e uygunluk denetimi keyfî bir hal almamış, bilakis objektivite sağlamıştır.[2005] *Aequitas*'ın kodifiye hukuku düzeltici etkisi çağdaş hukuklar bakımından da söz konusudur.[2006] Hem Roma hukukunda, hem de günümüzde *aequitas'*ı *bona fides* yönlendirmektedir.[2007] Roma'da *praetor*'ların faaliyetlerine paralel olarak; Alman ve İtalyan hukukçular, *bona fides* ve *aequitas*'ın

---

[2000]**Dajczak.** Op. Cit. s. 417.

[2001]Bkz. **Seneca.** *De Beneficiis.* 4.21.6.:*"Si vero bonam fidem perfidiae suppliciis adfici videt, non descendit e fastigio et supra poenam suam consistit. "Habeo," inquit, "quod volui, quod petii; nec paenitet nec paenitebit nec ulla iniquitate me eo fortuna perducet, ut hanc vocem audiat : ' Quid mihi volui? Quid nunc mihi prodest bona voluntas ?' "Prodest et in eculeo, prodest et in igne; qui si singulis membris admoveatur et paulatim vivum corpus circumeat, licet ipsum cor plenum bona conscientia stillet : placebit illi ignis, per quem bona fides conlucebit."* "Eğer ihanetinin cezasının kendi iyiniyeti ile karşılaştığını görürse, bu kural uygulanmayacak ve bu, cezasından üstün olacaktır. "Ben de var" dedi, "Dilemiş olduklarım, ulaşmaya çalıştıklarım. Bundan pişman değilim, olmamalıyım da, ne kadar adaletsiz olursa olsun; kader de olmamalı." Eğer benim "Ne istedim? Şimdi niyetimin iyi olmasının ne anlamı var?" dediğimi duyarsan; iyi bir vicdan zorlu bir değerdir, ya da ateştendir; ateş vasıtasıyla uzuvlarımızın her birine işler, dereceli olarak yaşayan vücutlarımızı çevreler ve kalbimizi yakar. Yine de, kalbimiz temiz bir vicdanla çevrili ise ateşle birleşecek ve iyiniyetinin dünyanın önünde parlamasına neden olacaktır." **Dajczak.** Op. Cit. s. 418.

[2002]**Tommaso.** Op. Cit. s. 444.

[2003]**Whittaker ve Zimmermann**. Loc. Cit., **Robaye.** Op. Cit. s. 44.

[2004]**Favale, R.:***Nullità Del Contratto per Difetto Di Forma E Buona Fede*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 1-30, s. 11.

[2005]**Kaser.** Römischen Rechtsfindung. s. 73.

[2006]**Busnelli.** Op. Cit. s. 230.

[2007]**Ibid.**

medeni hukuku düzeltici yönünü *(iuris civilis corrigendi causa)* kabul etmektedirler.[2008]

Çağdaş hukukta, *bona fides* irade özerkiğinin sonuçlarını düzeltmekte olup, bu açıdan, *bona fides*'in yanı sıra *aequitas* da önem taşımaktadır.[2009] Bu durumun en büyük yansıması, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasıdır. Öte yandan, tahvil/çevirme (konversiyon) kurumunun da, bu işlevin bir sonucu olduğu söylenebilir. Nitekim bu hâlde, hükümsüz bir hukuki işlem yerine, kendisine yakın hüküm ve sonuçlar doğuran geçerli bir hukuki işlem konulmakta; bu sayede *bona fides* gözetilmektedir.[2010] Roma hukukunda da, istisnai hâllerde geçersiz hukuki işlemlerin, yorum yoluyla iyileştirilmesi söz konusu olmuştur. *Praetor*'lar kimi hâllerde, bir takım hukuki işlemlere sağlık kazandırmak için, *acceptilatio* (ibra) ya da *pactum de non petendo* (borcun istenmeyeceğine dair yapılan anlaşma) yapıldığını kabul etmişlerdir.[2011] Modern hukukta özellikle, sürekli edimli sözleşmelerin feshi ya da genel işlem koşullarının içerik denetimi bakımından önem taşıyan düzeltici işlev, ortada çelişkili davranış ya da hile olmayan hâllerde, tarafların açıkça kararlaştırdıkları hususları hakkaniyeti sağlamak adına değiştirilmesine fırsat vermektedir.[2012] Bu durum ise, gerek Kıt'a Avrupası, gerek Anglo-Amerikan hukuku, gerekse uluslararası metinlerde kabul edilmektedir.[2013] Keza, İngiliz hukukunda *equity* kavramı da, dürüstlük kuralının düzeltici işlevini yerine getirmektedir.[2014]

[2008]**Busnelli.** Op. Cit.s. 234, **von Lübtow.** Op. Cit. s. 524, s. 536.
[2009]**Gallo.** Contratto. s. 634- 635.
[2010]Akipek ve Akıntürk'e göre, tahvil kurumu *bona fides*'in tamamlayıcı fonksiyonuna ilişkindir. Öte yandan bu kurum, sağlıksız bir hukuki işleme sağlık kazandırdığından düzeltici fonksiyonunun ağır bastığı da ileri sürülebilmektedir. **Akipek ve Akıntürk.** Op. Cit. s. 176.
[2011]**Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 110.
[2012]**Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 203.
[2013]**Flechtner.** Op. Cit. s. 323.
[2014]**Looschelders ve Olzen**.§ 242, No: 1208.

A. *Pacta Sunt Servanda*

Roma hukukunda, sözleşmenin hukuki bir zincir *(iuris vinculum)* oluşturacağı kabul edilmiştir.[2015] Bu ise, sözleşmeye bağlılık ya da ahde vefayı ifade eden ve özellikle cumhuriyet döneminde, *bona fides* ile paralel bir biçimde gelişen *pacta sunt servanda* ilkesini yansıtmaktadır.[2016] Sözleşme, gelecekte ortaya çıkabilecek olası durumlar değerlendirilerek ve taraflar arasında bağlayıcı olacağı kabul edilerek bağıtlanır. *Pacta sunt servanda* (ahde vefa) ilkesi, dürüstlük kuralı yani *bona fides*'e dayanan bir ahlaki prensip olup, kökenini sadakat kavramında bulmakta; günümüzde ise, sözleşmesel sadakati sağlayan temel hukuki ilke olarak sözleşme özgürlüğü ve kamu düzeni arasında denge sağlamaktadır.[2017] Öte yandan, Roma hukukundan bu yana kimi hâllerde, *bona fides* uyarınca tarafların sözleşme ile belirledikleri hususların değiştirilmesi ya da düzeltilmesi gerekebilmektedir.

Pacta sunt servanda ilkesi, Kanonik hukukçular tarafından *Ulpianus*'a ait bir *Digesta* metninin yorumu ile geliştirilmiştir.[2018] Esasında sözleşmelerin rızailiği konusunda önem taşıyan bu metin, daha sonra *pacta sunt servanda* ilkesinin Roma hukukundaki dayanağı olmuştur. Söz konusu D.2.14.7.7 uyarınca:

> *"Ait praetor: "pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat facta erunt, servabo.""*

[2015] **Honsell.** Op. Cit. s. 36.
[2016] **Ibid.,** s. 10.
[2017] **Merz.** Art. 2, No: 96, **Gözler.** Op. Cit. s. 62 vd., **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 209.
[2018] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 576.

> *"Praetor* der ki: "*Dolus malus* içermeyen ve kanuna, *plebiscitum*'lara, *senatus consultum*'lara ya da *praetor edictum*'una aykırı olmayan ve bunlara karşı hile içermeyen anlaşmaları *pactum* olarak geçerli sayacağım."

Zira, Romanist *fides*, bir kimsenin sözünü tutmasını gerektirmiştir.[2019] Bu nedenle, Roma hukukunda klasik anlamda sözleşmeden dönme kurumu da mevcut olmamıştır.[2020] Bununla beraber, Kanonik hukukçuların ve seküler yapıdaki doğal hukukçuların çalışmalarıyla, sadakat ilkesi hukukileştirilerek bir sözün tutulmasını ifade eden *pacta sund servanda*'ya dönüştürülmüş, bunu denetleyen mekanizma ise *bona fides* olmuştur.[2021]

Her ne kadar, Roma hukukunda sözleşmeden dönme söz konusu olmasa da; *pacta sunt servanda* kuralının bir takım istisnaları olmuştur. Nitekim, *locatio conductio rei* (kira) ya da *mandatum* (vekâlet) sözleşmeleri belirli koşullar altında tek taraflı olarak feshedilebilmiş, yine, *societas* (ortaklık) sözleşmesinde *socius*'lardan bir tanesi, basit bir *renuntiatio* ile sözleşmeyi sona erdirebilmiştir. *Emptio venditio* sözleşmesinde de, *actio redhibitoria*'nın şartları oluştuğunda, alıcının sözleşme ile bağlı olmama imkânı olmuştur.[2022] Benzer bir durum, Roma hukukunda özellikle *laesio enormis*[2023] bahsinde karşımıza çıkmıştır.[2024] Bu hâllerin hepsinde, aslında *bona fides*'in düzeltici

[2019]**Schulz.** Roman Law. s. 223 vd.
[2020]Öte yandan, isimsiz sözleşmeler bakımından *ius poenitendi* denilen, bir taraf borcunu ifa ettikten sonra, diğer tarafın sözleşmeyi iptal etme hakkı mevcut olmuştur. Yine de Romanist geleneği devam ettiren hukukçular, çok uzun yıllar sözleşmeden dönme imkânını reddetmiş; ancak, sözleşmenin ihlali halinde sözleşmeden dönmenin mümkün olacağını kabul etmişlerdir. Bu durum, doğal hukukçular tarafından *fidem frangenti fides frangitur* ilkesi ile benimsenmiş ve öncelikle BGB'ye, daha sonra ise diğer medeni kanunlara alınmıştır. **Zimmermann**. Op. Cit. s. 577-579.
[2021]**Ibid.**
[2022]**Emiroğlu.** Sözleşmeden Dönme. s. 30 vd.
[2023]**Rado**. Borçlar Hukuku. s. 122.
[2024]**Emiroğlu.** Op. Cit. s. 5 vd.

işlevi görülmektedir. Keza, *bona fides* sözleşmedeki aykırılıkları gidererek, sözleşmenin bir kısmının ya da tümünün geçersizliğine sebep olmuştur.

Çağdaş hukukta da, *pacta sunt servanda* büyük önem taşımaktadır. Bu ilkenin, sözleşme özgürlüğünden bağımsız düşünülmesi mümkün değildir. Taraflar, ahlaka ya da kanuna aykırı olmadığı müddetçe serbestçe bağıtladıkları sözleşme ile bağlıdırlar.[2025] Fransız hukukunda C. Civ. Art. 1134 I uyarınca, usulüne uygun olarak kurulan sözleşmelerin, taraflar için kanun hükmünde olacağı düzenlenmektedir. Öte yandan, Fransız öğretisinde dahi, *pacta sunt servanda*'nın sözleşmeler hukukuna hâkim temel ilkelerden olduğu belirtilmekle beraber; *bona fides*'in gerektiğinde *pacta sunt servanda*'ya tercih edilmesi gerektiği kabul edilmektedir.[2026] Keza, Anglo-Amerikan hukukunda yer alan *efficient breach* (etkin ihlal) kavramı da, sözleşmenin ihlalinin ekonomik açıdan daha etkin olması halinde, tarafların sözleşmeye uygun davranmama hakkını öngörmekte; bu kuramın uygulaması ise, Türk-İsviçre ve Alman hukukunda mevcut olan anlayış ile aynı sonuca varmaktadır.[2027]

Yine de, özellikle bazı Fransız hukukçuların, *bona fides* kavramının irade özerkliği yanında gerekli olmadığını belirtmiş oldukları da unutulmamalıdır. Örneğin, *Breton*'a göre, 1134. maddede *bona fides* ifadesine yer verilmesi anlamsızdır. Zira, *bona fides* ile ulaşılmaya çalışılan, irade özerkliğinin normal ve gerekli sonuçlarından başka bir şey değildir.[2028] Buna karşılık, irade özerkliğinin katılığı

[2025]**Zimmermann.** Op. Cit.s. 578.
[2026]**De Nova, R.:**Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws, Receuil des Cours, Leiden: Martinus Nijhof, 1966. s. 166.
[2027]**Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 210.
[2028]**Breton, A.:***Les Effets Civil de la Bonna Foi*, Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, C. 46, Yıl: 1926. s. 87-112, s. 109 vd.

karşısında *bona fides*'in anlam kazanacağı; zira bu ilkenin, irade özerkliğinin rijid yapısını düzeltici bir işleve sahip olduğu bu çerçevede öne sürülebilecektir. Keza, *bona fides*'in düzeltici fonksiyonu, Fransız öğretisi dâhil olmak üzere Kıt'a Avrupası'nda önemle kabul edilmektedir.[2029] Bununla beraber, dürüstlük kuralının yokluk yaptırımını düzeltici etkisi yoktur. Bu sebeptendir ki, örneğin, özel hukuktan doğan sözleşme yapma yükümlülüğüne aykırılık hâlinde, hakkın kötüye kullanıldığından bahisle sözleşmenin kurulduğu söylenememektedir. Karşı tarafta sözleşmenin kurulacağı yönünde bir inanç yaratılmadığından, güven teorisi de etkili olmayacaktır. Bu durumda, *bona fides*'in düzeltici rolü ise, karşı tarafın önerisini kabul zorunluluğu şeklinde ortaya çıkacaktır.[2030]

B. *Clausula Rebus Sic Stantibus*

Sözleşmesel *bona fides*, *pacta sunt servanda* normunun temel doğruluğuna uyulmasını zorunlu kılmaktadır. Esasında, sözleşmenin bizatihi varlığı bunu gerektirmekte; *bona fides* ise, bu savı güçlendirmektedir. Keza, *bona fides*, dürüst ve adil olmayan davranışlarla sözleşmeye aykırılığı yasaklamakta olup, bu tür davranışlar, zaten sözleşme kuramının içsel mantığına aykırıdır.[2031] Öte yandan, sözleşmesel ilişkilerde, kimi zaman öngörülmesi mümkün olmayan yeni parametreler ortaya çıkabilmekte; bu durum ise, sözleşmenin taraflarını zarara uğratabilmektedir. *Pacta sunt servanda*'nın doğurduğu kurallardan bir tanesi, *clausula rebus sic stantibus* kuramıdır. Buna göre bir sözleşme ancak bağıtlandığı sırada mevcut olan koşullar aynı kaldığı müddetçe bağlayıcıdır.[2032] Bu kural lafzi şekilde

[2029] **Breton.** Op. Cit. s. 110.
[2030] **Oğuzman ve Öz**. Op. Cit. s. 38.
[2031] **Summers.** America. s. 136.
[2032] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 579.

yorumlandığında, neredeyse tüm sözleşmelerin bağlayıcılığını kaybetmesine yol açacağından; sözleşme özgürlüğü düşüncesinin zirvede olduğu 18 ve 19. yüzyılda büyük eleştirilerle karşılaşmıştır. Buna karşılık, ahlak felsefecileri, koşulların değişmesi olgusu üzerinde durmuş ve kuramın gelişmesine katkıda bulunmuşlardır.[2033]

Roma hukukundan beri böylesi bir durumda, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ya da bağlayıcılığında değişiklik yapılması gerekliliği kabul edilmektedir. *Cicero*'nun *De Officiis* adlı eserinin 1.31. paragrafı, söz konusu düşüncenin edebî ve felsefi dayanağı olarak ele alınmaktadır. *De Officiis* 1.31 uyarınca: *"....Ea cum tempore commutantur, commutatur officium et non semper est idem."* "…Değişen koşullar neticesinde bunlar değişirse, ahlaki görev de değişir ve her zaman aynı kalmamalıdır." *Seneca*'nın *De Beneficiis* isimli eserinde de, *"Omnia esse debent eadem, quae fuerunt, eum promitterem, ut promittentis fidem teneas ... "*[2034] "Eğer benden sözümü tutmamı bekleyeceksen, bütün koşullar, ben söz verdiğim zamankiyle aynı kalmalıdır…" ifadesi geçmektedir.

Cicero'ya göre, artık ifadan herhangi bir fayda sağlayamayacak olduğu ya da karşı karşıya kalacağı kaybın, ifa ile karşı tarafın elde edebileceği menfaat miktarını çok aştığı durumlarda, sözü verenin sözü ile bağlı kalması gerekmemiştir.[2035] Bu anlamda, sözleşen tarafların menfaatlerinin dengelenmesi esas olmuştur. Keza, Roma hukukunda özellikle *iudiciae bonae fidei* bakımından hâkimler, böylesi bir menfaat dengelemesi uygulamışlardır.[2036] *Clausula rebus sic standibus* kuramının izlerine

[2033]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 579.
[2034]Bkz. **Seneca.** *De Beneficiis*. 4.35.3.
[2035]**Cicero**. *De Officiis*. 1.31, Aynı şekilde, *De Officiis*. 3.25.95, **Cardilli.** Bona Fides. s. 206.
[2036]**Cardilli.** Op. Cit. s. 207.

rastlanan bir klasik dönem Roma hukuku metni de, *Africanus*'a ait D.46.3.38.pr'dir. Buna göre:

> *"Cum quis sibi aut titio dari stipulatus sit, magis esse ait, ut ita demum recte titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum sive in adoptionem sive in exilium ierit vel aqua et igni ei interdictum vel servus factus sit, non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur" si in eadem causa maneat".*
>
> "Birisi, bir şeyin kendisine ya da *Titius*'a verileceğini akdederse, *Iulianus* der ki, o anki şartlara göre, *stipulatio*'nun yapıldığı anki ile aynı durumda olan ödemenin hukuka uygun olarak *Titius*'a yapılmasının daha iyi olduğu söylenir. Ama evlat edinilirse, sürgüne gönderilirse, ateşten ve sudan yasaklanırsa ya da köle olursa, hukuka uygun ödemenin *Titius*'a yapılmayacağı söylenir. *Stipulatio* "eğer aynı hukuki durumda kalırsa" şeklinde zımni bir anlaşma içerir."[2037]

Metin, öğretide sözleşmelerin "tüm koşulların aynı kalmasına bağlı" (*si in eadem causa maneat)* olarak ifa edileceğine dair zımni bir kayıt içerdiği şeklinde yorulmakta; bu nedenle metnin, *clausula rebus sic standibus* kuralının kökenini teşkil ettiğine inanılmaktadır.[2038] Keza, *Paulus*'a ait D.50.17.144.pr. ve

[2037]*Conventio tacita* teorisinin, *Iulianus* tarafından *Paulus*'a ait D.2.14.4.2 metninde yer alan *stipulatio dotis causa facta ante nupitas* (evlilik öncesi cihaz için yapılan *stipulatio*) kurumundan sonra geliştirildiği düşünülmektedir. **Cardilli.** Bona Fides. s. 209.
[2038]**Cardilli**. Op. Cit. s. 208.

D.50.17.144.1 uyarınca: *"Non omne quod licet honestum est." "In stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus."* "Meşru olan her şey onurlu değildir." "*Stipulatio*'larda sözleşmenin yapılma zamanı dikkate alınır." Burada sözü geçen "onurlu" kelimesini, aslında dürüstlük kuralına uygun olarak da anlamak mümkündür.[2039] Nitekim, dürüstlük kuralı, kimi zaman hukuka uygun davranışların düzeltilmesini sağlayarak düzeltici işlevini yerine getirmektedir. Keza, metnin devamında bahsedilen *stipulatio*'nun yapılış tarihinin esas alınması konusu da, *clausula rebus sic standibus* kuramının kökeni hakkında ipucu vermektedir.[2040]

Klasik dönem Roma hukuku metinleriyle beraber, özellikle *Cicero*'nun ve *Seneca*'nın *clausula rebus sic standibus* kuramı ile tarihi bağ taşıyan görüşleri, *Aquinas*; *Grotius* ve Skolastikler'in düşüncelerini etkilemiştir.[2041] Keza, *Aquinas*'a göre, sözü tutmamak koşulların değişmesi hâlinde bir günah sayılmamalıdır.[2042] *Aquinas*'ın ahlaki teolojik felsefesi, laik hukuk düzenlerini etkilemiş ve bunun neticesinde *clausula rebus sic stantibus* kuramı gelişmiştir.

Accursius da, özellikle *Cicero* ve *Seneca*'nın düşüncelerinden etkilenerek *"rebus sic se habentibus"* "bütün sözler yapıldığı anki koşulların aynı kaldığı şekilde anlaşılmalıdır" zımni hükmünün, sözleşmelerde mevcut olduğu fikrini ortaya atmış; bu fikir ise, *Bartholus* ve *Baldus* tarafından uygulanmıştır. *Bartholus*, bu kuralı sadece *renuntiatio* için uygulamış olup, *Baldus* ise, bütün sözler bakımından

[2039]**von Lübtow.** Op. Cit. s. 543.
[2040]Öte yandan, bir görüşe göre *clausula rebus sic standibus* kuramı, kökenini bir *quasi-contractus* olan *condictio* (sebepsiz zenginleşme) kurumunda bulmaktadır. Zira, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının temelinde de bir tarafın hakkaniyete aykırı bir biçimde zenginleşmemesi düşüncesi yatar. *Condictio* kurumu hakkaniyet kaynaklı olduğundan *naturalis aequitas'*a dayanmaktadır. Özellikle, *condictio ex bono et aequo*, bunun en güzel örneğidir. D.23.3.50, D.12.4.3.7, **Pringsheim.** Bonum et Aequum. s. 141, **Vamvoukos, A.:** Termination of Treaties in International Law:the Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude, New York: Oxford University Press, 1985, s. 5 vd.
[2041]**Schermaier.** Contract Law. s. 90.
[2042]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 580.

genişleterek ele almıştır.[2043] Bu durum, kuralın ilk etapta *bona fides*'in yorumlayıcı işlevi ile ilgili olduğunun; daha sonra ise, düzeltici işlevi içerisine girdiğinin bir kanıtıdır.[2044] Öte yandan, *pacta sunt servanda* ilkesi ile *clausula rebus sic stantibus* kuramı, ilk bakışta çelişkili görülebilse de; aslında iki kuralın da altında yatan olgu irade özerkliğine verilen önem ve bu özerklik neticesinde alınacak kararlarda *bona fides*'in gözetilmesi ihtiyacıdır.[2045] *Bona fides* gereği söz konusu olan *pacta sunt servanda*, kimi hâllerde yine *bona fides* gereğince sınırlandırılmaktadır.

Kökenini Roma hukukunda bulan bu düşünce, Kıt'a Avrupası kanunlaştırma hareketlerine konu olarak günümüze gelmiştir. 1756 tarihli Alman *Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis* IV 15 § 12 uyarınca, sözleşmedeki koşulların öngörülemez değişiminin borçlunun kusuru ya da gecikmesinden meydana gelmemesi ve anlayışlı kimselerin tarafsız ve dürüst düşüncelerine göre, borçlunun bu durumu önceden bilmesi hâlinde, bu sözleşmeyi asla yapmayacağı durumlarda, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanabileceği düzenlenmiştir.[2046] Bir diğer ifade ile, bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin ediminin ifasının, önceden öngörülmesi beklenmeyen bir nedenle *bona fides* uyarınca katlanılamayacak derecede zorlaşması hâlinde, hukuk düzeni sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını kabul etmektedir.[2047]

Türk-İsviçre hukuk öğretisi ve özellikle İFM kararları, sözleşmenin kurulma anı ile ifa anı arasında sözleşme şartlarının sonradan önemli ölçüde değişmesi, yani işlem

[2043]**Thier, A.:***Legal History* in (ed. Hondius, E, Grigoleit, C.) "Unexpected Circumstances in European Contract Law", New York: Cambridge University Press, 2011, s. 15-32, s. 18.
[2044]**Ibid.**
[2045]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 581.
[2046]**Oftinger, K. (çev. Davran, B.):** *Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül* (Clausula Rebus Sic Standibus Hakkında), İÜHFD, C.8, S. 3-4, Yıl: 1942, s. 598-622, s. 602.
[2047]**Schwenzer.** Op. Cit. s. 178, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 325.

temelinin kısmen veya tamamen çökmesi hâlinde, dürüstlük kuralına dayanarak uyarlamayı kabul etmektedir.[2048] Bu noktada, ifa edilmiş sözleşmeler bakımından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkesinin uygulanmayacağı belirtilmelidir.[2049] Kısmi ifa hâlinde ise, sözleşmenin ifa edilmeyen bölümünün uyarlanabileceği kabul edilmektedir.[2050] Yine, riziko içeren ya da spekülatif sözleşmeler bakımından bu kuralın uygulanmayacağı, İFM tarafından kabul edilmektedir.[2051] Saikte yanılma kurumuna işaret eden kimi hâllerde de, bu ilke uygulanmakta olup, bunun için ise, kuramın uygulanması bakımından aranan koşulların gerçekleşmesi gerekmektedir.[2052]

İsviçre öğretisinde ve Federal Mahkeme kararlarında, *clausula rebus sic standibus* kuramının ZGB 2 II uyarınca düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının düzeltici fonksiyonuna ilişkin olduğu görüşü hâkimdir.[2053] Bununla beraber, hâkimin sözleşmeyi düzeltme adına müdahale etmesi hâlinde, sözleşmede *lacuna* meydana çıkacağı ve yine ZGB I'in esas olacağı kabul edildiğinden, bu kuramın özünde dürüstlük kuralına dayandığı ileri sürülebilecektir.[2054] Keza, Romanist *bona fides* ilkesi, kavramsal olarak hakkın kötüye kullanılması yasağını da içerisinde barındırmakta; bu sebeple, *clausula rebus sic standibus* kuramını da kapsamaktadır. Sözleşme şartlarının olağanüstü, kaçınılmaz ve öngrülemez bir şekilde değişmesi ve bu durumun taraflar arasında önemli ölçüde bir dengesizlik yaratması hâlinde,

[2048]**Tercier.** Op. Cit. s. 229, No: 603, **Eren.** Op. Cit. s. 499, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 210, **Bischoff, J.:**Vertragrisiko nd Clausula Rebus Sic Stantibus Risikozuordnung in Verträgen bei Veränderten Verhältnissen, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich: 1983, s. 31.
[2049]**Honsell.** Art. 2, No: 19, **Merz.** Art. 2, No: 225, **Tercier.** Op. Cit. s. 233, No: 613.
[2050]**Akyol.** Op. Cit. s. 93.
[2051]**Merz.** Art. 2, No: 216, 226, Bkz. BGE 59 II 380.
[2052]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 183.
[2053]**Tercier.** Op. Cit. s. 230, No: 607, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 217, **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 72.
[2054]**Chappuis.** Art. 2, No: 17.

sözleşmenin uyarlanarak bozulan dengenin yeniden sağlanması objektif *bona fides*'in ve hakkaniyet duygusunun bir gereğidir.[2055]

Fransız hukukunda bu durum, sözleşemesel dengenin hakkaniyeti zedeleyecek ölçüde bozulması nedeniyle öncelikle Fransız Danıştayı *Conseil d'Etat* tarafından *l'imprévision* (öngörülemezlik) kuramı olarak hakkaniyete aykırı durumları önlemek adına kabul edilmiş; daha sonra ise medeni hukuk tarafından benimsenmiştir.[2056] Alman öğretisinde ise, böylesi bir durumda *Wegfall/Störung der Geschäftsgrundlage* (işlem temelinin çökmesi)'nin söz konusu olduğu kabul edilmektedir.[2057] Esasında, Alman *Reichsgericht*, 1922 yılına dek, temel ilişki değişmedikçe, sözleşmenin yapıldığı hâli ile bağlayıcı olduğu kuralını kabul etmiştir. Ancak böylesi bir hüküm BGB'ye alınmamıştır.[2058] Öte yandan, sözleşmenin temelden değişmesi hâlinde ise, bu kuralın uygulanmaması gerektiği, özellikle I. Dünya Savaşı sonrasında ortaya çıkan hukuki sorunlar bakımından kabul edilmiştir.[2059] Bu dönemden itibaren ise, öncelikle imkânsızlık teorisi uygulanmaya başlanmış; daha sonra ise *extra legem* olarak yaratılan işlem temelinin çökmesi ilkesi ağırlıkla kabul görmüş ve bu kurum *bona fide*s'e dayandırılmıştır.[2060]

İşlem temelinin çökmesi, günümüz Alman hukukunda, bünyesinde pek çok hukuki maksim barındıran BGB § 242 hükmüne dayanmakta ve kavramsal olarak, *bona fides*'in düzeltici fonksiyonuna ilişkin olan BGB § 313 kuralında

[2055]**Merz.** Art. 2, No: 234, **Tercier.** Op. Cit. s. 232-233, No: 612 vd., **Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 76.
[2056]**Edis.** Op. Cit. s. 313, **Pichonnaz ve Tercier.** Op. Cit. s. 217, **Mélin.** Op. Cit. s. 115.
[2057]**Roth.** § 242, No: 429, **Medicus ve Petersen.** Op. Cit. s. 375, **Dannemann, G.:** An Introduction to German Civil and Commercial Law, London: The British Institute of International and Commercial Law, 1993, s. 31.
[2058]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 581.
[2059]**Akyol.** Op. Cit. s. 85.
[2060]**Medicus ve Peterson.** Op. Cit. s. 20.

düzenlenmektedir.[2061] Bu kapsamda, sözleşme koşullarının temelden değişmesi sonucunda meydana gelen ağır adaletsizlik hâllerinde, BGB § 313 sözleşmeye müdahale edilmesini sağlayarak adaletsizliği gidermeyi amaçlamaktadır.[2062] Öğretide, taraflarca bilinen ve itiraz edilmemiş şart ve unsurlar, "işlem temeli" olarak kabul edilmektedir. Bu sübjektif tanımın yanı sıra; aranan objektif kriter ise, değişen bu hususların eksikliği ya da yokluğunun, hukuk düzeninin bunu dikkate almak zorunda kalacağı derecede önemli olması gerektiğidir.[2063]

İşlem temelinin çökmesi kurumu çerçevesinde tartışılan konulardan bir tanesi de kur oranlarının düzenlenmesi olmuştur. Bu anlamda Alman İmparatorluk Mahkemesi, ilgili maddeye pozitif bir anlam yüklemiş olup, mark dönemindeki para biriminin öngörülemez devalüasyonu karşısında, borçludan, dürüstlük kuralına uygun olarak ne ifa etmesinin beklenilebileceği araştırılmıştır. Bu kuram, tüm hukuki işlemler bakımından uygulanmış; ilgili dönemde para birimi ile ilgili kanunların, dürüstlük kuralı ile bağdaşmadığı ölçüde uygulanmamasına karar verilmiştir.[2064] Öte yandan, öğretide, kurun sabitlenmesinin yargının işi olmadığı; *exceptio doli generalis*'in dahi bu işlevi kapsayamayacağı savunulmuş, bu açıdan yargının müdahalesinin sınırsız esneklik içerebileceği ve ileride her şeyi meşrulaştırabileceğinin altı çizilmiştir.[2065]

Türk-İsviçre hukukunda da sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması meselesi 818 sayılı eski BK'dan beri tartışılmaktadır. Konuya ilişkin bir düzenlemenin kanunda yer almadığı bu dönemde, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması dürüstlük

[2061]**Roth.** § 242, No: 431, **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 26.
[2062]**Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 495, **Pieck.** Op. Cit. s. 124-125.
[2063]**Roth.** § 242, No: 429, **Larenz.** Schuldrechts. s. 137, **Akyol.** Op. Cit. s. 88-89.
[2064]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 21.
[2065]**Ibid.**

kuralı uyarınca kabul edilmiştir.[2066] Bunun için Türk hukukunda aranan kriterler de, İsviçre hukukuna paralel olarak, sözleşme yapılırken öngörülmeyen ve beklenmeyen objektif ve olağanüstü bir sebebin ortaya çıkması ile bu nedenle sürekli borç ilişkisi içindeki tarafların edimleri arasındaki dengenin aşırı derecede bozulması olmuştur.[2067]

6098 sayılı TBK ise "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138. maddede konuya ilişkin bir düzenleme getirmiştir.[2068] TBK 138/I uyarınca: "Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır." Türk Yargıtay'ı önceden de ortaya çıkan yeni durumun öngörülemez ve olağanüstü olmasını aramış; bu bağlamda, döviz kurlarının ani dalgalanmasını, isabetli olarak sözleşmenin

[2066]818 sayılı eski BK'da genel bir düzenleme yer almamasına karşılık, eser sözleşmesi bakımından BK 365 uyarınca bu imkân kabul edilmiştir. **Akipek ve Akıntürk.** Op. Cit. s. 175, **Oğuzman ve Barlas**. Op. Cit. s. 301.

[2067]Örneğin İFM, ATF 45 II 31sayılı kararında bira fiyatlarının %24-60 arasında artmasını olağanüstü bir sebep olarak değerlendirebilmiştir. Kocayusufpaşaoğlu ise, sosyal felaket niteliğinde olağanüstü bir olayın gerçekleşmiş olmasını aramaktadır. **Kocayusufpaşaoğlu, N.:**"İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?", Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul: 2000, (İşlem Temeli), s.507.

[2068]TBK 138 ile getirilen uyarlama kuralı, kazaî uyarlamayı ifade etmektedir. Sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, hâkim tarafından da gerçekleştirilebilecek olup, bu hâlde, hâkimin esas alacağı kuralın da TMK 2 uyarınca düzenlenen dürüstlük kuralı olması gerektiği kabul edilmektedir. Öte yandan, tarafların iradi olarak da uyarlamaya karar vermeleri mümkün olduğu gibi, bazı özel kanun hükümlerinin de uyarlama öngördüğü görülmektedir. Buna örnek olarak, eser sözleşmesi bakımından TBK 480/II verilebilecektir. **Eren.** Op. Cit. s. 502, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 220.

değişen koşullara uyarlanması bakımından yeterli görmemiştir.[2069] Nitekim *bona fides*, öngörülebilir hususlar bakımından sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân vermemekte; kur dalgalanmalarının ise günümüz dünyasında öngörülemez olması düşünülememektedir.

Alman hukuku etkisindeki Yunan hukuku da, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını kabul etmekte ve özel bir hüküm ile düzenlemektedir. Yunan Medeni Kanunu'nun 388. maddesi, hâkime, *bona fides* uyarınca gerekli hâllerde sözleşmeyi değişen koşullara uyarlama veya sona erdirme yetkisi tanımakta olup, bu hüküm, öğretide, kanunun ifa aşamasında dürüstlük kuralına uyma zorunluluğunu düzenleyen ve BGB § 242 hükmü ile paralel olan 288. maddesinin özel bir uygulaması niteliğinde görülmektedir. Keza, Yunan hukukunda da *bona fides*'in bir standart olarak kabul edildiği ve ona çok geniş bir uygulama alanı tanındığı görülmekte, bu açıdan Yunan hukukunun Türk-İsviçre hukuku ile paralellik taşıdığı düşünülmektedir.[2070] Bunun gibi, Avusturya hukukunda da ABGB § 901 uyarınca *clausula rebus sic standibus* kuramı, Alman hukukuna benzer biçimde düzenlenmektedir.[2071]

İtalyan hukukunda da 1942 yılından beri sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması açıkça kabul edilmektedir. İtalyan C.c. Art. 1467, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması ile ilgili genel hüküm niteliğinde olup, öğretide, bu hükmün kanunun diğer maddelerinde yatan *bona fides* yükümlülüğünün bir yansıma aracı olduğu belirtilmektedir.[2072] İtalyan hukukuna göre, sözleşmenin değişen koşullara

[2069]Bkz. YHGK, 07.05.2003, 13-332/340.
[2070]**Akyol.** Op. Cit. s. 49.
[2071]**Merz.** Art. 2, No: 187.
[2072]**Akyol.** Op. Cit. s. 53.

uyarlanabilmesi için ifanın imkânsız olması aranmamakta; "*essesivamente onorosa"* yani "aşırı derecede zahmetli" olması yeterli bulunmaktadır.[2073]

Genellikle, *clausula rebus sic stantibus* kuramı ile işlem temelinin çökmesi aynı anlamda kullanılmaktadır. Buna karşılık, *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin bir ön aşama olduğu da savunulmaktadır. İşlem temelinin çöktüğünün kabul edilebilmesi için, elbette belirli şartlar gerekmektedir. Bunlardan ilki, edim ve karşı edim arasında katlanılamaz bir dengesizliğin oluşmasıdır. Bu dengesizlik, ani savaşlar ya da politik değişimler gibi özel durumlardan doğabilir. Ayrıca, bu ekonomik dengenin objektif olarak bozulması ve *bona fides* uyarınca tarafların bu duruma katlanmalarının beklenemiyor olması gerekmektedir. Buna ek olarak, mevcut dengesizliğin ortaya çıkışının öngörülemez olması ve taraflarca öngörülmesinin de beklenememesi aranmaktadır.[2074] Zira, aksi hâlde öngörebilecek olan tarafın güven ilkesi çerçevesinde ortaya çıkan yeni duruma katlanması gerekecektir.[2075]

İşlem temelini çökmesi hâlinde, sözleşmede gerekli ölçüde bir düzeltme yapılmalıdır. Öte yandan, yapılan bu düzeltme, sözleşmeyi adil olmayan bir konuma sokmamalıdır. Taraflar, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını açıkça ya da zımni olarak kararlaştırmış olabilecekleri gibi; kanunlar da, bu konuda gerekli düzenlemeleri yapmaktadırlar. Keza, mevcut bir düzenleme olmasa bile dürüstlük kuralı yani *bona fides* uyarlamanın hukuki temelini oluşturabilecektir.[2076] Öte yandan, *clausula rebus sic standibus* gereği sözleşme boşluğu da oluşabilmekte,

[2073]**Merz.** Art. 2, No: 187, **Lando.** Op. Cit. s. 399.
[2074]**Larenz.** Schuldrechts. s. 495.
[2075]**Akyol.** Op. Cit. s. 90.
[2076]**Ibid.**

hâkim tarafından sözleşme boşluklarının doldurulması ise yine *bona fides* ilkesi vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir.[2077]

İngiliz hukukunda 1800'lü yıllarda geliştirilen *implied conditions* (zımni hükümler) teorisi de, Romanist *clausula rebus six standibus* ile aynı amaca hizmet etmiştir.[2078] Daha sonra geliştirilen *frustration* kuramı ise, Kıt'a Avrupası anlamında işlem temelinin çökmesine karşılık gelmektedir.[2079] *Frustration* kuramı, bir sözleşme kurulduktan sonra, tarafların borçların ifasını fiilen ya da ticari olarak imkansız kılan bir etmenin ortaya çıkması hâlinde, sözleşmenin hükümsüz kılınmasına ya da değişen koşullara uyarlanmasına olanak vermektedir.[2080] *Lord Radcliff, frustration* kurumunu *"non haec in foedera veni"*, yani "yapılmasına söz verdiğim şey, bu değildi" maksimi ile ifade etmiş olup, bu cümlede "söz vermek" anlamında kullanılan *foedera* fiili ise, *fides*'in kökeni olan *foedus* sözcüğünden gelmektedir. Her ne kadar, Kıt'a Avrupası hukukunda işlem temelinin çökmesi kurumu, dürüstlük kuralını esas alırken, *frustration* kuramı, ifanın ticari açıdan imkânsız olup olmaması perspektifinden baksa da; her iki düşünce de özünde *fides*'e dayanmaktadır.[2081]

Amerikan hukukunda, sözleşmenin temelini oluşturan konuda sonradan ortaya çıkan bir olgu ya da olay sebebiyle, ifanın anlamsız kalması hâlinde uygulanan

[2077]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 328-329.
[2078]Bkz. Taylor v. Caldwell [1863] EWHC QB J1, Öte yandan, bu dava özünde imkânsızlık ile ilgilidir. Keza, *clausula rebus sic standibus* kuramının dayandığı teoriler arasında imkânsızlık teorisi de sayılmaktadır. Nitekim, sözleşmenin koşullarında böylesi bir değişikliğin olması hâlinde, ifanın bir taraf için imkânsız hale gelmesi söz konudur. Alman hukukundaki "işlem temelinin çökmesi" kurumu da imkânsızlık ile büyük oranda örtüşmekte; BGB § 242 hükmü, iki durum için de kullanılmaktadır. **Looschelders ve Olzen.** § 242, No:1210,. **Pieck.** Op. Cit. s. 124.
[2079]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 582.
[2080]**Nwafor, N.A.:**Comparative and Critical Analysis of the Doctrine of Exemption/Frustration/Force Majeure under the United Nations Convention on the Contract for International Sale of Goods, English Law and UNIDROIT Principles, University of Sterling, March, 2015, s. 18.
[2081]Bkz. Davis Contractors Ltd v. Fareham Urban District Council [1956] AC 696, **Nwafor.** Op. Cit. 19.

impractability kuramı da aynı sonuca varılmasını sağlamaktadır.[2082] Bununla beraber, *lex mercatoria*'ya bakıldığında işlem temelinin çökmesi kuramının, Anglo-Amerikan hukuku kökenli *hardship* terimi ile ifade edilen özel klozlar kapsamında uygulandığı ve bu açıdan *bona fides* kavramından ayrı olarak düzenlenmiş olduğu göze çarpmaktadır. Buna rağmen, bu kuramın kökeninin de *bona fides* ile paralel olduğu hususunda şüphe yoktur.[2083] Bu çerçevede, *"hardship"* kavramı, Alman hukukundan gelen *"Wegfall der Geschäftsgrundlage"*ve Fransız hukuku kökenli *"imprévision"* anlamında kullanılmaktadır.[2084] Özellikle, sürekli edimli sözleşmeler bakımından, karşı taraf için ifayı imkânsız ya da aşırı derecede zor kılacak öngörülemez olgularla karşılaşıldığında, sözleşmenin modifiye edilmesi sağlanmaktadır.[2085] Bu durumun, pratik ihtiyaçlar sebebiyle *bona fides*'in yarattığı orantılılık ilkesinden doğduğu açıktır.[2086] Nitekim, uluslararası ticaret hukuku, hızlı karar almanın gerektiği ve ekonomik menfaatlerin önem taşıdığı bir alandır. Bu nedenle, işlem temelinin çökmesi kuralının özel olarak düzenlenmiş olması, bu kuralın *bona fides*'den bağımsız olduğunun göstergesi olarak değerlendirilmemelidir.

UNIDROIT ilkelerinin 6.2.1 ve devamı maddeleri, *hardship* kuralını düzenlemektedir.[2087] *Bona fides*'in orantılılık unsuruna dayanan bu kurumla ilgili olarak, CISG'de herhangi bir hüküm bulunmamakla beraber, PECL'de benzer bir düzenleme yer almaktadır.[2088] PECL 6.2.2. madde uyarınca, ifanın maliyetini artıracak veya karşı tarafın ediminin değerini düşürecek şekilde, sözleşmenin

[2082]**Flechtner.** Op. Cit. s. 329.
[2083]**Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 217, **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 26.
[2084]**Oğuz.** Unidroit. s. 36.
[2085]**Lando.** Op. Cit. s. 399.
[2086]**Ibid.**
[2087]**UNIDROIT 6.2.1.:**"*Where the performance of a contract becomes more onerous for one of the parties, that party is nevertheless bound to perform its obligations subject to the following provisions on hardship."*
[2088]**Lando**. Op. Cit. s. 399.

dengesini temelden değiştirecek olguların ortaya çıkışı hâlinde *"hardship"* söz konusu olabilmektedir. Öte yandan, bu olguların sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkmış olması ya da dezavantajlı tarafça sözleşmenin kurulmasından sonra öğrenilmiş olması; öngörülmesinin makul olmaması ve dezavantajlı tarafın kontrolü dışında gerçekleşmesi gerekmektedir.[2089]

Bu aşamada, tamamlayıcı yorum ya da sözleşmelerin tamamlanması ile *clausula rebus sic stantibus* yani sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkesi arasındaki ilişkinin de incelenmesi gerekmektedir. Tamamlayıcı yoruma sadece edimler arası dengesizlik bakımından değil, pek çok durum açısından başvurulabilecektir. *Clausula rebus sic stantibus* kuramına göre de, sözleşmede doğan boşlukları gidermek amacıyla tamamlayıcı yoruma başvurulabilir. Ama bu durumda boşluğun doğma sebebi, işlem temelinin sarsılması olacaktır. Nitekim, sözleşmenin yapılmasından sonra önceden öngörülemeyen bazı nedenlerden ötürü, mevcut koşulların önemli ölçüde değişmesi söz konusu olmaktadır. Bu hâlde, sözleşmede bir uyarlama klozunun bulunmaması durumunda ise, sözleşmede bir *Anpassungslücke* yani uyarlama boşluğunun meydana çıktığı kabul edilmektedir.[2090]

Öğretide, sözleşmelerin tamamlanması faaliyetinin ferdî nitelik taşımakta olduğu ve sözleşmesel boşlukların doldurulması sırasında, *pacta sunt servanda* ilkesinin korunması gerektiği de kabul edilmektedir.[2091] İlk bakışta, tamamlayıcı yorum ile

[2089]**PECL 6.2.2.:***"There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract either because the cost of a party's performance has increased or because the value of the performance a party receives has diminished, and (a) the events occur or become known to the disadvantaged party after the conclusion of the contract; (b) the events could not reasonably have been taken into account by the disadvantaged party at the time of the conclusion of the contract; (c) the events are beyond the control of the disadvantaged party; and (d) the risk of the events was not assumed by the disadvantagedparty."*
[2090]**Oftinger.** Op. Cit. s. 616.
[2091]**Akyol.** Op. Cit.. s. 43.

sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilkeleri zıt kutuplardaymış gibi gözükse de, bu kuramlara başvurulan hâllerin paralellik gösterebileceği; öte yandan, bu durumların her zaman örtüşmeyeceği belirtilebilmektedir. Yine de, iki hâlde de *bona fides* ilkesinin oynadığı rol, önemli görülmektedir. *Bona fides*'e dayanan *clausula rebus sic standibus* kuramı, evrensel uygulama alanı sayesinde hukukun uyumlaştırılması açısından da büyük fayda sağlamaktadır.[2092]

C. Genel İşlem Koşulları ve Haksız Şartlar

Çoğu hukuki kurum, özünde *bona fides* kurumundan doğmasına karşılık, pratik hayatın gerekleri nedeni ile çağdaş hukukta bağımsız bir hayat sürmeye başlamıştır. Bunlardan bir tanesi de genel işlem koşulları adı verilen hükümler bütününü ifade etmektedir.[2093] *Bona fides*, soyut hukuki ilkeler için adeta bir referans noktası görevi görmektedir.[2094] *Bona fides*'in özellikle düzeltici işlevinin gözlemlenebildiği bir alan da genel işlem koşulları ve haksız şartlardır.

Genel işlem koşulları, taraflardan biri tarafından önceden tek yanlı olarak hazırlanan, genel ve soyut nitelikte ve çok sayıda sözleşme için uygulanması amaçlanan koşullar bütününü ifade etmektedir.[2095] Bu koşulların bir başka ayırt edici özelliği ise, bireysel olarak müzakere edilememeleridir. Tüm bu özellikler ele alındığında, genel işlem koşullarının kimi zaman *bona fide*s'e aykırı olabileceği görülmektedir. Münferit hukuk sistemleri, bu sebeple bu koşulların hukuka uygunluğu ve yargısal denetimleri

[2092]Bkz.Yrg. HGK., 19.02.1997, T. 1996/11-762/77 E.K., Yargıtay da, bu kurumu TMK 2 hükümüne dayandırmaktadır. Her ne kadar Deschenaux, kuramı ZGB 2 II uyarınca hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandırsa da, Pichonnaz bu kural bakımından genel dürüstlük kuralı hükmünün daha uygun olacağı görüşündedir. **Pichonnaz, P.:***L'abus de Droit Dans le Contrat de Bail à Loyer*, 18. Séminaire Sur le Droit du Bail, 2014, s. 145-173, (Bail), s. 171.
[2093]**Merz.** Art. 2, No: 170.
[2094]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 31.
[2095]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 265.

için ayrıntılı kurallar benimsemiş; böylece *bona fide*s'in sağlanması amaçlanmıştır. Bir diğer ifade ile, günümüzde maddi anlamda sözleşme adaleti, şekli anlamda sözleşme serbestisinin yerini almaktadır.[2096]

Alman hukukunda genel işlem koşulları *(Allgemeinen Geschäftsbedingungen)*'nın yargısal denetimi, ilk olarak 1976 tarihli Genel İşlem Koşulları Kanunu AGBG *(Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen)* ile gerçekleştirilmiştir.[2097] *Treu und Glauben* ilkesinin içselleştirildiği kanunun, § 9 numaralı paragrafının ilk fıkrası uyarınca,[2098] dürüstlük kuralına aykırı olarak, karşı taraf zararına hazırlanan genel işlem koşullarının geçersiz olacağı düzenlenmiştir.[2099] Alman mahkemeleri, bu hüküm kapsamında karşılarına gelen olaylar bakımından BGB § 242 kuralına göre içtihat geliştirerek; *bona fides* ilkesinin düzeltici nitelikte uygulamasının, ne denli önemli olduğunun bir kez daha altını çizmişlerdir.[2100] Keza, kanunun § 307 numaralı paragrafı uyarınca düzenlenen içerik denetimi, tıpkı koşulların yorumunda olduğu gibi, BGB § 242 uyarınca *Treu und Glauben* kuralına dayanmaktadır.[2101] Öte yandan, *bona fides* içerik denetiminden önce taraflar arasıda *consensus* oluşup oluşmadığının da denetlenmesini gerektirmekte; bu durum ise, Anglo-Amerikan hukukunda *battle of forms* olarak ifade edilmektedir.[2102]

[2096]Bkz. BGE III 298, **Kocayusufpaşaoğlu**. Borçlar Hukuku. s. 504.
[2097]**Markesinis, Unbreath ve Johnston.** Op. Cit. s. 165 vd, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 282-286.
[2098]*"bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen."*
[2099]**Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 550, s. 567.
[2100]**Whittaker ve Zimmermann.**Op. Cit. s. 28, **Schwenzer.** Op. Cit. s. 334.
[2101]**Roth.** § 242, No: 122, **Wolf ve Neuner.** Op. Cit. s. 395, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 280 vd., **Schwenzer.** Op. Cit. s. 344.
[2102]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 271.

Türk hukuku incelendiğinde de, genel işlem koşullarının tam anlamı ile ilk olarak 2012 tarihli 6098 sayılı TBK'da düzenlendiği görülmektedir. Önceki dönemde mevcut olan yegâne pozitif düzenleme ise, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun (TKHK)'un içerisinde kısıtlı olarak mevcut olmuştur. Ülkemizdeki mevcut durum, genel işlem koşullarının konu bakımından denetimi açısından düalist bir yapı teşkil etmekte olup, bu bakımdan düzenlemelerimiz Almanya modeline yaklaşmaktadır.[2103] Gerek Almanya, gerekse hukukumuzda genel işlem koşulları hem sözleşme hukukuna özgü özel kurallarla, hem de rekabet hukukuna özgü kurallar ile denetlenmektedir.

Genel işlem koşullarının denetiminde en fazla önem taşıyan ilke ise, kuşkusuz *bona fides*'tir. Genel işlem koşulları, ilk olarak uygulama (yürürlük) açısından denetlenmekte olup, [2104] TBK 21/I uyarınca, "karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır." Bu noktada, genel işlem koşulları hakkında açıkça bilgi verip, karşı tarafa bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlanmasının, *bona fides*'den doğan aydınlatma yükümlülüğünün bir

[2103]**Ulmer, P., Brandner, H. E. Ve Hensen, H. D.:**AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG Mit kommentierten Vertragstypen, Klauseln und speziellen AGB-Werken, 11. Auflage, Köln: 2011, s. 76.
[2104]**Eren.** Op. Cit. s. 221.

uzantısı olduğu söylenebilir.[2105] Keza, genel işlem koşullarının yazılmamış sayılması, *bona fides*'in düzeltici işlevinin bir sonucudur.[2106]

TBK 25 uyarınca ise, genel işlem koşullarının içerik denetimi düzenlenmekte olup, bu hükme göre "genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz." Söz konusu madde ile, içerik denetimi sırasında dürüstlük kuralına aykırılık denetimi yapılacağının da altı çizilmektedir.[2107] Buna göre, içerik denetimi sırasında haksız bulunan genel işlem koşulları geçerli kabul edilmeyecek; haksız olup olmadığının ölçütü ise, hukukun evrensel kurallarından *bona fides* yani dürüstlük kuralı olacaktır.[2108] Dürüstlük kuralına aykırılık ve karşı taraf aleyhine olma şartlarının ise birlikte gerçekleşmesi gerekmekte olup, dürüstlük kuralına aykırılık şartı genel, karşı tarafın aleyhine olma şartı ise, özel şart konumundadır.[2109] Örneğin, mevcut yasal düzenlemeyi değiştiren veya bu düzenlemenin temel fikriyle bağdaşmayan genel işlem koşullarının, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiğine dair adi karine mevcut olup, sözleşmenin niteliğine aykırı hak ve borçlar içeren ya da açık ve anlaşılır olmayan koşulların da dürüstlük kuralına aykırı olarak konulduğu çıkarımı yapılmaktadır.[2110]

[2105]**Atamer, Y. M.:***Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak*, "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar", 8 Nisan 2012, Ankara: BATİDER, 2012, (Genel İşlem Koşulları), s. 9-73, s. 26-27

[2106]Öte yandan, genel işlem koşullarının yorum denetimi ise, TBK 23 uyarınca düzenlenmekte olup buna göre: "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm açık ve anlaşılır değilse veya birden çok analama geliyorsa düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır." Esasında bu ilke de *bona fides*'in bir gereği olup, dürüstlük kuralının yorumlayıcı işlevine ilişkindir. **Eren.** Op. Cit. s. 222.

[2107]**Atamer.** Loc. Cit., **Eren.** Op. Cit. s. 223.

[2108]**Eren.** Op. Cit. s. 229.

[2109]**Ibid.**

[2110]TBK 23, TBK 25, TKHK 5, BGB § 307 hükümleri, örnekler belirlenirken dikkate alınmalıdır. **Eren.** Op. Cit. s. 231.

Bununla beraber İsviçre hukukunda ise, genel işlem koşulları hakkında sözleşme hukuku kapsamında özel bir düzenleme mevcut değildir. Öte yandan, tüketicinin korunmasına ilişkin düzenlemeler ile çeşitli sözleşme tipleri bakımından kabul edilen özel hükümler, bu açığı kapatmaktadırlar.[2111] İsviçre hukukunda, 1986 tarihinde kabul edilen Haksız Rekabetin Önlenmesine İlişkin Kanun olan UWG *(Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb)*'nin 8. maddesinde genel işlem koşullarının içeriksel denetimi, sınırlı olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan İsviçre hukukunda da, genel işlem koşulları açısından *bona fides'*in gözetilmesi amaçlamaktadır.[2112]

Genel işlem koşulları, belirli unsurların gerçekleşmesi hâlinde haksız şartlara dönüşebilmektedirler.[2113] Zira, her genel işlem koşulunun haksız olması zorunlu değildir.[2114] Haksız şartlar, müzakere edilmeksizin sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve borçlarında dürüstlük kuralına aykırı bir dengesizlik yaratan şartlardır.[2115] Tüketici hukuku bakımından kabul edilen "haksız şart" kavramı, *bona fides*'in zayıf tarafın korunması fonksiyonuna hizmet etmektedir. Bir haksız şartın söz konusu olabilmesi için, sözleşmeye konulan hükmün makul, dürüst, orta zekâlı bir insan bakımından dezavantaj yaratacak nitelikte olması gereklidir. Bir diğer ifade ile, sözleşmede ortaya çıkan dengesizliğin kamu vicdanını rahatsız edici nitelikte olması ve *bona fides* uyarınca makul karşılanamayacak olması söz konusudur.[2116] Nitekim, dürüstlük kuralına aykırı olmayan tek taraflı

[2111]**Brunner, A.:***Allgemeine Geschäftsbedingungen*, (Her. Kramer, E.) "Schweizerisches Privatrecht", Band 10, Basel: Konsumentenschutz im Privatrecht, 2008, s. 119.
[2112]**Atamer, Y.M.:**Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, (Sözleşme Özgürlüğü), s. 43.
[2113]**Eren.** Op. Cit. s. 236 vd.
[2114]**Aslan, Y.İ.:**Bankacılar için Tüketici Hukuku, İstanbul: Aryan, 2016, s. 62.
[2115]**Kara, İ:**Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara: Engin Yayınevi, 2015, s. 140.
[2116]**Aslan.** Op. Cit. s. 67.

düzenlemeler haksız şart sayılmamaktadır.[2117] TKHK 5/II uyarınca, tüketici sözleşmelerinde haksız şartlar kesin olarak hükümsüzdür. Bu durum da, *bona fides*'in düzeltici işlevine işaret etmektedir. Kimi kaynaklarda *bona fides*'in sınırlayıcı bir işlevi olduğu ve sözleşme özgürlüğünü kısıtladığı söylenmekte ise de, kanımızca düzletici işlev, bünyesinde aynı zamanda sınırlayıcılığı da kapsamaktadır.

Sözleşmelerin gücünün ve bağımsızlığının katı bir biçimde kabul edildiği Fransız hukuku ise, özellikle I. Dünya Savaşı sonrasında Alman BGB pratiğine büyük ölçüde bağlı kalmıştır. Fransız hukukunda *clauses abusives* (haksız sözleşme şartları), kanunlarda önemli ölçüde yer bulmaktadır. Özellikle tüketici hukuku bakımından, Fransız Yargıtayı *Cour de Cassation* tarafından geliştirilen içtihatlar doğrultusunda, haksız şartların hükümsüz sayılacağı anlayışı gelişmiştir.[2118] Keza, İtalyan hukukunda da tüketicinin korunması giderek ön plana çıktığından; haksız şartların denetimi giderek önem kazanmıştır.[2119] Öğretide, üye devletlerce benimsenen 1993 tarihli Haksız Şartlar Hakkındaki AB Direktifi[2120] öncesinde, haksız sözleşme şartlarının düzenlenmesinin altında yatan olgunun, oldukça muğlak bir kavram olmasına rağmen *bona fides*'in bizzat kendisi olduğu kabul edilmiştir.[2121] Öte yandan, ilgili AB direktifinin kabulü ile, haksız sözleşme şartları bakımından, *bona fides*'e açıkça atıf yapılmış olup, daha önceden mevzuatlarında farklılıklar olan

[2117]Mülga 4077 sayılı TKHK'da "iyiniyet kurallarına aykırılık" ifadesi yer almış; ancak öğretide, bu hüküm MK 2 anlamında dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmiştir. 6502 sayılı yeni TKHK uyarınca ise, bu ifade düzeltilerek, "dürüstlük kuralına aykırılık" biçiminde değiştirilmiştir. **Kara.** Op. Cit. s. 142.
[2118]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 37, **Mélin.** Loc. Cit.
[2119]**Gallo.** Ius Gentium. s. 188.
[2120]Bkz. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts.
[2121]**Auloy, J. C. :***Le Devoir de se Comporter de Bonne Foi Dans Les Contrats de Cosommation,* (ed. Grundmann, S. , Mazeaud, D.) "General Clauses and Standarts in European Contract Law", The Hague: Kluwer International, 2006, s. 189-196, s. 192.

üye ülkeler, mevzuatlarını bu direktife göre güncellemek durumunda kalmıştır.[2122] Buna göre, direktif uyarınca *bona fides* karşı tarafın meşru menfaatlerinin sadık ve adilane bir biçimde korunmasını sağlamaktadır.[2123] Bununla beraber, Fransa; Belçika; Danimarka; Yunanistan; Litvanya; Lüksemburg ve Slovakya hâlen mevzuatlarında dürüstlük kuralından açıkça bahsetmemektedirler. Buna rağmen, bu ülkelerde de haksız şartların *bona fides*'e aykırı olup olmadığı, dolaylı olarak incelenmektedir.[2124]

Direktifin 3. maddesinde, tek tek müzakere edilmeyen sözleşme hükümlerinin dürüstlük kuralının gereklerine aykırı bir biçimde tarafların hak ve yükümlülüklerinde dengesizlik oluşturması hâlinde, haksız şart olarak kabul edileceği düzenlenmektedir. Öte yandan, öğretide Türk tüketici hukukunu da etkilemiş olan bu hüküm, bir sözleşme koşulunun haksız şart sayılması için tek tek müzakere edilmemiş olmasını aradığı için eleştirilmektedir.[2125] Nitekim, genel işlem koşullarının aksine, haksız şartlar bakımından önemli olan dürüstlük kuralına aykırılıktır. Zira, bu düzenlemenin amacı, mal ve hizmet sunan tarafların bu durumlarını ve avantajlarını kötüye kullanmalarını ve böylelikle karşı tarafı sömürmelerini önleyerek tüketicileri korumaktır.[2126]

[2122]**Busnelli.** Op. Cit. s. 240, **Sirmen, A.L.:***Tüketici Hukuku* (ed. Akçay, B., Bayraktaroğlu Özçelik, G.) "Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 459-523, (Tüketici Hukuku), s. 508, **Yılmaz.** Op. Cit. s. 57.
[2123]**Bianca, C.M.:***Buona Fede e Diritto Privato Europeo*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 201-205, s. 202.
[2124]**Pfeiffer, T., Ebers, M.:**(Research Group on the Existing EC Private Law), Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles), I, München: Sellier, 2007, s. 235.
[2125]**Sirmen.** Loc. Cit.
[2126]**Sirmen.** Op. Cit. s. 467, **Sirmen, A.L.:**Consumer Protection Law (ed. Ansay, T., Schneider, E.) "Turkish Business Law", 2. Edition, Ankara: Wolters Kluwer, 2014, s. 29-45, (Consumer Law), s. 31.

Haksız şartlar, sadece Kıt'a Avrupası bakımından önem taşımamaktadır. Anglo-Amerikan hukukunda, hakkaniyetin sağlanması ve *bona fides*'e uygunluk bakımından benimsenen spesifik çözüm yollarından bir tanesi de sözleşmeler hukuku çerçevesinde yazılı hukuk kuralları ile yapılan düzenlemelerdir. Bu kapsamda örnek olarak ele alınabilecek önemli bir yasa, 1977 tarihli İngiliz *Unfair Contract Terms Act* (Haksız Sözleşme Şartları Kanunu)'dir.[2127] Bu yasa, özellikle tüketici sözleşmeleri ve bunun dışına kalan diğer standart sözleşmeler bakımından karşılaşılabilecek haksız sözleşme şartları ile ilgili düzenlemeler getirmekte olup, bu yasaya dayanılarak, 1999 senesinde "Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Haksız Şartlara İlişkin Tüzük" çıkarılmıştır. Tüzüğün 5. maddesi uyarınca, müzakere edilmemiş şartlardan birisi, tarafların hak ve borçları arasında dürüstlük kuralına aykırı olarak önemli ölçüde bir dengesizlik yaratıyorsa; bu şart, "haksız şart" olarak değerlendirilecektir. İlgili tüzük, Kıt'a Avrupası'ndaki düzenlemelere paralel olarak tüketici sözleşmeleri bakımından *bona fides* kuralını açıkça kabul etmektedir.[2128]

Haksız şartlar, uluslararası metinler çerçevesinde de ele alınmıştır. DCFR II-9: 403 ile PECL 4.110 uyarınca, tarafların *bona fides*'e aykırı olacak biçimde, bireysel olarak müzakere edilmemiş genel şartlar ile bağlı olmaktan kurtulabileceği düzenlenmektedir. Bu hâlde, söz konusu genel işlem koşulunun, sadece *bona fides*'e aykırı biçimde müzakere edilmemiş olması yetmemekte; ayrıca, bir tarafın zararına olacak biçimde, tarafların hak ve yükümlülükleri arasında önemli bir dengesizlik meydana getirmesi de gerekmektedir.[2129] PECL 4.118 numaralı madde uyarınca ise,

[2127] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 47.
[2128] **Vigneron.** Op. Cit. s. 311.
[2129] **PECL 4.110:** *"(1) A party may avoid a term which has not been individually negotiated if, contrary to the requirements of good faith and fair dealing, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract to the detriment of that party, taking into account the nature of the performance to be rendered under the contract, all the other terms of the contract and the circumstances at the time the contract was concluded."*

aldatma; korkutma ve haksız şartlara ilişkin hükümlerin, uygulanmayacağının kararlaştırılamayacağı ya da uygulamalarının sınırlanamayacağı; öte yandan, yanılmaya ilişkin hükümlerin ise, *bona fides*'e aykırılık teşkil etmeyecek biçimde sınırlanabileceği düzenlenmektedir.[2130] Bu durum ise, *bona fides*'in düzeltici işlevinin emredici niteliğini gözler önüne sermektedir.

V. Borç Doğurucu İşlevi

Bir borç ilişkisinde taraflar, çoğu kez asli borçları düzenlemekte; öte yandan, söz konusu borç ilişkisinden bir takım yan borçlar da doğabilmektedir. Bu yan borçların bir kısmı sözleşmenin yorumlanması ya da tamamlanması ile tespit edilebilmektedir.[2131] Buna karşılık, bu yan borçların kaynağı da *bona fides*'tir.[2132] Bu sebeple, esasında teknik anlamda bir işlev olarak sayılamayacak olsa dahi, *bona fides*'in en önemli özelliklerinden bir tanesi, borç doğurucu yapısıdır.

A. *Bona Fides*'ten Doğan Yan Yükümlülükler

Roma hukukunda, *bona fides*, sözleşmenin taraflarına bir takım yan yükümlülükler yükleyebilmiştir. Bu durumun kanıtı olarak kabul edilen metinlerden bir tanesi de, *Cicero*'nun *De Officiis* adlı eserinde geçen Rodos'a yapılan tahıl ithalatı olayıdır. *De Officiis* 3.50 uyarınca:

[2130]**PECL 4.118:**"*(1) Remedies for fraud, threats and excessive benefit or unfair advantage-taking, and the right to avoid an unfair term which has not been individually negotiated, cannot be excluded or restricted. (2) Remedies for mistake and incorrect information may be excluded or restricted unless the exclusion or restriction is contrary to good faith and fair dealing*."
[2131]**Edis**. Op. Cit. s. 316.
[2132]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 293.

“ed incidunt, ut supra dixi, saepe causae, cum repugnare utilitas honestati videatur, ut animadvertendum sit, repugnetque plane an possit cum honestate coniungi. Eius generis hae sunt quaestiones: Si exempli gratia vir bonus Alexandrea Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate, si idem sciat complures mercatores Alexandrea solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus? Sapientem et bonum virum fingimus; de eius deliberatione et consultatione quaerimus, qui celaturus Rhodios non sit, si id turpe iudicet, sed dubitet, an turpe non sit.”

“Ancak, daha önce söylediğim gibi, olaylar çoğunlukla şahsi menfaatlerin ahlaki doğruluk ile çatışması biçiminde karşımıza çıkmaktadır. Bu nedenle, olayları dikkatlice incelememiz ve çatışmanın kaçınılmaz olup olmadığını ya da uzlaşmanın sağlanıp sağlanamayacağını tespit etmemiz gerekmektedir. Bahsedilecek olan konular, bu türden sorunlara işaret etmektedir. Örneğin farzedelim ki, Rodos’da herşeyin abartılı fiyatlara satıldığı bir kıtlık ve açlık dönemi söz konusu olsun ve dürüst bir adam İskenderiye’den yüklü miktarda tahıl ithal etsin, bu kişinin bildiği kadarıyla İskenderiye’den pek çok farklı ithalatçı da yelken açmış olsun ve yolculukta bu adam, diğerlerinin tahıl dolu gemileriyle Rodos’a yöneldiğini görsün. Bu adam, Rodoslulara bu durumu anlatmakla yükümlü müdür? Yoksa, bu bilgiyi kendine saklamalı ve kendi stoğunu en yüksek piyasa fiyatı ile

> mi satmalıdır? Erdemli ve bunun ahlaka aykırı olduğunu düşünerek Rodoslulardan gerçekleri saklamayacak; dürüst bir adam olduğunu farzediyorum. Ancak, bu durumda susmanın gerçekten ahlaka aykırı olup olmadığı konusunda şüpheye düşmüş olan bir adamın, nasıl bir düşünce sistemi izlediği sorusunu soruyorum."

Bu olay, esasında *Cicero*'nun hukuk felsefesine ve hukuk etiğine bakışını da göstermektedir. Belirtmek gerekir ki, Roma hukuku, hukuk ve ekonomi kuramı ile iç içedir. Roma hukuku kuralları, adalet felsefesi kadar temel ekonomik fayda elde etmeye de yönelmiş olup, pratik ihtiyaçlara sıklıkla cevap vermiştir. Keza, bu sebeple Roma hukukunun çağdaş hukuk sistemlerinin kökenini neredeyse hiç değişmeksizin oluşturduğu söylenebilir. Buna örnek olarak, *Digesta* metinlerinde yer alan, satıcının serbest piyasa ile ilgili olarak kimi hâllerde sessiz kalma hakkına sahip olduğu ya da sözleşen tarafların bedeli, aşırı yararlanmaya yol açmayacak biçimde serbestçe belirleyebilecekleri kuralları gösterilebilmektedir.[2133]

Öte yandan, söz konusu metin incelendiğinde, *Cicero*'nun klasik arz talep kanunu ve serbest piyasa ekonomisi ile ilgilenmediği görülmektedir. Olayda, satıcının bilgi asimetrisinden kaynaklı bir avantajı mevcut iken; *Cicero*, bu avantajın *bona fides*'e uygun olup olmadığını sorgulamıştır. Bu metinde anahtar kavramın *bona fides* olduğu çıkarımı, metnin *De Officiis*'in sistematiğinde aldığı yer dikkate alınarak yapılabilmektedir. Söz konusu olay, *emptio venditio* sözleşmesinden doğan gizli ayıplar bahsinde yer almaktadır. Buna ek olarak, tacir de *"vir bonus"* olarak

[2133]D.19.2.22.3.

nitelendirilmiş olduğundan; öğretide, bu metinde yer alan sorunun *bona fides* esas alınarak çözülmesi gerektiği savunulmaktadır.[2134]

Cicero, Rodos halkının durumdan haberdar edilmesinin *bona fides* uyarınca gerekli olduğunu düşünmüştür. Esasında bu metin, günümüzde bilgi verme yükümlülüğünün kapsamını belirlemede çok önem taşımakta olup, bugün, hâlâ kafaları kurcalayan bir ikileme işaret etmektedir. Modern kodifikasyonlar da, bilgi avantajını, ifa ile elde edilecek bedel arasında büyük bir dengesizlik yarattığı takdirde onaylamamaktadırlar. Öte yandan, bu çözümün de, *bona fides* kavramının özü gibi etik bir doğaya sahip olmakla beraber; pragmatik sebeplerle benimsendiği düşüncesi akla yatkın gözükmektedir. Bu hâlde, dürüst davranış sorunu, adil bedelin belirlenmesi sorununa dönüşmektedir. Görüldüğü üzere, söz konusu münferit olay *Cicero*'nun *bona fides*'e yüklemiş olduğu pratik anlamlardan bir tanesini yansıtmaktadır. Bu açıklamalar uyarınca ise, liberal ekonomik düşünceye saygı duyan Roma hukukunda yer almış olan *bona fides* kavramının, taraflara genel bir açıklama yükümlülüğü yüklemediği sonucuna varılabilmektedir.[2135]

Cicero'nun metinleri münferit olarak incelendiğinde, Roma hukukunda b*ona fides*'in pratik önemi de daha rahat anlaşılabilmektedir. Görüldüğü üzere, Romanist *bona fides* kavramı özünde etik bir ilke olmakla beraber, Roma yurttaşları ile yabancıların hayatlarını kolaylaştırmaya yarayan pragmatik bir prensip olarak da esas alınmıştır. Bununla birlikte, her ne kadar pragmatik de olsa, ilkenin adalet idesi ile olan bağlantısı ile hakkaniyet kavramı ile olan ilişkisi her zaman önem taşımıştır. *Cicero*'nun eserlerinde *bona fides*'in Roma hukukunda bir borç kaynağı olup

[2134] **Schermaier.** Contract Law. s. 91.
[2135] **Ibid.,** s. 92.

olmadığı sorusuna da cevap aranmıştır. *Bona fides*, tarafların hukuki ilişkilerinde dürüst davranmalarını zorunlu kılmış; bu ise, dolaylı yoldan ifayı etkilemiştir.[2136]

Yine, klasik hukuk döneminden beri, sözleşmedeki yan edim yükümlülüklerinin ihlali *bona fides*'e aykırı görülmüş olup, bundan dolayı doğan zararların tazmin edileceği kabul edilmiştir.[2137] Buna paralel olarak, *ius commune* hukukçularının *bona fides*'in unsuru olarak gördükleri bir öge de, sözleşme ile üstlenilen zımni yükümlülüklere uygun davranmak olmuştur.[2138] Bu unsur da esasında *aequitas* ve dolayısıyla *ius gentium* ile ilişkilidir. *Odofredus*'a göre sözleşmede kararlaştırılan hususları yerine getirmek *bona fides*'in bir gereği olup, hiçbir şey kararlaştırılmayan hususlar bakımından ise, doğal olarak ne gerekiyorsa o ifa edilmelidir. Bir başka deyişle, *ius gentium* tarafından öngörülen doğal bir sebep ile doğmuş olan bu tür zımni hükümler, doğal olarak bir sözleşmenin içeriğine dâhildirler.[2139] *Aquinas* ile *Baldus* da, tarafların *bona fides*'den doğan zımni yükümlülükleri olduğunu belirtmişlerdir. *Aquinas*'a göre, bunun kaynağı eşitlik ilkesi olup, sözleşmelerde eşitliği gözetecek hususlar doğadan ve sözleşmenin özünden gelmektedir.[2140] Bu bağlamda *bona fides*'in, sözleşmenin doğal hükümleri olan *naturalia negotii*'nin kaynağı olduğu; bu açıdan da borç doğurucu özellik gösterdiği göze çarpmaktadır.

[2136]**Schermaier.** Contract Law. s. 78.
[2137]**Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 96.
[2138]**Gordley.** Medieval Law. s. 103.
[2139]Bkz. **Odofredus.** *Lectura Super Digesto Veteri.* Bologna: 1552.
[2140]**Gordley.** Op. Cit. s. 110.

B. Taraflar Arasında Kurulan Güven İlişkisi

Borç ilişkisinin kurulması ile taraflara edim yükümlülükleri ve yan yükümlülükler yüklenmektedir.[2141] Edim yükümlülükleri ise, sözleşmenin tipini ve niteliklerini belirleyen asli edim yükünlülüğü ile tarafların sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne dayanarak belirlediği yan edim yükümlülüklerini içermektedir.[2142] Yan edim yükümlülükleri, kanundan, sözleşmeden ya da bizatihi dürüstlük kuralından doğabilmekte olup, dürüstlük kuralından doğan edim yükümlülüklerinin ifası, asli edim yükümlülüklerinden bağımsız olarak talep edilebilmektedir.[2143] Yan yükümlülükler ise, ifaya yardımcı nitelikte olabilecekleri gibi koruma ve davranış yükümlülüklerini ifade eden koruyucu yan yükümlülükler biçiminde de karşımıza çıkabilmektedirler.[2144]

Zira, taraflar arasında, sözleşmenin kurulması ile ya da salt işlem temasından dolayı ikincil nitelikte bağımsız bir ilişki meydana gelmektedir. Bu ilişki, dürüstlük kuralına dayanan sözleşme benzeri bir güven ilişkisi olarak da adlandırılmaktadır. Alman hukukunda *Canaris* tarafından incelenen bu kavram, İsviçre hukukunda ise, öğreti ve İFM kararları sayesinde geliştirilmiştir.[2145] *Ipso iure* kurulan bu güven ilişkisinden, dürüstlük kuralına dayanan çeşitli koruma ya da davranış yükümlükleri doğmaktadır.[2146] Koruma ve davranış yükümlülükleri, *bona fides*'ten doğan yan borçların bir kısmını oluşturmaktadır.[2147] Koruma yükümlülükleri, tarafların karşılıklı irade beyanları ile üstlendikleri edim yükümlülüklerinden önce, bir hukuki

[2141]**Eren.** Op. Cit. s. 31, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 215 vd.
[2142]**Eren.** Op. Cit. s. 33.
[2143]**Merz.** Art. 2, No: 260, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Loc. Cit., **Stolls, H.:**Die Lehre Von Der Leistungsstörungen, Berlin: Duncher & Humbold, 1994, s. 26.
[2144]**Eren.** Op. Cit. s. 37.
[2145]**Tercier.** Op. Cit. s. 209 vd., No: 564 vd., **Kırca.** Sorumluluk. s. 112.
[2146]**Akyol.** Op. Cit. s. 45.
[2147]**Oğuzman ve Barlas**. Op. Cit. s. 293.

işlemin kurulması ihtimalini içeren sosyal temas fiili olgusuna dayanarak doğmaktadır.[2148] Sözleşmenin tarafları arasında oluşan ve çeşitli koruma yükümlülükleri içeren bu güven ilişkisinin temelinde, *bona fides* ilkesi yatmakta olup, bu ilişkinin amacı, iki tarafın da dürüstlük kuralına uygun davranmasının sağlanmasıdır.

Yan yükümlülükler uyarınca, borçlu, ifa hazırlıklarında ve ifada alacaklının tatmin edilmesi için gerekli özeni göstermekle yükümlüdür. Yan borçların bir kısmı, asli borcun ifasına yardım ederler. Bunların, bağımsız bir nitelikleri olmayıp asli borçtan ayrı dava edilmeleri söz konusu olmaz.[2149] Bu nedenle bunlara, bağımlı yan yükümlülükler *(unselbständige Nebenpflichten, devoirs accessoires secondaires)* denilmektedir.[2150] Bunlara örnek olarak hazırlama ve icra işleri gösterilmektedir.[2151] Öte yandan, yan yükümlülüklerin bir kısmı ise, asli borcun amacına ulaşmasına yardım etmekte ve bağımsız olarak ifa konusu olabilmektedirler.[2152] Bunlara örnek olarak ise, bilgi verme yükümlülüğü ya da rekabet etmeme yükümlülüğü verilebilecektir.[2153]

Güven ilişkisinden doğan koruma yükümlülükleri de, temel edimin ifasını hazırlayan; destekleyen ya da garanti eden ve tek başlarına dava konusu oluşturamayan yan yükümlülüklerin dışında kalan ve *bona fides* uyarınca taraflara

[2148]**Hürlimann-Kaup ve Schmid.** Op. Cit. s. 75, **Demircioğlu, H.R.:**Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009, (Culpa in Contrahendo), s. 128.
[2149]**Honsell.** Art. 2, No: 16, **Roth.** § 242, No: 145, **Edis.** Op. Cit. s. 317, **Eren.** Op. Cit. s. 38.
[2150]**Oğuzman ve Barlas.** Op. Cit. s. 295, **Akünal, T.:***Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliğinin Aşılması*, Yargıtay Dergisi, C. 14, S. 3, Yıl: 1988, s. 223-237, s. 224.
[2151]**Edis.** Loc. Cit.
[2152]**Oğuzman ve Barlas.** Loc. Cit.
[2153]**Chappuis.** Art. 2, No: 19, **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 799, **Edis.** Op. Cit. s 318.

yüklenen yükümlülükler olarak değerlendirilmektedirler.[2154] Edim yükümlülükleri, ifa menfaatine ilişkin iken; koruma yükümlülükleri ise, ifa menfaati dışında kalan, karşılıklı olarak tarafların birbirlerinin zarar altına sokmaktan imtina etme yükümlülüklerine, bir diğer deyişle, kişinin bütün mal ve şahıs varlığı değerlerini ifade eden bütünlük menfaatine ilişkindir.[2155] *Kocayusufpaşaoğlu*, koruma ya da davranış yükümlülüklerinin kanundan doğduğunu ifade etmekte ise de, esasında bu yükümlülüklerin kaynağı *bona fides* olarak görülebilmektedir. Zira, bu yükümlülüklerin bağımsız olmasının nedeni, doğrudan dürüstlük kuralından doğmalarıdır. TMK 2/I uyarınca herkes borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uymak zorunda olup, buradaki borç kavramı, yükümlülük anlamındadır. Yükümlülük kavramı ise, yan yükümlülükleri de içermektedir.[2156] Keza, İsviçre öğretisinde de yan yükümlülüklerin koruma; bildirim ve işbirliği yükümlülüklerini kapsadığı kabul edilmektedir.[2157]

Güven ilişkisi ve güven ilişkisinden doğan koruma yükümlülükleri, Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da büyük önem taşımaktadır. *Schutzpflichten* denilen koruma yükümlülükleri, dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin içeriğinde zımnen olduğu varsayılan yükümlülükleri ifade etmektedir.[2158] Alman hukuk öğretisinde bu yükümlülüklere, "özen gösterme yükümlülüğü anlamına gelen *Sorgfaltspflicht* de denilmektedir.[2159] Bu yükümlülüklerin, Kıt'a Avrupası'nda kuralların kraliçesi olarak görülen *bona fides*'e yani dürüstlük kuralına dayandığı savunulmaktadır.[2160] Sözleşme öncesi, sözleşme

[2154]**Tercier.** Op. Cit. s. 209, No: 564, **Karabağ Bulut**. Op. Cit. s. 64, **Eren.** Op. Cit. s. 37.
[2155]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 12, **Eren.** Op. Cit. s. 40.
[2156]**Eren.** Op. Cit. s. 39, 41.
[2157]**Merz.** Art. 2, No: 265.
[2158]**Roth.** § 242, No: 150, **Tercier.** Op. Cit. s. 202, No: 546, **Akyol.** Op. Cit. s. 46.
[2159]**Larenz.** Schuldrechts. s. 10, **Eren.** Loc. Cit.
[2160]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 19.

esnası ya da sözleşme sonrası ortaya çıkabilecek olan bu koruma yükümlülüklerine örnek olarak, açıklama; bilgi verme, gerçek anlamda koruma; katılma ve işbirliği yükümlülükleri verilebilmektedir.[2161] Zira, özellikle bilgi asimetrisi olan hâllerde, sözleşmenin *bona fides* uyarınca ifa edilebilmesi imkânı bu yükümlülükler sayesinde sağlanmaktadır.[2162] Bu bağlamda, karşı tarafa zarar verilmesi hâlinde ise sözleşmenin müspet ihlali gündeme gelecektir.[2163]

Lex mercatoria'nın önemli kaynaklarından UNIDROIT ilkeleri de, tarafların dürüstlük kuralından doğan yan borçlarını yükümlülüklerini düzenlemektedir. Sözleşmelerin içeriğine ilişkin 5. bölümde bulunan 5.1.2 numaralı madde, tarafların borçlarının açık olarak belirlenebileceği gibi, zımnen de söz konusu olabileceğini; böylesi zımni borçların ise, sözleşmenin doğası ve amacı, taraflar arasında süregelen teamül ve uygulamalar, dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" ile makullük olgularından doğabileceğini düzenlemektedir.[2164] Buna göre, sözleşmede düzenlenmiş olmayan bazı yükümlülükler o denli açıktır ki; tarafların bunları zikretmesine gerek kalmadan sözleşmenin bir parçası olurlar. Öte yandan, bazıları ise ticari teamül ve uygulama gereği eklenmek durumundadır.[2165] Aslında iki hâlde de, başvurulacak mekanizma *bona fides*'tir. Zira, "o denli açık" olup olmamak belirlenirken, *bona fides* bir ölçüt görevi görecek; yine, ticari uygulama değerlendirilirken de *bona fides*'ten yardım alınacaktır. Keza, bu maddenin de sözleşmede değinilmeyen bir terimin, dürüstlük kuralına ve de "dürüst iş yapma" ilkelerine göre belirleneceğini öngören; bir diğer deyişle, dürüstlük kuralının

[2161]**Tercier.** Op. Cit. s. 210 vd., No: 566 vd., **Akyol.** Op. Cit. s. 47.
[2162]**Gallo.** Contratto. s. 617-621, **Eren.** Op. Cit. s. 41.
[2163]**Karabağ Bulut.** Op. Cit. s. 68.
[2164]**UNIDROIT 5.1.2.:** *"Implied obligations stem from (a) the nature and purpose of the contract; (b) practices established between the parties and usages; (c) good faith and fair dealing;(d) reasonableness."*
[2165]**Bonell.** Unidroit. s. 251.

tamamlayıcı işlevine ilişkin olan 4.8. madde ile aynı alanı kapsadığı ve hangi hükmün uygulandığının önem taşımadığı düşünülmekte olup, iki madde için de *bona fides*'in rolü açıktır.[2166] UNIDROIT ilkelerinde olduğu gibi, PECL 6.102. madde de, bir sözleşmenin zımni olarak bazı hükümler içerebileceğini; bunların ise tarafların iradeleri, sözleşmenin doğası ve amacı ile *bona fides'*ten doğabileceğini düzenlemektedir.[2167] CISG'de yer almayan bu düzenleme, öğretide, PECL'in küresel sözleşme hukukunun genel ilkelerini düzenlediği, *bona fides*'in ise bunlardan birisi olduğu biçimde yorumlanmaktadır.[2168]

Sözleşmenin kurulması ile taraflar arasında oluşan güven ilişkisinden doğan koruma yükümlülüklerinden ilki, *Cicero*'nun da *De Officiis*'de tartışmış olduğu açıklama yükümlülüğüdür. Buna göre, sözleşmedeki bir tarafın, edim ile ya da bizzat şahsı ile alakalı ve karşı tarafça bilinmesi gerekli olan önemli hususları diğer tarafa açıklaması gerekmektedir. Bu hususlar, edimin türü; eğer riziko taşıyorsa tehlikeleri ya da sonuçları olabilir. Açıklama ya da bilgi verme yükümlülüğü, önceleri *bona fides* uyarınca bir tarafın hangi şartlarda diğer tarafa, kararını etkileyebilecek bir bilgiyi açıklamakla yükümlü olduğu sorusuna cevap aramakta iken; zamanla bağımsızlık ve birlik kazanarak bunu yaratan kavram olan *bona fides*'den ayrılmıştır.[2169]

Bilgi verme yükümlülüğü, sadece sözleşme tarafları açısından önem taşımamaktadır. Bilgi vermekten ötürü üçüncü kişiye karşı da sorumluluk söz konusu olabilmektedir. İFM, bu sorumluluk türünü önceleri haksız fiil sorumluluğu olarak ele almış ve bir

[2166]**Vogenauer.** Unidroit. s. 541.
[2167]**PECL 6.102:***"In addition to the express terms, a contract may contain implied terms which stem from (a) the intention of the parties, (b) the nature and purpose of the contract, and (c) good faith and fair dealing."*
[2168]**Felemegas.** Op. Cit. s. 404.
[2169]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 36.

giderim hükmü olan OR 41/II kuralına dayandırmıştır.[2170] TBK'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasını karşılayan bu hüküm uyarınca zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlaka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren bu zararı gidermekle yükümlü tutulmaktadır. Bu hâlde, üçüncü kişiler bakımından yazılı olmayan bir koruma normu mevcuttur.[2171] Öte yandan, dürüstlük kuralının uygulanabilmesi için, söz konusu şahıslar arasında bir güven ilişkisinin oluşması gerektiği öğretide kabul edilmekte ve bu nedenle, haksız fiil sorumluluğu çözümü reddedilmektedir.[2172] Bu sorumluluk da sözleşmesel bir sorumluluk olup, kurulmuş olan güven ilişkisine dayanmaktadır.

Açıklama yükümlülüğünün ihlali, sözleşme müzakereleri aşamasında ise *culpa in contrahendo* sorumluluğu söz konusu olabileceği gibi; sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşmiş ise, tazminat sorumluluğu doğabilecektir.[2173] Keza, çağdaş hukukta bir ürünün zararlarından dolayı karşı tarafı uyarmama hâlinde, sözleşmenin ihlali ile buna dayanan kusur sorumluluğunun gündeme geleceği kabul edilmektedir.[2174]

Fransız hukukunda da *obligation de l'information* (bilgi verme yükümlülüğü)'un kabulü, *bona fides* kurumunun pratikte uygulanmasını sağlayan en önemli gelişmelerden bir tanesi olarak görülmektedir. Tipik olarak satım sözleşmesi bağlamında karşılaşılan bilgi verme yükümlülüğü, *Code Civil*'de yer almamasına rağmen; sözleşmenin hem kurulma, hem de ifası aşamasında *bona fides*'e uyulması gereğinden ve *bona fides* ilkesinin öngördüğü sadakat borcundan doğmaktadır.[2175]

[2170]Bkz. BGE 124 III 369, **Merz.** Art. 2, No: 21.
[2171]Keza, Alman hukukunda da dürüstlük kuralına aykırılığın haksız fiil sorumluluğu da teşkil edebileceği, özellikle ticaret hukuku bakımından tartışılmaktadır. **Roth.** § 242, No: 153, 166.
[2172]**Kırca.** Sorumluluk. s. 41.
[2173]**Akyol.** Loc. Cit.
[2174]**Whittaker ve Zimmermann**. Loc. Cit
[2175]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 36, **Mélin.** Op. Cit. s. 113-114.

Bilgi verme yükümlülüğünün, özellikle tüketici sözleşmeleri kapsamında yapılan hukukun uyumlaştırılması çabaları doğrultusunda, açıkça düzenlenerek günümüzdeki hâlini aldığı görülmektedir.[2176] İngiliz hukukunu diğer hukuk sistemlerinden ayıran husus ise, bilgi verme yükümlülüğünün yalnızca sigorta sözleşmeleri gibi *überimmae fidei* sözleşmeler bakımından söz konusu olmasıdır.[2177]

Uluslararası metinlerde de bilgi verme yükümlülüğü büyük önem taşımaktadır. PECL'in 4.107. maddesine göre, bilgi verme yükümlülüğüne dürüstlük kuralına aykırı biçimde uyulmaması belirli şartlar dairesinde hileli davranış sayılmaktadır.[2178] Dürüstlük kuralına aykırılık ise, o tarafın ilgili konuda özel olarak uzmanlık sahibi olup olmadığı; gerekli bilgiyi edinmenin maliyeti; diğer tarafın makul olarak ilgili bilgiyi edinip edinemeyeceği ve söz konusu bilginin olay bazında önemi gibi koşulların değerlendirilmesiyle saptanacaktır.

Koruma yükümlülükleri arasında önem taşıyan bir diğeri de, katılma ya da yardım yükümlülüğüdür. Buna göre, tarafların birbirlerini desteklemesi, işbirliği içerisinde bulunması ve alacaklı ya da borçlunun edimini yerine getirebilmesi için diğer tarafın yardımcı olması *bona fides*'in gereklerindendir.[2179] Öte yandan, Kıt'a Avrupası'nda *bona fides* kurumunu destekleyen hukukçular dahi, bu ilkenin katı bir özgecilik biçiminde uygulanmaması gerektiğini; tarafların kendi menfaatlerini tehlikeye atmaksızın başkalarının menfaatlerini korumakla yükümlü olduklarını ifade etmektedir.[2180]

[2176]Bkz. *Code de la Consommation* Art. 111-1.
[2177]**Vigneron.** Op. Cit. s. 311.
[2178]**PECL 4.107:***"(1) A party may avoid a contract when it has been led to conclude it by the other party's fraudulent representation, whether by words or conduct, or fraudulent non-disclosure of any information which in accordance with good faith and fair dealing it should have disclosed."*
[2179]**Akyol.** Op. Cit. s. 48.
[2180]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 38.

Fransız öğretisinde, sözleşmelerin toplumda bir mikrokozmoz oluşturduğu ve her bir tarafın bireysel menfaatlerinin toplamından daha fazlasını ifade eden bir ortak amaca yöneldiği; bu nedenle de, tarafların bu ortak amaç için çalışması gerektiği görüşü hâkimdir.[2181] Bu sebepten, Fransız hukukunda katılma ve yardım yükümlülüğüne özel bir önem atfedilmektedir. *Obligation de coopération* terimi ile anılan bu yükümlülüğün kökeninin de *bona fides* ve *aequitas* olduğu ve C. Civ. 1135 kuralına dayandığı, Fransız öğretisinde açıkça kabul edilmektedir. [2182]

Lex mercatoria kaynaklarından CISG'nin düzenlediği temel yükümlülüklerden bir tanesi ise, yine *bona fides*'ten türeyen iş birliği yükümlülüğüdür.[2183] Bu yükümlülük, kendisini özellikle 32(3), 48(2), 60(a), ve 65(2). maddelerde göstermektedir.[2184] Yine, PECL 1.202 numaralı maddede de, tarafların işbirliği yükümlülüğü açık bir biçimde ve genel olarak düzenlenmektedir.[2185] Öte yandan, UNIDROIT ilkeleri arasında bulunan ve sözleşmelerin ifasında *bona fides*'e uyma yükümlülüğünü düzenleyen genel ilke olan 1.7 numaralı maddeyle ilgili uluslararası içtihatlar ve özellikle tahkim kararları incelendiğinde, bu maddenin özellikle işbirliği

[2181] **Démogue, R.:** Traité des Obligations en Général, Tome VI, Paris: Rousseau, 1932, s. 9.
[2182] **Looschelders ve Olzen.** § 242, No: 1168-1169.
[2183] **Felemegas.** Op. Cit. s. 402.
[2184] **CISG 32(3):** *"Satıcı, malların taşınması ile ilgili sigortayı yaptırmak zorunda değilse, alıcının talebi üzerine, onun böyle bir sigortayı yaptırmak için ihtiyaç duyacağı mevcut bütün bilgileri alıcıya vermek zorundadır."*
CISG 48(2): *"Satıcı, alıcıdan, ifayı kabul edip etmeyeceğini kendisine açıklamasını talep ederse ve alıcı makul bir süre içinde bu talebe cevap vermezse, satıcı, talebinde ifade ettiği süre içinde ifayı gerçekleştirebilir. Alıcı bu süre içinde, satıcının ifası ile bağdaşmayacak bir hukukî imkâna başvuramaz."*
CISG 60(a): *"Alıcının teslim alma borcu (a) satıcının teslimi gerçekleştirebilmesi için kendisinden makul olarak beklenebilecek her türlü eylemde bulunmayı kapsar."*
CISG 65(2): *"Satıcı belirlemeyi bizzat yaparsa, bunun ayrıntıları hakkında alıcıyı bilgilendirmesi ve ona farklı bir belirleme yapması için makul bir süre tanıması gerekir. Alıcı, satıcının açıklamasının ulaşmasından sonra, bu olanağı, verilmiş süre içinde kullanmazsa, satıcı tarafından yapılmış belirleme bağlayıcı olur."*
[2185] **PECL 1.202:** *"Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract."*

yükümlülüğü bakımından sıklıkla uygulandığı görülmektedir.[2186] Keza, öğretide de katılma ve yardım yükümlülüğünün, esasında tüm bu yükümlülükleri kapsayan sadakat yükümlülüğü ile birlikte değerlendirilmesi gerektiği savunulmaktadır. Sözleşmesel ilişkilerde, bir tarafın diğerini sözleşmenin ifasından beklenen yarardan mahrum etmesi, bu çerçevede *obligation de loyauté* yani sadakat yükümlülüğünden ileri gelmektedir.[2187] Sadakat yükümlülüğü, niteliği itibariyle tarafların maddi anlamdaki borç yükümlülüklerinin üzerinde bulunan ve *bona fides*'in uygulamasını oluşturan kurallardır.[2188] Sadakat borcunun kapsamını da *bona fides* belirlemektedir.

Sözleşme süresince devam eden sadakat yükümlülüğüne verilebilecek en basit örnek, sır saklama yükümlülüğüdür. İFM, iş sözleşmesi ile ilgili vermiş olduğu bir kararında sır saklama borcundan bahsedebilmek için, kişinin edindiği bilgilerin sır niteliğinde olduğunun bilincinde olmasını aramıştır.[2189] Bu hâlde Federal Mahkeme'nin taraflar bakımından aradığı iyiniyet sübjektif niteliktedir. Öte yandan, Mahkeme, tarafların pozisyonu; formasyonu; ücreti; görülen faaliyetin önemi gibi hususları da değerlendirmeye almıştır. Bu bağlamda, sorumluluğun sınırını yine *bona fides* objektif olarak saptamaktadır.

Tarafların, güven ilişkisinden ve dürüstlük kuralından doğan yükümlülüklerinden bir diğeri de, borcun konusunu koruma ve özen gösterme yükümlülüğü olarak sayılmaktadır. Buna göre taraflar, borçlunun edimini tam ve mükemmel olarak ifa edebilmesi amacıyla gerekenleri yapmak ve ifayı zorlaştıracak davranışlardan

[2186]Örneğin, Fransız ve Hollandalı tarafların yer aldığı bir olayda, Hollanda mahkemesi bir olayda PICC'de Fransız hukukunda olduğundan daha ağır bir kooperasyon yükümlülüğünün mevcut olduğunu belirterek; alıcının, dürüstlük kuralı gereği daha dikkatli ve özenli bir inceleme yapması gerektiğine hükmektmiştir. Bkz. Rechbank Zwolle 05.03.1997 (HA ZA 95-640, 1997) 15 NIPR 282.
[2187]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 37.
[2188]**Mollamahmutoğlu, Astarlı ve Baysal.** Op. Cit.. s. 603.
[2189]Bkz. ATF 64.11. 1938.

kaçınmak durumundadırlar. Bu yükümlülüğe örnek olarak, zarar görmemesi amacıyla edimin niteliğine uygun bir paketleme yöntemi kullanmak verilebilmektedir.[2190] Esasında bu yükümlülük, iş birliği ve katılma yükümlülüğünün bir uzantısı olup, uygulamada oldukça önem taşımaktadır.

Güven ilişkisi uyarınca sözleşmenin bir tarafı, gerekli hâllerde karşı tarafın şahsını koruyucu önlemler almak ve karşı tarafı mevcut tehlikelerden korumakla yükümlüdür. Bu yükümlülük, özünde dar anlamda koruma yükümlülüğü olarak ifade edilmekte olup, uygulamada özellikle işçi ve işveren arasındaki ilişkilerde karşımıza çıkmaktadır.[2191] Öğretide, bağımsız bir yükümlülük olarak sayılan uyarma yükümlülüğü ise, dar anlamda koruma yükümlülüğü içerisinde değerlendirilebilecek olan bir başka yükümlülüktür. Buna göre, tehlike arz eden hâllerde sözleşme ilişkisinin taraflarının birbirlerini uyarmaları dürüstlük kuralınca zorunludur.[2192]

Bona fides'ten doğan yan yükümlülükler, sadece Alman ve Fransız hukukunda değil; pek çok farklı hukuk sisteminde mevcuttur. İspanyol C.C. 1258. maddesinde, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi, sözleşmelerin yalnızca üzerinde açıkça uzlaşılan yükümlülükleri değil; aynı zamanda *bona fides*'in doğurduğu yükümlülükleri de içereceği açıkça düzenlenmektedir. Belçika hukukunda da *bona fides*, ek sözleşmesel yükümlülükler getirmek için kullanılmaktadır.[2193] Hollanda hukukunda ise, 1992 tarihli yeni NWB 6: 248. madde uyarınca, bir sözleşmenin sadece taraflarca ulaşılması amaçlanan hukuki sonuçları değil; aynı zamanda sözleşmenin doğası, genel teamüller ile *bona fides*'in gereklerinden doğan sonuçları da doğuracağı kabul

[2190]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 50.
[2191]**Kaplan, E.:***İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı,* Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 2, Yıl: 2003, s. 1-15, s. 3.
[2192]**Akyol.** Op. Cit. s. 52.
[2193]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 52.

edilmektedir. *Bona fides*'in Roma hukukundan gelen borç doğurucu işlevi, taraflar arasında meydana getirdiği etik temele dayanan güven ilişkisi dolayısıyla, tüm hukuk sistemlerince genel olarak benimsenmiştir.

1. *Culpa in Contrahendo*

Dürüstlük kuralına dayanan güven ilişkisi, sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada *culpa in contrahendo* sorumluluğuna vücut vermektedir.[2194] *Culpa in contrahendo*, kelime anlamı ile sözleşmenin kurulma aşamasında gerçekleşen kusuru ifade etmektedir.[2195] Kusuru ile güven ilişkisine aykırı davranarak, karşı tarafa zarar verenin sorumluluğu da *culpa in contrahendo* sorumluluğu olarak adlandırılmaktadır.[2196] *Culpa in contrahendo*, esasında klasik dönem Roma hukukunda açıkça benimsenmiş bir kavram değildir. Öte yandan, bu kavram da özünde gerek Roma, gerekse çağdaş hukukların üzerine çok çeşitli kuramlar inşa ettiği *bona fides* olgusuna dayanmaktadır.

Her ne kadar, kimi yazarlarca pür Romanist bir kavram olarak değerlendirilmese de; Bizans döneminde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun uygulanmış olduğu savunulmaktadır.[2197] Aksi yöndeki yaygın inanışa rağmen *Tahiroğlu*, sözleşme görüşmeleri sırasındaki kusurun, kökenini Roma hukukunda bulduğunu; sözleşmenin kurulmasından önce tarafların birbirlerine karşı dürüst davranma ve gerçek durumu gizlememe yükümlülükleri olduğunu belirtmektedir.[2198] Roma hukukunda, bu

[2194]**von Tuhr.** Op. Cit. s. 187, **Eren.** Op. Cit. s. 1152.
[2195]**von Jhering, R.:**Culpa in Contrahendo Bei Nichtigen Oder Nicht zur Perfection Gelangten Verträgen. Jherings Jahrbücher, Band 4, 1861, (Culpa in Contrahendo), s. 11.
[2196]**Eren.** Loc. Cit.
[2197]**von Jhering.** Op. Cit. s. 9.
[2198]**Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 50.

aşamada, tarafların hileli bir davranış sergilemesi hâlinde *actio doli* açılabileceği kabul edilmiş olup, klasik dönemde bu davanın açılabilmesi için kasıt aranırken *Iustinianus* döneminde ihmal de yeterli bulunmuştur.[2199] Bu durum ise *culpa in contrahendo* kurumunun kökeninin *bona fides* olduğunu göstermektedir.

Jhering de, *culpa in contrahendo* kuramını geliştirirken, özellikle *actio legis Aquiliae*'ı incelemiş ve bu dava ile öngörülen sorumluluğun, haksız fiil ilişkilerini aşacak şekilde geniş olduğunu görmüştür.[2200] Öğretide, *culpa in contrahendo*'nun kökenini *rei vindicatio* (istihkak davası)'da bulduğunu savunanlar da vardır. Nitekim, bu hâlde malı satın alan üçüncü kişi ile esas malik arasında sözleşmesel bir ilişki olmamasına rağmen, Roma hukukunda sözleşmesel sorumluluğun izlerine rastlandığı savunulmaktadır.[2201] Bu bağlamda verilen örneklerden bir tanesi de, *res extra commercio* (ticarete elverişsiz) olarak görülen kutsal bir malın, kutsal, dinsel ya da kamusal olmayan bir mal sanılarak satın alınmasına ilişkin olaylardır. Bu hâlde, malın ticarete elverişsizliği nedeniyle satım sözleşmesi geçersiz olmuştur. Öte yandan, bu sebeple meydana gelecek zararların sözleşmesel esaslara göre tazmin edilmesi gerektiği *Institutiones'*de belirtilmiştir.[2202] Bu açıdan, özellikle *Digesta*'da yer alan *Ulpianus*'a ait D.11.7.8.1 ve *Modestinus*'a ait D.18.1.62.1 metinleri ile *Institutiones*'de yer alan 3.23.5 metinleri temel alınmaktadır.[2203] D.11.7.8.1 uyarınca:

[2199]D.4.3.18.3.
[2200]**von Jhering.** Culpa in Contraehndo. s. 42.
[2201]**Mirmina, S.:***A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on its Origins in Roman, German and French Law as Well as its Application in American Law,* Connecticut Journal of International Law, C. 8, Yıl: 1992, s. 77-108, s. 83.
[2202]*Ins***.**3.25.5.
[2203]**Zimmermann.** Op. Cit. s. 244.

"Si locus religiosus pro puro venisse dicetur, praetor in factum actionem in eum dat ei ad quem ea res pertinet: quae actio et in heredem competit, cum quasi ex empto actionem contineat."

"Eğer, dinsel bir yerin sıradan bir yer sanılarak satıldığı iddia edilirse, *praetor*, ilgili kişiye satıcıya karşı açacağı bir *actio in factum* verir. Bu dava mirasçıya karşı da açılabilir. Zira, farazi olarak satım sözleşmesinden doğan bir davayı içermektedir."

Yine, D.18.1.62.1.'e göre:

"Qui nesciens loca sacra vel religiosa vel publica pro privatis comparavit, licet emptio non teneat, ex empto tamen adversus venditorem experietur, ut consequatur quod interfuit eius, ne deciperetur."

"Eğer bir kimse, bilmeden özel bir mal sanarak kutsal, dinsel ya da kamusal bir malı satın alırsa; bu hâlde, satım sözleşmesi geçersiz dahi olsa satıcıya karşı uğradığı zararlardan dolayı ve hileye uğradığından ötürü *actio empti* açabilir."

*Ins.*3.23.5 uyarınca da:

"Loca sacra vel religiosa, item publica, veluti forum, basilicam, frustra quis sciens emit, quas tamen si pro privatis vel profanis,

deceptus a venditore, emerit, habebit actionem ex empto, quod non habere ei liceat ut consequatur quod sua interest deceptum eum non esse. idem iuris est, si hominem liberum pro servo emerit."

"Eğer bir kimse, *forum* ya da bir bazilika gibi kutsal, dinsel ya da kamusal bir malı bilerek satın alırsa, satım sözleşmesi batıldır. Ancak, satıcı hileli hareketlerle alıcının almış olduğu şeyin kutsal olmadığına ya da özel bir mal olduğuna inandırmışsa, alıcı hukuken sözleşmede kararlaştırılan şeyin maliki olamayacağından, hile sebebiyle uğradığı zararlar için *actio empti* açabilir. Aynı kural, özgür bir kimsenin, satıcının köle olarak tanıtması nedeniyle satın alınmasına da uygulanır."

Görüldüğü üzere, *emptio venditio* sözleşmesinden doğan *actio empti* ve *actio venditi* ile ilgili metinlerde, satım sözleşmesinin *ab initio* geçersiz olması hâlinde, tarafların sorumluluktan tamamen kurtulmadığına rastlanmaktadır.[2204] Bu hâlde belirtilmesi gereken, sorumluluğun sebebinin *dolus* olup *culpa in contrahendo* olmadığıdır.[2205] Öte yandan, sonuç itibariyle iki hâlde de sözleşme müzakerelerinde kusurlu davranışlara sorumluluk bağlanmıştır.

Taraflar, müzakere yaptıktan sonra sözleşmeyi bağıtlamamışlarsa veya sözleşme batıl ya da iptal edilmiş ise, bu aşamada ortaya çıkmış olabilecek zararların tazmini meselesi hakkaniyetin sağlanması bakımından oldukça önem taşımaktadır.[2206] Elbette, taraflar müzakereyi sözleşmenin kurulmasıyla sonlandırmak zorunda

[2204] **Mirmina.** Op. Cit. s. 82.
[2205] **Zimmermann.** Op. Cit. s. 245.
[2206] **Eren.** Op. Cit. s. 1153.

olmayıp; müzakere bizatihi kesildiği için, kesen tarafa sorumluluk yükletilmesi söz konusu olamayacaktır.[2207] Öte yandan, *culpa in contrahendo* kavramı, esasen ek yükümlülüklerin sözleşme öncesi safhaya girecek şekilde genişletilmesi sonucunu doğurmaktadır.[2208] Zira, müzakereci taraflar arasında bir takım özel yükümlülüklerin doğmasını sağlayan kavram *bona fides*'tir.[2209] Keza, yargı dünyasındaki son gelişmeler doğrultusunda da *culpa in contrahendo* kuramı özellikle son dönemde *bona fides* başlığı altında incelenmektedir.[2210] Bu açıdan, *bona fides* ile *culpa in contrahendo* kavramlarının dolaylı olarak dahi olsa bağlantılı olduğunun kabulü gerekmektedir. Nitekim, *culpa in contrahendo*'nun Roma hukukundaki kökenleri de kavramın *bona fides* olan ilişkisini kanıtlar niteliktedir.

Öğretideki hâkim görüş, Roma hukukunda sözleşme müzakerelerinde kasıtlı olarak hile yapılmasını ifade eden *dolus in contrahendo* kavramının da, *iudicium bonae fidei* içerisinde bağımsız talep edilen bir tazminat yükümlülüğü doğuracağının kabul edilmiş olduğu yönündedir.[2211] Örneğin, *commodatum* (kullanım ödüncü) ya da *depositum* (saklama) sözleşmesinde tehlikeli bir malın karşı tarafa teslim edilmesi, sözleşme müzakerelerindeki açıklama yükümlülüğünün ihlali olarak görülmüştür.[2212]

Culpa in contrahendo sorumluluğu, esasında çelişkili davranış yasağı ile de ilişkilendirilebilmektedir. Aralarındaki fark, *culpa in contrahendo*'nun sözleşme müzakereleri ile sınırlı olmasıdır. Hukuki ilişkinin karşı tarafında hukuken korunmaya değer bir güven oluşturmak, sözleşme öncesi aşamada da önem

[2207] **von Tuhr.** Op. Cit. s. 188.
[2208] **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 64.
[2209] **Whittaker ve Zimmermann**. Op. Cit. s. 27.
[2210] **Ibid.,** s. 31.
[2211] **Söğütlü Erişgin**. Op. Cit. s. 98.
[2212] **Ibid.**

taşımaktadır. Sözleşmenin kurulacağı konusunda karşı tarafta uyandırılan haklı güvene aykırılık hâlinde, çelişkili davranan taraf *culpa in contrahendo* sorumluluğu ile karşı karşıya kalacaktır.[2213] Bu açıdan, *culpa in contrahendo* aslında *venire contra factum proprium* ilkesinin hangi aşamada uygulanacağı ve tarafların hangi esaslara göre tatmin edileceği ile ilgili olup, doğuş nedeni, *bona fides* ve *aequitas*'tır.

İsviçre öğretisinde *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açılmaması için tarafların *bona fides* gereği bir takım yükümlülükleri olduğu kabul edilmiştir.[2214] Bunlar, ciddiyet içerisinde sözleşme görüşmelerinde bulunmak; karşı tarafı doğru bir biçimde yönlendirmek; düşünceli davranmak ve karşı tarafı korumaktır.[2215] Özellikle, taraflar arasında bilgi asimetrisi olan hâllerde önem taşıyan karşı tarafı doğru yönlendirme ile koruma yükümlülükleri *bona fides*'ten doğmakta; namuslu ve dürüst bir kimsenin izlemesi gereken hareket tarzını yansıtmaktadır.[2216]
Culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağı eski tarihlerden beri tartışmalıdır.[2217] Türk-İsviçre borçlar hukukunda haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk olmak üzere, uzun yıllar ikili sorumluluk anlayışı mevcut olmuştur.[2218] Sorumluluğun haksız fiil sorumluluğuna dâhil edilmesi de uzun süreler tartışılmıştır.[2219] Bu durumun nedenlerinden bir tanesi, sorumluluğun Roma hukukunda *actio legis Aquiliae* ile ilişkilendirilmesi olarak görülebilir. Nitekim, *actio legis Aquiliae*, *damnum iniuria datum* (mala verilen zarara) haksız fiilinden doğan davayı ifade etmekte olup, bu

[2213]**Schwenzer.** Op. Cit. s. 350, **Akyol.** Op. Cit. s. 70.
[2214]**Keller.** Op. Cit. s. 498-499, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 219.
[2215]**Tercier.** Op. Cit. s. 204-205, No: 552-554, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 216-218.
[2216]**Honsell.** Art. 2, No: 17, **Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 64.
[2217]*Dolus in contrahendo* da uzun bir süre haksız fiil olarak nitelendirilmiş ve *actio doli* ile takip edilmiş; kimi zaman da, hileye uğrayan tarafa *exceptio doli* bahşedilmiştir. Öte yandan, *compilator*'lar, bu haksız fiil sorumluluğu yerine sözleşmesel sorumluluğu koymuşlardır. **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 174, **Söğütlü Erişgin.** Op. Cit. s. 98.
[2218]**Tercier ve Pichonnaz.** Op. Cit. s. 147, **Schwenzer.** Op. Cit. s. 353, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 222,**Tandoğan, H.:**Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara: 1965, s. 5 vd.
[2219]**Eren.** Op. Cit. s. 1155.

haksız fiil türü, çağdaş hukuklarda genel hükümle düzenlenen haksız fiil kavramına evrilmiştir.[2220] Öte yandan, *culpa in contrahendo* bakımından haksız fiil sorumluluğunun kabulü hâlinde, zarar gören tarafın ispat yükü ve zamanaşımı dezavantajından ötürü, adaletli sonuçlar doğmamaktadır.[2221] Bu nedenle sonrasında, sorumluluğun sözleşmesel sorumluluk olması da tartışılmıştır.[2222] Nitekim, taraf iradelerine dayalı somut bir güvenin ihlali soyut bir güvenin ihlalinden daha ağırdır.[2223] Öte yandan, ortada kurulmuş bir sözleşme de olmadığından, bu sorumluluk türünü sözleşmesel sorumluluk olarak adlandırmak da kolay gözükmemektedir.[2224] Bu sebeple öğretide, *culpa in contrahendo*'nun, kendine özgü bir yapısı olan ve dürüstlük kuralına dayanan özel bir sorumluluk türü olduğu savunulmaktadır.[2225] Bugün, bu kavramın edim yükümlülüklerinden bağımsız, kanuni bir sorumluluk kaynağı olarak da benimsenmesi mümkündür.[2226] Bu hâlde, sözleşme görüşmeleri sırasında hukuki ilişkinin taraflarından birinin, karşı tarafa kusuruyla verdiği zararlar, *culpa in contrahendo* esasına göre tazmin edilecektir. Bu zarar, görüşmeler sonucunda kusurlu olarak yanlış bilgi vermek; koruma yükümlülüklerini ihlal etmek ya da yapılması düşünülmeyen bir sözleşme hakkında aldatıcı hareketlerle karşı tarafta sözleşme yapılacağı ümidi uyandırmak gibi fiillerle verilebilmektedir.[2227] Haksız fiiller bakımından hukuka aykırılığın yaratmış olduğu

[2220]Roma hukukunda haksız fiiller de, kendilerine dava tanınıp tanınmamasına göre *numerus clausus* esasına göre sayılmıştır. Öte yandan, *ius civile* tarafından düzenlenmiş olan *damnum iniuria datum* haksız fiili, mallarda meydana gelen zararlar bakımından genel kavramları ortaya koymuş olup hukuka aykırılık, kusur ve nedensellik bağı gibi unsurların gelişmesini sağlamıştır. **Tahiroğlu.** Op. Cit. s. 311, **Jörs, Kunkel ve Wenger.** Op. Cit. s. 256, **Villey.** Droit Romain. s.111.
[2221]**Kırca.** Sorumluluk. s. 138.
[2222]**Demircioğlu, H.R.:***Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumlulukları,* "Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu", Ankara: Gazi Ünivetsitesi, 28-29 Mayıs 2009, s. 219-229, (Sorumluluk), s. 221, **Eren.** Op. Cit. s. 1155.
[2223]**Demircioğlu.** Op. Cit. s. 224.
[2224]**Kalkan Oğuztürk, B.:**Güven Sorumluluğu, İstanbul:Vedat Kitapçılık, 2008, s. 102.
[2225]Bkz. ATF 120 II 331, **Eren.** Op. Cit. s 1156, **Kırca.** Loc. Cit.
[2226]**Eren.** Op. Cit. s. 42.
[2227]**Ibid.,** s. 1159.

etki, hukuki işlemin kurulması için gerekli sosyal temas tarafından yaratılmaktadır.[2228]

Bunun nedeni, sözleşme görüşmelerinin başlamasıyla tarafların arasında *bona fides* yani dürüstlük kuralına dayanan bir güven ilişkisi oluşmasıdır.[2229] Hukuki işlem temasından borç ilişkisini doğuran unsur, güvendir.[2230] Bu hâlde, temas içerisindeki tarafların birbirlerinin menfaatleri bakımından herhangi bir üçüncü kişi için göstereceklerine nazaran daha fazla dikkat ve özen göstereceklerine inanılmakta; soyut ve varsayımsal nitelikteki toplumsal güven somutlaştırılmaktadır.[2231] Keza, *culpa in contrahendo*, salt haklı güvenin ihlaline dayalı bir sorumluluk olan güven sorumluluğunu da doğurmuştur.[2232] Güven sorumluluğunun temeli, *bona fides* olup, bu durumda, taraflar arasında dürüstlük kuralından doğan özel bir bağlantının varlığı önem taşımaktadır.[2233] İFM tarafından verilen ünlü *Swissair* kararıyla[2234] geliştirilen güven sorumluluğu, özünde *culpa in contrahendo* anlayışının derinleştirilmesiyle ortaya çıkmıştır.[2235] Türk Yargıtay'ı da, 2010'dan bu yana güven sorumluluğunu kabul etmektedir.[2236]

Öte yandan, öğretideki karşı görüşe göre, *culpa in contrahendo* varsa güven sorumluluğu söz konusu olmayacaktır.[2237] Aslında, güven sorumluluğunun dürüstlük kuralına dayanan bir üst sorumluluk türü olduğu belirtilebilmektedir. Bu nedenle, güven sorumluluğu, *culpa in contrahendo*'yu da içerisinde barındırır. *Culpa in*

[2228]**Demircioğlu.** Sorumluluk. s. 222.
[2229]**Tercier.** Op. Cit. s. 166, No: 465.
[2230]**Tercier.** Op. Cit. s. 203, No: 549, **Demircioğlu.** Op. Cit. s. 223.
[2231]**Demircioğlu.** Loc. Cit.
[2232]**Honsell**. Art. 2, No: 18, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 176.
[2233]**Çağlayan Aksoy.** Op. Cit .s 203.
[2234]Bkz. BGE 120 II 331, **Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 225.
[2235]**Demircioğlu.** Sorumluluk. s. 221.
[2236]Bkz.Yrg. HGK, E. 210/9-39, 2012/19-670.
[2237]**Demircioğlu.** Op. Cit. s. 225.

contrahendo için sözleşmesel sorumluluk gerekirken; güven sorumluluğu için böylesi bir şart mevcut değildir.[2238] *Canaris*'e göre güven sorumluluğu çok geniş olup, pozitif güven koruması sadece tazminat değil, aynı zamanda ifa yükümlülüğünü de içermektedir.[2239] Bunun nedeni, *bona fides*'tir. Öte yandan, öğretide, sorumluluğu sadece negatif güven koruması yani tazminat sorumluluğu ile sınırlama eğilimi de mevcuttur.[2240] Güven sorumluluğunun koşulları, güvenen ve güvenilen taraf arasında sözleşmesel yoğunlukta olmasa dahi tesadüfi sayılamayacak bir bağlantının varlığı; bir tarafta buna dayanan haklı güven oluşması ve bu güvenin boşa çıkarılmasıdır.[2241] Görüldüğü üzere, güven sorumluluğunun temeli hakkaniyet düşüncesinden öte, Romanist *fides* olgusudur.

Culpa in contrahendo, Alman hukukunda ifa aşamasında *Treu und Glauben* kavramını düzenleyen BGB § 242 kuralının bir uygulaması olarak görülmüştür.[2242] Alman öğretisinde ilk olarak *Jhering* tarafından geliştirilen *culpa in contrahend*o'nun, *bona fides* kavramına dayandığı kabul edilse de; bu kavramı spesifik olarak güven teorisine dayandırma eğilimi de mevcut olup, özellikle *Canaris*'in çalışmalarıyla, bu eğilim güçlenmiştir.[2243] Öte yandan, *culpa in contrahendo,* 2002 yılında BGB içerisine ayrı bir hüküm[2244] olarak alınmıştır.[2245]

[2238]**Koçhisarlıoğlu.** Kusur. s. 199 vd., **Çağlayan Aksoy**. Op. Cit. s. 205.
[2239]**Canaris.** Die Vertrauenshaftung. s. 5.
[2240]**Demircioğlu.** Op. Cit. s. 227.
[2241]**Gauch, Schluep ve Schmid.** Op. Cit. s. 226, **Çağlayan Aksoy**. Op. Cit. s. 211.
[2242]**Köhler, H.:**BGB Recht der Schuldverhältnisse I Allgemeiner Teil, München: C.H.Beck, 1989, s. 80.
[2243]**Kessler, F. ve Fine, E:***Culpa in Contahendo: Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A* Comparaitve Study, Harvard Law Review, C. 77. S. 3, Yıl: 1964, s. 401-449, s. 401.
[2244]**BGB § 311**:*"(1) Zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft sowie zur Änderung des Inhalts eines Schuldverhältnisses ist ein Vertrag zwischen den Beteiligten erforderlich, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. (2) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch 1. die Aufnahme von Vertragsverhandlungen, 2.die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder 3.ähnliche geschäftliche Kontakte. (3) Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden*

Karşılaştırmalı hukuk öğretisindeki son gelişmeler de, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu güven sorumluluğu kapsamına almak yönündedir.[2246] Bunu mümkün kılan husus, iki kavramın temelinin de *bona fides* oluşudur. Keza, sözleşme öncesi koruma yükümlülüklerinin ihlali *culpa in contrahendo* sorumluluğuna vücut vermektedir.[2247]

İFM, sorumluluğu önce, haksız fiil esasına dayandırmış; daha sonra, sözleşmesel sorumluluk görüşünü benimsemiş; en sonunda ise, güven sorumluluğu[2248] görüşünü kabul etmiştir.[2249] Fransız hukukunda ise, bu kurum haksız fiil hukukunun alanına giren bir konunun, sözleşme hukuku kapsamına sokulması nedeniyle eleştirilmiştir. Öte yandan, günümüzde Fransız hukukunda da bu hâlde sözleşme ile haksız fiil arasında esnek bir alan yaratıldığı kabul edilmekte ve bu durum, hakkaniyeti sağalama çabasının bir örneği olarak görülmektedir.[2250] Nitekim, *culpa in contrahendo* sorumluluğunu haksız fiile dayandırmak somut olay adaletine aykırı bulunmaktadır.[2251]

---

sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst."

[2245]**Demircioğlu.** Sorumluluk. s. 225.

[2246]**Kırca.** Sorumluluk.. s. 114.

[2247]**Kocayusufpaşaoğlu.** Borçlar Hukuku. s. 10.

[2248]**Kırca.** Op. Cit. s. 146.

[2249]İsviçre'de, 1988 yılından beri süregelen bir kanunlaştırma çalışması mevcut olup (*Bundesgesetz über die Revision und Vereinheitlichung des Haptpflichtrects)*; haksız fiil ve sözleşme hukuku bakımından, borç kaynakları tek tipe indirilmeye çalışılmaktadır. OR 2020 ile hukuk düzenine alınması düşünülmüş olan 46/II hükmü, zarar veren davranışın hukuk düzeninin bir emrine; yasağına; dürüstlük kuralına ya da sözleşmeye aykırı olması hâlinde hukuka aykırı sayılacağını belirtmekte olup, bu durumda *culpa in contrahendo* kuramına ihtiyaç kalmayacaktır. **Demircioğlu.** Op. Cit. s. 224.

[2250]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 35.

[2251]**Demircioğlu.** Sorumluluk. s. 220.

Bazı hukukçular ise, *culpa in contrahendo* kavramını fiili sözleşme ilişkilerinin bir türü olarak görmektedirler.[2252] Fiili sözleşme ilişkileri, sosyal temas; fiili hizmet ve ortaklık ilişkileri ile toplumsal edim yükümlülükleri olmak üzere üç ana başlık altında ele alınmaktadır.[2253] Bu kategorizasyon fiili sözleşme ilişkileri terimini ilk defa kullanan *Haupt* tarafından yapılmış olup, öğretide ağırlıklı olarak kabul görmektedir. Bu üç ana başlık arasında en önemlisi ise, sosyal temastan doğan fiili sözleşme ilişkileridir. Zira, c*ulpa in contrahendo* halleri de bu grup içerisinde ele alınmaktadır.[2254] Bazı yazarlar ise, *culpa in contrahendo* hallerinin fiili sözleşme ilişkileri arasında sayılması fikrini reddetmektedirler.[2255]

Alman BGH tarafından verilmiş olan bir kararda, aracını ücretli bir park yerine park etmiş olan kimsenin, ücret karşılığında bir sözleşme yapma iradesi olmadığı iddiasına karşı fiili sözleşme ilişkisi teorisi uygulanmış ve araç sahibi ücreti ödemeye mahkûm edilmiştir.[2256] Bu karar, öğretide fiili sözleşme ilişkilerinin klasik bir örneği olarak nitelendirilmektedir.[2257] Söz konusu karar da incelendiğinde, fiili sözleşme ilişkilerinin de dürüstlük kuralı yani *bona fides* kuralına dayanmakta olduğu göze çarpmaktadır.[2258] Zira, fiili sözleşme ilişkileri kuramının amacı hakkaniyete ve adalete uygun bir çözüm üretmek olmuştur. Bu noktada, adeta sözleşme şemsiyesinin gölgesinin genişletildiği söylenmektedir.[2259]

[2252]**Haupt, G.:***Über faktische Vertragsverhältnisse, "*Festschrift der Leipziger Juristenfakultat fur H. Siber" II, Leipzig: 1943, s. 9.
[2253]**Ibid.,**
[2254]**Kılıçoğlu.** Op. Cit. s. 742.
[2255]**Fikentscher, W.:** Schuldrecht, Berlin: De Grutyer, 1997, s. 56.
[2256]Bkz. BGHZ 21 319 (333).
[2257]**Kılıçoğlu.** Op. Cit. s. 743.
[2258]**Akyol**. Op. Cit. s. 116.
[2259]**Ibid.,** s. 118.

Dürüstlük kuralının uygulanabilmesi için, mutlaka doğmuş bir borç ilişkisini varlığı aranmamaktadır.[2260] *Bona fides'*in sadece sözleşmeler kurulduktan sonra değil, sözleşmelerin kurulmasından önceki aşamalarda da önemi açıktır. Sözleşmenin kurulması aşamasında, tarafların dürüstlük kuralına yani *bona fides*'e uygun davranmaları gerektiği, Roma hukukundan günümüze kabul edilmektedir. Bu hâlde, *bona fides*'in sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir kural olduğu sonucuna varılabilecektir. Öğretide, *bona fides* ilkesinin genel bir kloz ile düzenlendiği Alman hukukunda, ilkenin istenmeyen hâkim müdahalesini gerektirecek denli esnetildiği ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre, sözleşme özgürlüğüne verilen önem bakımından Fransız anlayışı daha isabetlidir. Öte yandan, *bona fides* ilkesinin dar değil geniş algılanması işlem hayatını aksine kolaylaştırmaktadır. Nitekim, *bona fides* gibi bir ilkeye ihtiyaç duyulmasının asıl sebebi de budur.[2261] *Bona fides*'in zıt kavramı olan *mala fides* de öğretide, bir tarafın meşru bir sebep olmaksızın müzakere edilen amaç ve beklentilere aykırı biçimde, sözleşmenin amacı ya da karşı tarafın yararını maddi olarak ortadan kaldıracak veya karşı tarafa önemli ölçüde zarar verecek şekilde davranmak şeklinde örneklendirilmektedir.[2262] Bu davranışların önlenmesi ise, bilakis sözleşme özgürlüğünü garanti altına almaktadır.

Bona fides'in borç doğurucu işlevi pek çok hukuk sisteminde kabul edilmektedir. Kıt'a Avrupası hukuk sistemini büyük ölçüde şekillendiren Alman hukukunda, sözleşmelerin ifasında *bona fides*'e uyulmasının önemini düzenleyen BGB § 242 hükmünün sözleşme öncesi aşamada da uygulanacağı, kural yasalaşmadan uzun yıllar önce kabul edilmiştir.[2263] Türk-İsviçre hukukunda, ZGB § 2 ve buna paralel

[2260] **Barlas**. Loc. Cit.
[2261] **Del Grenado**. Op. Cit. s. 317.
[2262] **Zeller ve Andersen**. Op. Cit. s. 15.
[2263] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 24, **Hüpers.** Op. Cit. s. 362.

olarak TMK 2'nin de BGB § 242 ile çok benzer fonksiyon gösterdiği düşünülmektedir.[2264] Bununla beraber, *bona fides* ilkesinin genel hükümler arasında bulunması; özellikle sözleşme öncesi ilişkiler bakımından dürüstlük kuralına çok daha güçlü bir kanuni dayanak sağlamaktadır.

İtalyan *Codice Civile İtaliano* hazırlanırken, kanun koyucular çoğunlukla Alman hukukundan, özellikle de, BGB § 242 hükmü ile bu hükme dayanılarak geliştirilen içtihatlardan yararlanmışlardır. Bu nedenle, İtalyan hukuku da sözleşmelerin kurulması aşamasında *bona fides* prensibine ayrı bir önem atfetmektedir.[2265] Keza, kanunda yer almayan hususlarda *bona fides*'e uyma yükümlülüğünün nasıl ele alınması gerektiği konusunda da İtalyan hukukçuları Alman pratiğini esas almıştır.[2266] 1942 yılında kanuna alınan İtalyan C.c. 1337. maddesi de,[2267] sözleşme öncesi safhada *bona fides* ilkesinin gözetilmesi gerektiğine, tarafların sözleşme öncesi müzakerelerde ve sözleşmelerin kaleme alınmasında dürüstlük kuralına uygun davranmalarının zorunlu olduğuna hükmetmektedir.[2268]

Yine, Germanik gelenekten gelen Yunan hukukunda sözleşme öncesi ilişkiler bakımından *bona fides* ilkesinin önemi özel bir kanun hükmü ile düzenlenmiştir. Yunan Medeni Kanunu'nun 197. maddesi uyarınca, taraflar sözleşme müzakereleri süresince dürüstlük kuralına uymakla yükümlüdürler.[2269] Danimarka ve İsveç gibi Nordik hukuk ailesine mensup ülke kanunlarında da açık *culpa in contrahendo*

[2264]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 51.
[2265]**Sacco, R.:**Introduzione al Diritto Comparato, Torino: Giappichelli, 1990, s. 259.
[2266]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 53.
[2267]**C.c. 1337:***"Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto devono comportarsi secondo buona fede."*
[2268]**Gallo**. Ius Gentium. s. 160.
[2269]**Stathopoulos, M ve Karampatzos, A.:**Contract Law in Greece, Athens: Kluwer Law International, 2014, s. 2 vd.

hükümleri mevcuttur.[2270] Bununla beraber, Kıt'a Avrupası hukuk sistemini benimseyen bazı ülke hukukları, kanunlarında *bona fides'*e yalnızca sözleşme öncesi aşama bakımından atıf yapmaktadır. Bunlardan bir tanesi de, Arnavutluk Medeni Kanunu'dur.[2271]

Kıt'a Avrupası'ndaki anlayışın aksine İngiliz hukukuna bakıldığında ise, sözleşme müzakerelerinde *bona fides'*e ilişkin genel bir ödev olmadığı göze çarpmaktadır.[2272] *Lord Ackner*, bir davada *bona fides* ile sözleşme müzakereleri yapma düşüncesinin, müzakereye giren tarafların durumuna içsel olarak aykırı olduğunu belirtmiştir. Hâkime göre, sözleşmesel bir ilişki içerisindeki her taraf kendi menfaatini izleyeceğinden; *bona fides* ile sözleşme müzakereleri yapma ödevi pratikte uygulanamayacaktır.[2273] Yeni tarihli böylesi bir kararın mevcudiyetine karşın, köklü mahkeme kararları incelendiğinde ise, *bona fides* kavramının ifade ettiklerinin, başka terimler adı altında olsa dahi, önemle kabul edildikleri görülmektedir. Örneğin, 1776 yılında verilmiş ve İngiliz sözleşme hukukunun temel taşlarından sayılan *Carter v. Boehme* kararında, *Lord Mansfield*, sigorta sözleşmelerinde *überrima fidei*'in, bir tarafın özel olarak bildiklerini diğer taraftan saklaması ve onu sözleşme müzakereleri içine çekmesini, yani onun cehaletinden yararlanmasını yasakladığını belirtmiştir.[2274] Öğretide, İngiliz ticaret hukuku bakımından kabul edilen bu genel yaklaşımın, sonraki yıllarda önemli ders kitaplarına girecek kadar sürmediği belirtilmekte, bununla beraber, *bona fides* anlayışının gelişiminde büyük rol oynadığı kabul edilmektedir.[2275] Keza, İngiliz hukukunda özellikle 19. yüzyıl başından itibaren,

[2270]**Flechtner.** Op. Cit. s. 315.
[2271]**Ikonomi ve Zyberaj.** Op. Cit.s. 481.
[2272]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 39.
[2273]Bkz. Walford v. Miles: [1992] 2 AC 128.
[2274]Bkz. Carter v. Boehme: [1776]3 Burr 1905.
[2275]**Whittaker ve Zimmermann**. Op. Cit. s. 43.

sözleşmenin kurulmasında bir tarafın açıkça kötüniyet sahibi olması hükümsüzlük sebebi sayılmıştır.[2276] Burada bahsi geçen kötüniyet ise, TMK 3 uyarınca düzenlendiği gibi sübjektif biçimde ele alınmamış olup, *mala fides* yani objektif dürüstlük kuralına aykırılığı ifade etmektedir.

Özellikle aldatma kavramı, bu anlamda İngiliz hukukunda önemli bir rol oynamaktadır. İlk dönemlerden beri, aldatmanın varlığı hâlinde hukuk ve hakkaniyet mahkemeleri, diğer tarafın ifa zorunluluğunu kaldırarak hukuki işlemin batıl olduğuna hükmetme eğilimi göstermişlerdir. Esasında aldatma, Roma hukukunda olduğu gibi, dürüstlük kuralına aykırılığın bir ifadesidir. Nitekim, önemli bir bilgiyi gizleme ya da yanlış bir bilgi verme hâlleri, aldatma sayılarak bu kapsamda değerlendirilmiştir.[2277] Öte yandan, aldatmanın, müzakerenin doğasından gelebileceği de, kabul edilen bir başka görüştür.[2278] Belirtmek gerekir ki, burada sözü edilen aldatma olgusunun müzakerenin doğasından kaynaklandığının kabulü için, aldatmanın *dolus malus* teşkil etmemesi gereklidir. Bu doğrultuda, sözleşme müzakereleri boyunca tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmesi gerektiği, hem Kıt'a Avrupası hukuklarınca hem de Anglo-Amerikan hukukunca benimsenmiş bir kural olarak değerlendirilebilecektir. Örneğin, müzakerelerde yalan beyanda bulunulmaması gerekliliği *common law*'un bir gereği olup, aksi hâlde, Türk-İsviçre hukukundaki aldatma kurumunu karşılayan, *misrepresentation* kuramı gündeme gelmektedir.[2279]

[2276]**Whittaker ve Zimmermann**. Op. Cit. s. 43.
[2277]**Cartwright, J.:***The Rise and Fall of English Contract Law,* (ed. Ruth Sefton-Green) "Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law", Cambridge University Press, Cambridge: 2009, s. 65-87, s. 67.
[2278]**Whittaker ve Zimmermann.** Loc. Cit.
[2279]**Wightman, J.:***Good Faith and Pluralism in the Law of Contracts*, (ed. Brownsword, R., Hird, N, Howell, Ashgate, G.) "Good Faith in Contract Concept and Context", Dartmouth: Ashgate, 1998, s. 41-67, s. 41.

Amerikan hukuku incelendiğinde ise, özellikle müzakereler bakımından bireysellik üzerinde yoğunlaşılan sözleşme özgürlüğü ilkesi dikkat çekmektedir. Bu anlamda özellikle *"battle of forms"* denilen müzakere aşamasında, sözleşen taraflar adeta atağa hazırlanan savaşçılar olarak görülmektedir.[2280] Ne var ki, bu aşamada açıkça kabul edilmiş bir *bona fides* kuralı mevcut değildir. UCC uyarınca öngörülen *bona fides* yükümlülüğü de, müzakere kısmına uzanmamaktadır.[2281] Yine de, *estoppel* mekanizması[2282] bu aşamada da karşımıza çıkmakta ve *bona fides*'in müzakere aşamasında taraflarca gözetilmesini sağlamaktadır.[2283]

Amerikan hukukunda *bona fides*, Kıt'a Avrupası'nda olduğu gibi sözleşme görüşmeleri aşamasında katı bir biçimde aranmıyor olsa da; *Restatement (2nd) of Contracts* § 90 uyarınca *promissory estoppel* kurumu düzenlenmekte olup, bu kuralın, *culpa in contrahendo* ile paralelliği açıktır.[2284] Bu sonuca ise, kuralın lafzi olarak yorumlanması ile aksi kanıt vasıtasıyla ulaşılmaktadır.[2285] Örneğin, bir tarafın, sözleşmenin kurulacağı izlenimini vermesi ve karşı tarafın, haklı olarak bu duruma güvenerek sözleşmenin kurulacağına inanması hâlinde; sözleşme kurulamaz ise, diğer tarafın, karşı tarafın uğradığı zararlardan sorumlu olacağı kabul edilmektedir.[2286] Bu durumda, haklı güvenin ihlali ve güvenilme olgusunun

[2280]**Vigneron.** Op. Cit. s. 307.
[2281]**Flechtne**r. Op. Cit. s. 306.
[2282]*"Equitable doctrines"* olarak anılan hakkaniyeti sağlama mekanizmaları İngiliz hukukunda 17. yüzyıldan bu yana uygulanmaktadır. **De Vita.** Op. Cit.s. 480.
[2283]**Looschelders ve Olzen**.§ 242, No: 1212.
[2284]**Flechtner.** Op. Cit**.** s. 315.
[2285]**Vigneron.** Op. Cit..s. 122.
[2286]Yine, *waiver* kuramı da, Amerikan hukukunda sözleşmenin kurulması aşamasında *bona fides*'in gözetilmesi sonucunu doğurmaktadır. *Estoppel*'in bir türü ya da taraflar arasında yapılmış özel bir sözleşme sayılan bu kuram, taraflardan birinin, bir hakkından feragat etmesi anlamına gelmektedir. Buna örnek olarak, şekil şartına aykırı oalrak kurulan bir sözleşmede tarafların sözleşme kurulmuş gibi hareket etmesi halinde, bir tarafın daha sonra sözleşmenin kurulmadığını ileri süremeyeceği, zira, şekil şartından feragat ettikleri durumlar verilmektedir. Görüldüğü üzere bu kurum, Kıt'a Avrupası'nda şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması sayıldığı hallere karşılık gelmekte, ancak bunlarla sınırlı olarak uygulanmamaktadır.**Campbell, C. P.:***The Doctrine of Waiver*, Michigan Law Review, C.3, S.1, Yıl: 1904, s. 9-17, s. 10.

öngörülebilir olması aranmaktadır.[2287] Bununla beraber, öğretide de bazı özel hâllerde müzakerelerde açıkça *bona fides*'in gözetilmesi gerektiği sonucuna varılmaktadır. "Ağzı kapalı müzakereci" örneğinde olduğu gibi, sattığı arsanın altında bir maden olduğunu bilen satıcının, karşı tarafa bu bilgiyi açıklamaması hâlinde *bona fides*'e aykırı davrandığı söylenebilecektir.[2288] Amerikan hukukunda da, *bona fides* ilkesinin, sözleşme olgusundan ayrı düşünülmeyen; onu her açıdan tamamlayan, korrelatif bir ilke olduğu kabul edilmektedir. Keza, 1808 yılında Fransız Medeni Kanunu'nu iktibas eden Louisiana eyaletinin kendi medeni kanununda da *culpa in contrahendo* sorumluluğu düzenlenmiştir.[2289]

Kıt'a Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukuku arasında bir köprü kurmayı amaçlayan CISG bakımından önem taşıyan bir husus da, sözleşme öncesi ilişkiler açısından *bona fides*'in gözetilip gözetilmediğidir. CISG, sözleşme öncesi aşama için taraflara özel bir *culpa in contrahendo* yükümlülüğü öngörmemektedir. Esasında Almanya, Viyana Konferansı'nda genel bir *culpa in contrahendo* klozu eklemeyi teklif etmiş; ancak, teklif reddedilerek bu konudaki uygulama kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde, ulusal hukuklara bırakılmıştır.[2290] Öte yandan, ulusal hukuklardaki uygulama da, nihayetinde sözleşme öncesi ilişkilerde dahi *bona fides*'in gözetilmesi sonucunu vermektedir.[2291]

[2287]**Flechtner.** Op. Cit. s. 317.
[2288]**Ibid.,** s. 134.
[2289]**Pardolesi, P.:***Promissory Estoppel* in (ed. Monateri, P.G.) "Comparative Contract Law", Massachussets: Edward Elgar, 2017, s. 469-512, s. 494.
[2290]*United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna,* 10 Mart-11 Nisan 1980.
[2291]Bununla beraber, *culpa in contrahendo* kuramı, CISG'de yer alıp almadığı tartışmalı olan *bona fides* yükümlülüğü kapsamında değerlendirilmektedir. **Goderre, D.M.:***International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention* , University of Cincinnati Law Review, C. 66, Yıl: 1997, s. 258-281, s. 260 vd.

UNIDROIT ilkelerinin 1.7. maddesi uyarınca, taraflar sözleşme görüşmeleri sırasında ve sözleşme ilişkisi devam ettiği müddetçe *bona fides* yani dürüstlük kuralına uygun davranmak zorundadırlar. *Common law*'da yer alan *restitutiton, estoppel* ya da *misrepresentation* gibi teoriler, sözleşme öncesi ilişkilerde dürüstlük kuralına uyulması bakımından gerekli çözümleri sağlamaktadır. Kıt'a Avrupası hukukunda ise, *culpa in contrahendo* kurumu mevcut olup, çoğu ulusal hukuk, bu kurumu *bona fides* lensinden görmektedir. Sözleşme öncesi ilişkiler bağlamında UNIDROIT ilkeleri, CISG'den daha romanist bir yapı sergilemekte ve hem müzakereler, hem de ifa bakımından *bona fides*'e gönderme yapmaktadır. Zira sözleşme öncesi ilişkilerde *bona fides*, haklı güvenin korunması çerçevesinde gerek Kıt'a Avrupası, gerekse Anglo-Amerikan hukuklarında dikkate alınmaktadır.

UNIDROIT ilkelerinde, *culpa in contrahendo* özel olarak da düzenlenmiştir. İlkelerin 2. bölümü, sözleşmenin kurulmasına ilişkin olup, 2.2.15. madde ise sözleşme öncesi ilişkileri düzenlemektedir.[2292] Buna göre: "(1) Taraflar sözleşme müzakereleri yapmakta serbesttirler ve sözleşmenin kurulamaması durumunda sorumlu tutulamazlar. (2) Eğer bir taraf dürüstlük kuralına aykırı şekilde müzakere eder veya müzakereleri dürüstlük kuralına aykırı bir biçimde sonlandırırsa karşı tarafın bu sebeple uğradığı zararlardan sorumludur. (3) Taraflardan birinin sözleşmeyi kurmama niyetiyle diğer tarafla müzakereye girmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder."

[2292]**UNIDROIT 2.2.15:***"(1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who negotiates or breaks off negotiations in bad faith is liable for the losses caused to the other party. (3) It is bad faith, in particular, for a party to enter into or continue negotiations when intending not to reach an agreement with the other party."*

Maddeye göre, taraflar müzakereye girip girmemekte ve girdikten sonra müzakere koşullarını belirlemekte serbesttirler. Öte yandan, sözleşme taraflarının, *bona fides* ilkesi ile çelişmemeleri gerekmektedir.[2293] Buna göre, müzakerelerde *bona fides*, hakkaniyet ve karşı tarafın makul beklentileri gözetilmelidir.[2294] Aksi hâlde, karşı tarafın uğradığı zararların tazmin edilmesi gerekecektir. Karşı tarafı, sözleşmenin doğası ya da hükümleri hakkında gerçek olmayan bilgi vererek veya bilgi verme yükümlülüğüne aykırı biçimde önemli hususları gizleyerek yanıltmak böylesi bir davranış olarak görülmektedir.[2295] Nitekim, sözleşme müzakereleri hukuk sistemlerinin çoğunda, borcun doğumu kapsamında görülmekte olup, bu olgunun geniş yorumlanması sebebiyle, borç ilişkisinin ömrüne dâhil edilmektedir.[2296]

Culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında giderilecek zarar, genellikle bir sözleşmenin hüküm ifade edeceğine ya da kurulacağına duyulan güvenin boşa çıkarılması hâlinde uğranılan zararı ifade eden, menfi zarardır.[2297] Bir diğer deyişle bu hâlde, kural olarak, zarara uğrayan tarafın sözleşme müzakeresine girmekle ve üçüncü kişilerle sözleşme yapma imkânını kaçırmakla uğradığı zarar, yani *"negative interest"* tazmin edilecek olup, asıl sözleşme bağıtlansaydı elde edeceği kazanç kaybı yani *"positive interest"*, tazmin edilemeyecektir.[2298]

CISG'de düzenlenmiş olmayan, ancak UNIDROIT ilkelerinde özel bir hüküm ile düzenlenen sözleşme müzakerelerinde dürüstlük kuralına uyulmamasının sonuçları,

[2293]**Bonell.** Unidroit. s. 138.
[2294]**Farnsworth.** Op. Cit. s. 68.
[2295]Sır saklama yükümlülüğü hakkında, 2.1.16 numaralı madde de önem taşımakta olup, bu ilkenin kökeni, hiç şüphesiz *bona fides*'tir.
[2296]**Sabourin, F.:***Québéc* in (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International,1999, s. 237-280, s. 250 vd.
[2297]**Tandoğan.** Op. Cit. s. 425 vd.
[2298]**Bonell.** Op. Cit. s. 138.

Avrupa'da yeknesak sözleşme hukukunun yaratılması çalışmalarından DCFR ve PECL bakımından da önem taşımaktadır. DCFR madde II-301 ile PECL madde 2.301, sözleşme öncesi dönemde dürüstlük kuralına işaret etmekte olup, tarafların serbestçe müzakere edebileceklerini ve eğer müzakereler sözleşmenin kurulması ile sonuçlanmazsa, bundan sorumlu tutulmayacaklarını belirtmektedir. Öte yandan, eğer bir taraf *bona fides*'e aykırı biçimde müzakere etmiş ya da müzakereleri sona erdirmiş ise, diğer tarafın zararını ödemekle yükümlüdür. Bu çerçevede, özellikle sözleşme kurmaya dair gerçek bir irade olmaksızın müzakereleri sürdürmenin de dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" ilkelerine aykırı olduğu düzenlenmektedir.[2299] Buna karşılık, söz konusu düzenleme yalnızca örnek olarak verilmiş olup, sınırlayıcı değildir. Sadece ulusal hukuklarca değil, uluslararası metinlerde de düzenlenen *culpa in contrahendo*'nun düzenlenme sebebi, sözleşmeler hukukunda *bona fides*'in gözetilmesidir.

Buna paralel olarak, PECL 6.101. maddede, sözleşme kurulmadan önce ya da kurulduğu esnada bir tarafça bulunulan beyanların, belirli koşulların varlığı hâlinde sözleşmesel yükümlülüklere vücut verebileceği düzenlenmektedir. Bunlar ise, ilgili beyanın karşı tarafın kendisi bakımından açık önemi; diğer tarafın iş koşulları sırasında bu beyanda bulunup bulunmadığı ve tarafların göreceli deneyimleri değerlendirildiğinde, karşı tarafın beyanı makul olarak belirli bir şekilde anlamış olmasıdır.[2300] Görüldüğü üzere, bu madde ile de karşı taraf gözünde yaratılan güven

[2299]**PECL 2.301:***" (1) A party is free to negotiate and is not liable for failure to reach an agreement. (2) However, a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party"*

[2300]**PECL 6.101:***" (1) A statement made by one party before or when the contract is concluded is to be treated as giving rise to a contractual obligation if that is how the other party reasonably understood it in the circumstances, taking into account:(a)the apparent importance of the statement to*

bona fides'e uygun bir biçimde korunmakta ve gerek CISG gerekse UNIDROIT ilkeleri ile uyumluluk sağlanmaktadır.[2301] Maddenin 2. paragrafında ise, taraflardan birinin, mal veya hizmetin kalitesi ile ilgili bilgi veren profesyonel bir tedarikçi olması ve karşı tarafın da sübjektif olarak iyiniyetli olması durumunda sözleşmesel yükümlülüğün doğacağı düzenlenmektedir. Esasında ilk paragrafta yer alan kural pek çok hukuk sistemince kabul edilirken, 2. paragrafta yer alan kural ise çoklukla Nordik ülkeler ve Amerika olmak üzere birkaç ülke hukukunca açıkça benimsenmiştir.[2302] Buna karşılık, bu kural da sözleşmenin kurulması öncesi aşamada *bona fides*'in korunmasına hizmet etmekte ve müzakere aşamasındaki genel *bona fides* yükümlülüğünün kapsamına dâhil görülmektedir.[2303]

2. Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme Teorisi

Gerek Roma hukukunda, gerekse çağdaş hukukta *bona fides*'ten doğan koruma yükümlülüklerinin, sadece ifa aşamasında değil, ifa öncesi ya da sonrasında, yani temel borç sona erdiği hâlde de devam edebileceği söylenmektedir. Bu kapsamda incelenmesi gereken benzer bir kuram da, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme fiksiyonudur.[2304] Bu kavram, sözleşme taraflarına belirli ölçüde yakın ancak doğrudan sözleşmeye dâhil olmayanların, haksız fiil sorumluluğunun sözleşmesel

---

the other party; (b)whether the party was making the statement in the course of business; and (c)the relative expertise of the parties. (2) If one of the parties is a professional supplier who gives information about the quality or use of services or goods or other property when marketing or advertising them or otherwise before the contract for them is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a contractual obligation unless it is shown that the other party knew or could not have been unaware that the statement was incorrect. (3) Such information and other undertakings given by a person advertising or marketing services, goods or other property for the professional supplier, or by a person in earlier links of the business chain, are to be treated as giving rise to a contractual obligation on the part of the professional supplier unless it did not know and had no reason to know of the information or undertaking."

[2301]**Lando**. Op. Cit. s. 395.

[2302]**Ibid.**

[2303]**Flechtner.** Loc. Cit.

[2304]**Eren**. Op. Cit. s. 43.

sorumluluğa oranla elverişsiz sonuçlarına tabi tutulmasını önlemek için *Larenz* tarafından geliştirilmiştir.[2305] Bir sözleşme kurulduğunda, taraflar arasında somut sözleşme ilişkisinin yanı sıra kurulan güven ilişkisi, oldukça önem taşıyan; edim yükümlülüklerinden bağımsız ve gücünü *bona fides*'ten alan bir ilişkidir. Bu güven ilişkisine, sadece tarafların değil, aynı zamanda edim çevresinde bulunan yani edime yakınlığı olan üçüncü kişilerin de dâhil olacağı kabul edilmektedir.[2306]

Bahsi geçen bu üçüncü kişilerin, sözleşme sebebiyle bir zarara uğramaları hâlinde ise, belli koşullar dairesinde haksız fiil hükümleri yerine kendileri için daha avantajlı olan sözleşme hükümlerine başvurabilecekleri öğretide kabul edilmektedir.[2307] Söz konusu kuramın, sözleşmelerin nisbiliği ilkesini aşmaya yönelik çabalardan olduğu savunulmakta; buna karşın böylesi bir ilkenin aşılmasına sebep olan ise aslında *bona fides* ve *aequitas* olmaktadır.[2308] Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşme kuramının uygulanması için, söz konusu üçüncü kişilerin edime niteliği gereği yakın olmaları ile sözleşmenin tarafıyla sosyal temasta bulunmaları gerekmektedir.[2309] İlgili taraflar bakımından, gerek ispat yükünün onların üzerinde olması, gerekse zamanaşımı süresi bakımından elverişsiz olan haksız fiil hükümlerine başvurulmasının zorunlu olmayışı, *bona fides* ilkesi gereğince kabul edilmiş bu teorinin bir sonucudur.[2310]

[2305]**Larenz.** Schuldrechts. s. 231, **Kırca.** Sorumluluk. s. 71.

[2306]**Serozan, R.:** "*Culpa in Contrahendo", "Aktin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi,* İstanbul Üniversitesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, Yıl: 1968, s. 108-129, (Culpa in Contrahendo), s. 110 vd.

[2307]**Akyol.** Op. Cit**.** s. 54.

[2308]**Akünal.** Op. Cit. s. 227.

[2309]**Akyol.** Op. Cit. s. 119.

[2310]Türk-İsviçre hukukunda,TBK 72 vd. uyarınca, zararın ve zarar verenin öğrenildiği tarihten itibaren 2 ve fiilin gerçekleştiği tarihten itibaren 10 yıllık zamanaşımı süreleri öngörülmüştür. TBK 146 uyarınca ise, sözleşmeler bakımından sadece 10 yıllık zamanaşımı süresi kabul edilmiştir. Keza, adam çalıştıranın sorumluluğu bağlamında TBK 66/II gereğince kişi, kurtuluş kanıtı göstererek sorumluluktan kurtulabilecek iken; TBK 116 kapsamında sözleşmenin tarafına zarar verilmesi hâlinde, sorumluluktan kurtulunamayacaktır. **Schäfer ve Aksoy.** Op. Cit. s. 98.

Edim yükümlülüğünden bağımsız borç ilişkileri görüşünün, üçüncü kişiyi koruyucu etkili borç ilişkisinin dayanağı olduğu ileri sürülmektedir.[2311] Buna göre, güven ilişkisi, edimin muhatabı olan taraf haricinde, o taraf ile sosyal temasta bulunan kişilere de etki etmekte ve bu kişiler de koruma yükümlülüklerinden faydalanmaktadırlar.[2312] Bir diğer ifade ile, bu koruma yükümlülükleri güven ilişkisine dayanmaktadır.[2313] Sözleşmeye taraf olmayan kişilerin, sözleşmelerin nispiliği ilkesi gereğince sözleşmeye aykırılığa dayanarak tazminat isteyemeyeceği düşüncesi, ilk olarak Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin içtihatları ile aşılmıştır.[2314] Üçüncü kişiyi koruyucu etkili bir sözleşmenin varlığından söz edebilmek için gereken koşullar arasında, üçüncü kişilerin edime yakın olmaları; alacaklının üçüncü kişinin korunmasında menfaatinin olması ve üçüncü kişinin korunmaya ihtiyaç duyması sayılabilmektedir.[2315] Bir diğer deyişle, üçüncü kişinin zararı alacaklıyı, doğrudan etkilemeli ve bu koşullar borçlu tarafından öngörülebilir olmalıdır.[2316]

Alman hukukunda örf-adet hukuku kapsamında çözülebilen bu sorunun Türk-İsviçre hukukunda yazılı olmayan hukuk ile giderilmesi uygun görülmektedir.[2317] Bu noktada çözüm sağlayabilecek evrensel kavram yine *bona fides* olacaktır. Keza, bu hâlde *bona fides* kaynaklı güven teorisinden doğan bir borç söz konusudur. İFM de, ilgili hükümlerin kamu yararı gözetilerek konulduğunu ve davanın her aşamasında dikkate alınacağını açıklamaktadır. Üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler, dürüstlük kuralının destekleyici yorumunun bir örneği olarak görülmektedir. Keza, bu durum da BGB § 242 kuralının yorumlanması ile ortaya çıkan yargısal gelişmenin

[2311] **Karabağ Bulut.** Op. Cit. s. 87.
[2312] **Akyol.** Op. Cit. s. 56.
[2313] **Eren.** Op. Cit. s. 40.
[2314] **Serozan.** Culpa in Contrahendo. s. 113.
[2315] **Karabağ Bulut**. Op. Cit. s.87 vd.
[2316] **Kırca.** Sorumluluk. s. 74.
[2317] **Ibid.,** s. 88.

bir ürünü olarak karşımıza çıkmakta ve çağımızda farklı hukuk çevrelerince benimsenmektedir. Roma hukukunda doğan ve gelişen *bona fides*, günümüz hukukunda yorumlayıcı; tamamlayıcı; düzeltici ve borç doğurucu işlevleri sayesinde somutlaşmaktadır. *Bona fides*'in bu özellikleri ise, Kıt'a Avrupası hukuklarınca ortak olarak kabul edilmekle kalmayıp; Anglo-Amerikan hukuku ile Kıt'a Avrupası hukukunu da birbirine yaklaştırmaktadır.

BEŞİNCİ BÖLÜM: HUKUKUN UYUMLAŞTIRILMASI AÇISINDAN *BONA FIDES*'İN ÖNEMİ VE BUNA İLİŞKİN ÖNERİLERİMİZ

I. *Bona Fides*'in Yeniden Doğuşu

Romanist *bona fides* ilkesi, yorumlayıcı; tamamlayıcı; düzeltici ve borç doğurucu işlevleri sayesinde, sözleşmelerin kurulması; ifası ve ifa sonrası aşamalarda pek çok farklı ülke medeni hukuklarınca benzer biçimde ele alınmaktadır. Bu benzerliğin sebebi, tarihsel olarak ortak bir kökene dayanmanın yanı sıra, bu kavramın evrensel; etik ve ahlaki bir değer taşıması ve tüm insanlık için esas olan doğal hukuktan doğmuş olmasıdır. Bu sebeple, Roma hukukunda benimsenmiş hâli ile *bona fides,* hukukun uyumlaştırılması için en elverişli ilkedir.

Roma hukukunda doğan ve gelişen *bona fides*'e günümüz hukukunda verilen önem, gitgide artmaktadır. Bunun nedeni *bona fides*'in farklı isimler altında veya farklı kuramlar aracılığıyla olsa dahi, pek çok farklı kültür tarafından benimsenmiş olması ve bu kavramın farklı hukuk sistemlerini birbirine bağlayacak güçte olmasıdır. Zira, *bona fides*, öğretide kabul edildiği üzere sözleşmeler hukukunu domine eden ilkelerin başında gelmektedir.[2318] *Bona fides*, Roma hukukunda doğmuş bir kavram

[2318] **Le Tourneau, P.:** Bonne Foi, Dalloz, Paris: 2009, s. 5.

olduğundan kökeni itibariyle ulusal bir yapı taşımamaktadır.[2319] Günümüzde de bu ilke ulusal sınırları aşan niteliktedir.

Bu nedenle, özellikle çağdaş hukuk eğitiminde *bona fides* gibi uluslarötesi kavramları doğuran Roma hukukuna verilen önem artırılmalıdır. Pek çok hukuk fakültesi, bünyesinde uluslararası ve uluslarötesi boyutu olan dersleri barındıran lisans ve yüksek lisans programları sunmaktadır. Bu çerçevede, akademide de eski Avrupa *ius commune*'sinin yeniden doğduğu savunulmaktadır.[2320] Bu şekilde var olan ortak tarihi ve kültürel temeller sayesinde, modern hukuk ile entelektüel bağlantı kurulmakta ve *bona fides* kavramı adeta bir rönesans yaşamaktadır. Elbette, *bona fides*'in Roma hukukunda uygulanışı ile günümüz sözleşmeler hukukunda uygulanışı birbirinden farklıdır. Öte yandan, kavramın önemi ve kullanım alanı giderek artan bir grafik izlemektedir. Bu nedenle, *bona fides*'in doğal hukuka dayanan özünün, Roma hukukundaki çıkış noktası anlaşılmadan ve karşılaştırmalı hukuktaki yeri incelenmeden anlaşılması mümkün değildir.

A. Doğal Hukukun Gelişimi ve Günümüzdeki Etkisi

Doğal hukuk ekolü, günümüzde adeta bir geri dönüş yaşamaktadır. Doğal hukukçular, yıllardır hukuki pozitivistler ile çekişme içerisinde olmuş; aralarında yaşanan bu çekişmeler, ahlak ve hukuk ilişkisi ekseninde yoğunlaşmıştır. *Jeremy Bentham*, doğal hukuku "saçmalık" olarak nitelendirmiş; pek çok düşünür ise Katolik Kilisesi tarafından da savunulan doğal hukuku dinin gizli hali olarak

[2319] **Cardilli.** Bona Fides. s. 136-139.
[2320] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 9.

değerlendirmiştir.[2321] Bugün ise, bu sorun modern yargının temel sorunlarından bir tanesi olarak görülmektedir.[2322] Öğretide, özellikle son dönemde modern hukuk sistemlerinin gerek davalarda, gerekse hukuk kurallarının yorumunda hakkaniyetin genel ilkelerini gözetmek durumunda oldukları inancı yaygındır. Bu durum ise, doğal hukuk anlayışı ve ahlaki standartların öneminin arttığının bir göstergesidir.

Modern doğal hukuk anlayışı, "adil olmayan kanunun, kanun olmadığını" savunmaktadır.[2323] Öte yandan, pozitivistler, bu argümanı her hukuk sisteminde adil olmayan kanunların mevcut olduğu olgusu ile çürütmüşlerdir. Bu noktada önemli olan husus ise, doğal hukukçuların, bu kanun hükümlerinin varlığını ontolojik olarak inkâr etmedikleri; sadece ahlaki olarak bağlayıcı olmadıklarını savunmalarıdır. Özellikle, *John Finnis* ya da *Ronald Dworkin* gibi hukukçular, bir hukuk normunun hukuki geçerliliğini, adalete uygun olup olmadığına bakmaksızın kabul etmektedirler.[2324] Keza, bu hukukçular hukukun siyasi otorite tarafından kabul edilen hukuki kurallardan oluştuğu yönündeki pozitivist tanımı da benimsemektedirler.

Bu durumda varılan sonuç ise, doğal hukukun esasında ahlaki teoriyi ifade ettiğidir. Doğal hukuk ilkeleri, pratik mantığın ilkeleri olup, mevcut hukukun yorum ve uygulamasını eleştirmek ve değerlendirmek için kullanılmalıdır. Böylece, adalet ve toplumsal iyiliğe ulaşılacaktır. Görüldüğü üzere çağdaş doğal hukuk öğretisi, klasik anlayıştan uzaklaşarak pozitivizmle barışmış; adalet ve hakkaniyeti, ulaşılamaz bir idea olmaktan çıkararak göreceli olarak daha pragmatik bir temele oturtmuştur. Bu

[2321]**Bentham, J. (ed. Bowring, J.):** *Anarchial Fallacies*, "The Works of Jeremy Bentham", Simpkin, Edinburgh: Marshall and Co., 1843, s. 501.
[2322]**Ambrosio, M.:***Good Faith in Contract Law: The Problem of Profit Maximization: A Reply to Professor James Gordley*, Proceedings of the Second Annual International Symposium on Catholic Social Thought and Management Education, Brussels, Belgium: 1997.
[2323]**Rawls, J.:** A Theory of Justice, Massachusetts: Harvard University Press, 2009, s. 308.
[2324]**Dworkin.** Loc. Cit.

durum ise, Romanist *bona fides* anlayışı ile örtüşmekte olup, bu olgunun, zaman ve mekândan bağımsız olarak hukukun esnetilmesinde kullanılabileceğinin ipuçlarını vermektedir. Nitekim, *bona fides*, temeli itibariyle doğal hukuk anlayışına dayanmakta; öte yandan, Roma hukukundan günümüze çağın gereklerine ayak uydurmada faydalı bir enstrüman olarak işlev göstermektedir. Romanist *bona fides* ilkesinin evrensel olarak kabulünün sebeplerinden bir tanesi, bu ilkenin gerek klasik; gerekse çağdaş doğal hukuk anlayışı ile örtüşmesidir.

B. *Bona Fides*'in Hukuk ve Ekonomi Öğretisindeki Yeri

Öğretide, ahlaki standartların öneminden ziyade, hukuk ve ekonomi anlayışının da, hukukun yeknesaklaştırılmasında ve uyumlaştırılmasında büyük rol oynayacağı savunulmaktadır.[2325] Bazı düşünürler, *bona fides* ilkesinin, ekonomik özgürlük ve özerklik ile çatıştığı düşüncesindedirler.[2326] Öte yandan, bu görüşü makul bulmak çok zordur. Zira aksine, *bona fides*'in benimsenmesi, hukukun ekonomik analizi çerçevesinde de etkin ve faydalıdır. Örneğin, hakkın kötüye kullanılması yasağı ile *common law*'da yer alan *nuisance* kuramı, haklardaki negatif dışsallıkları sınırlamaktadır.[2327] Roma hukuku da, hukukun ekonomik analizini içselleştirmiş bir hukuk sistemi olmuştur. Keza, Roma özel hukuku, piyasa ekonomisi ve desentralize bir yapıya dayandığından; bir diğer ifade ile, ekonomiye devlet müdahalesi minimum olduğundan, tıpkı günümüzde olduğu gibi işlem maliyetlerini azaltmaya yönelik işlev göstermiştir.[2328] Roma hukuku'nda kabul edilen ve günümüzde de ayni haklara

[2325] **Ambrosio**. Loc. Cit.
[2326] **Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 11.
[2327] **Del Granado.** Op. Cit**.** s. 302.
[2328] *Coase* teoremi, dışsal ekonomilerde mülkiyet haklarının tesis edilmesiyle işlem maliyetinin *(transaction cost)* sıfır olması koşuluyla, taraflardan birinin, diğerinin zararını karşılaması; böylelikle de, sosyal refah bakımından optimum seviyeye ulaşılması ve ekonomik etkinlik sağlanmasına

hâkim olan *numerus clausus* ilkesi, bilgi asimetrisini azaltmaktadır.[2329] Roma hukuku, özel tarafların işbirliğinde bulunmasını ve bu işbirliğinin gereklerini yerine getirmeyi kolaylaştırmaya yönelik kurallar içermiş olup, bunlardan en önemlisi ise *bona fides* ilkesi olmuştur. Zira, güvenin de ekonomik bir değeri vardır.

Adam Smith'den bu yana, toplumun, insanoğlunun kendi çıkarını gözetme eğiliminin bir ürünü olduğu kabul edilmekte; bu benmerkezci davranış ise, kârın maksimize edilmesi ihtiyacını meşrulaştırmaktadır. Doğal hukuk savunucuları, yargı kararlarının ahlaki ilkelere göre verilmesi gerektiğini belirtmektedirler.[2330] Buna göre, Tomistik felsefe ve hakkaniyete uygunluk, sözleşmeler bakımından *Adam Smith*'in ilkelerine göre daha elverişli sonuçlar doğuracaktır.[2331] Öte yandan, *Adam Smith*'in görüşleri de, denkleştirici adalet anlayışına uzak değildir. *Adam Smith*, adalet kavramını, başkasına ait olanı almak ya da vermemek suretiyle, ona zarar vermekten kaçınmayı ifade eden pasif ve Aristotelyen bir anlamda kullanmaktadır.[2332] Bu açıdan önem taşıyan nokta, *Smith*'e göre doğal adalet duygusunun, toplumsal ihtiyaçları gidermek için yeterli olmadığı; asıl önemli olanın, toplumsal refahın artması olduğudur.[2333]

Her ne kadar denkleştirici adaleti savunsa da, doğal hukuk ekolü bağlamında Tomistik felsefe dahi, adil fiyatı arz ve talep kavramları üzerinden tanımlamaktadır. Bu düşünceye göre, adil fiyat, piyasa fiyatına eşit olup, bu kurala uygun olmayan alım satımlar, denkleştirici adalete zarar vermektedir. Ekonomik teori uyarınca, kâr

---

ilişkindir. **Coase, R.H..:***The Coase Theorem and the Empty Core A Comment*, The Journal of Law and Economics, Vol. 24, S. 1, Yıl: 1981, s. 183-187, (Coase Theorem), **Coase, R.H..:***The Nature of the Firm*, Economica, C. 4, Yıl: 1937, s. 386-405, (Firm).

[2329]**Del Granado.** Op. Cit. s. 305.

[2330]**Rawls.** Loc. Cit.

[2331]**Gordley.** Modern Contract. Loc. Cit.

[2332]**Smith, A.:**The Theory of Moral Sentiments, London: Penguin Books, Anniversary Edition, 2010, s. 42 vd.

[2333]**Ambrosio.** Loc. Cit.

arttıkça toplumsal kazanç da artmakta; bir diğer deyişle, hukukun ekonomik analizi, adalet duygusuna kayıtsızlık pahasına etkinliği amaçlamaktadır.[2334] Görüldüğü üzere, *Adam Smith*'in görüşleri modern ekonomik teoriden ziyade Tomistik felsefeye yakındır.

Elbette, sözleşmeler hukuku adaleti yansıtmalı; hukukun nasıl olması gerektiğini göstermelidir. Sözleşmeler hukukunun temelinde, etkinlik ve özerklik kadar; adalet ve eşitlik duygusu da yatmaktadır. Bu kavramlardan bir tanesi eksik olduğunda, diğeri onun yerine geçerek tabloyu tamamlayacaktır.[2335] Bu açıklamalar göz önünde tutulduğunda, yapılacak çıkarımlardan bir tanesi, doğal hukuk anlayışının hukuk ve ekonomi kuramı ile her zaman ters düşmesi gerekmediğidir. Bu hususta varılabilecek bir başka sonuç ise, ister sebebi adalet duygusu ve hakkaniyet anlayışı; isterse, ekonomik teori olsun *bona fides*'in yargılamada ve hukukun uyumlaştırılmasında karşılaşılabilecek tıkanıklıkları çözebilecek bir kavram olduğudur. *Bona fides* ilkesinin altında hangi anlayışın yattığı tartışması, esasında kazananı olmayan bir tartışma olup, ilkenin pragmatik sonucu her iki teoriye de hizmet etmektedir.

II. Hukukun Uyumlaştırılması ve *Bona Fides*

Montesqieu, Kanunların Ruhu isimli eserinde, kanunların, doğaları gereği belirli bir coğrafya; ekonomi ya da hukuk kültürüne uygun olduklarını açıklamaktadır.[2336] Keza, modern literatürde de hukukun hiçbir zaman tarih, ekonomi ya da sosyolojiden

[2334] **Ambrosio.** Loc. Cit.
[2335] **Ibid.**
[2336] **Montesqieu:** De L'Esprit des Lois, Paris: Éditions Gallimard, 1995, I.3.

bağımsız incelenemeyeceği hususunda görüş ayrılığı yoktur.[2337] Öte yandan, ekonominin küreselleşmesi, hukuk kurallarının birden fazla ülke bakımından uygulanmasını gerektirmekte ve bu nedenle hukuku da küresel hâle getirmektedir. Keza, ülkelerarası göçler de hukuk kurallarının kişiler bakımından uygulama alanlarının genişlemesi sonucunu doğurmaktadır.[2338]

Hukukun uluslarötesileştirilmesi konusunda, 1960-1970 yıllarında mevcut olan şüphecilik, günümüzde gücünü kaybetmektedir. Bugün mevcut kodifikasyonlar git gide daha fazla uluslarötesi anlam kazanmaktadır.[2339] Avrupa sözleşme hukukunun kodifiye edilmesi gerekip gerekmediği ise günümüzde halen tartışma konusudur. Bu anlamda, hazırlanacak bir "Avrupa Medeni Kanunu" öğretide gerekli görülmekte; ancak, böylesi bir kanun için gerekli koşulların henüz olgunlaşmadığı savunulmaktadır.[2340] Yine de, Avrupa'da bu amaçla pek çok çalışma gerçekleştirilmekte olup, özellikle Avrupa Medeni Kanunu çalışma grubu ile Avrupa Komisyonu Özel Hukuk Araştırma Grubu'nca hazırlanan Ortak Referans Çerçevesi Taslağı (DCFR) büyük önem taşımaktadır.[2341]

Ulusal hukuk sistemlerinin incelenmesi ile bunlar arasında mevcut olan nüansların ve farkların saptanması, sadece ulusal boyutlarda değil; gelecekte yapılacak uluslararası

[2337]**Reiter, B.J.:***Good Faith in Contracts,* Valparaiso University Law Review, C. 13, Yıl: 1983, s. 705-734, s. 705.
[2338]**Watson, A.:**Legal Transplants An Approach to Comparative Law, Georgia: University of Georgia Press, 1974, s. 23-24.
[2339]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 11.
[2340]AB bünyesinde alınan 1989 ve 1994 tarihlerindeki ilke kararlarında, hedef Avrupa Medeni Kanunu iken; 2001 yılında, uyumlaştırmanın sadece sözleşme hukuku alanına özgülenmesine karar verilmiş ve ilk olarak 2008 yılında Avrupa Özel Hukukunun İlkeleri, Tanımlar ve Model Kanunlar Taslak Ortak Referans Çerçevesi *(Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law/*DCFR) yayınlanmış, nihai metin ise 2009 yılında tamamlanmıştır. **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 12, **Özkan, Z.:**Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması, AÜHFD, C. 66, S. 1, Yıl: 2017, s. 157-199, s. 181-182.
[2341]**Oğuz, A.:**Karşılaştırmalı Hukukun Norm Koyma Faaliyetindeki İşlevi, "Norm Koyma ve Hüküm Verme", Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara: 17-18 Nisan 2009, (Norm), s. 107-125, s. 117.

kodifikasyonlar için de faydalı olacaktır. Karşılaştırmalı hukuk çalışmaları, genellikle spesifik hukuki konulara ve sorulara odaklanmaktadır. Bu anlamda pek çok karşılaştırmalı çalışmada, *bona fides* kavramına yeterli ölçüde yer ayrılmamaktadır. Buna rağmen, *bona fides* ya da dürüstlük kuralı çoğu hukuki sistemde hayati derecede önemli görülmekte ve bu nedenle incelenmeye değer bulunmaktadır.

Ulusal hukuk sistemleri arasındaki farklılıkların azaltılması, hukukun birleştirilmesi *(unification)*; uyumlaştırılması *(harmonization)* ve yakınlaştırılması *(approximation)* terimleri ile ifade edilmektedir.[2342] Uyumlaştırma, farklı hukuk düzenlerindeki çelişkileri azaltarak, bunları uzlaştırmak anlamına gelirken; birleştirme, birden fazla kavramı asimile etmek suretiyle yeni bir bütün yaratma eylemi olarak tanımlanmaktadır.[2343] *Bona fides*'in, bu anlamda, hukukun hem uyumlaştırılması; hem de birleştirilmesi için gerekli temel kavramlardan olduğu düşünülmektedir. Nitekim, *bona fides* sadece Kıt'a Avrupası hukukunu birleştirici ve yeknesaklaştırıcı bir yapıya sahip olmayıp; aynı zamanda Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile de Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerini uyumlu hale getirmektedir. Bu çerçevede, *bona fides* kavramının muğlaklığı ve sınırlarının belirsizliği, hukukun uyumlaştırılması bakımından hem bir avantaj hem de bir dezavantaj sağlamaktadır. Öğretide, *bona fides*'in dışlayıcı bir kavram olduğu kabul edildiğinden, tanımlanma zorluğuna dikkat çekilmektedir.[2344] Öte yandan, *bona fides*'in sadakatsizliği ya da karşı tarafa zarar verme niyetini dışladığı düşüncesi, evrensel olarak kabul görmektedir. Bu açıdan, *bona fides*'i teorik olarak tanımlamak güç olsa dahi; pratik bakımdan, *bona fides*'e

[2342]**Özkan**. Op. Cit. s. 159.
[2343]**Ibid.,** s. 160.
[2344]**Summers.** UCC. Loc. Cit.

uygun olmayan davranışlar her hukuk düzeninde kolaylıkla tespit edilebilmekte, böylelikle bu kavram hukukun uyumlaştırılması bakımından temel alınabilmektedir.

İçtihat hukuku niteliğinde olan Anglo-Amerikan hukuk sistemi incelendiğinde, *bona fides* ilkesinin, Roma hukukunda olduğu gibi olay bazında değerlendirilmeye alındığı anlaşılmaktadır. Nitekim, İngiliz hukukunda büyük yer tutan *"equity"* kavramı, bu hukuk sistemini *bona fides* ve *aequitas* ile ilişkilendirmektedir. Bu çerçevede, *bona fides* ilkesinin Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile Kıt'a Avrupası hukuk sistemini birbirine yaklaştırdığı; bu nedenle, hukukun uyumlaştırılması yolunda kullanılabilecek bir köprü olduğu savunulabilmektedir.

Kıt'a Avrupası bakımından hukukun yeknesaklaştırılması, özellikle AB direktifleri ile kolaylaştırılmaktadır. Bu çerçevede, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlara İlişkin AB Direktifi,[2345] üye devletler bakımından genel bir dürüstlük kuralı getirmiştir.[2346] Direktif sonrası, başta Fransa; Almanya ve İngiltere[2347] olmak üzere pek çok ülke, yasama faaliyetinde bulunmuştur.[2348] Yine, uluslarötesi pek çok kural da kökenini bu direktifte bulmaktadır.[2349] Direktifin Türkçe çevirisinde her ne kadar "iyiniyet" terimi kullanılmış olsa da; direktifte yer alan *"good faith"* kavramı esasında *bona fides*'in objektif anlamını yani dürüstlük kuralını ifade etmektedir.[2350]

[2345]Bkz. Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993 on Unfair Terms in Consumer Contracts, **Patti, S.:***Significato del Principio di Buona Fede E Clausale Vessatorie: Uno Sguardo All'Europa,*(ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 59-64, s. 59.
[2346]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 7.
[2347]Birleşik Krallık, 23.06.2016 tarihinde Birleşik Krallığın AB üyeliğinden çıkıp çıkmamasına ilişkin bir referandum yapmış ve salt çoğunluğun üyelikten çıkma yönünde oy kullanmasıyla üyelikten çıkmaya karar verilmiştir. Birleşik Krallık'ın AB'den çıkışı *Brexit* olarak anılmakta olup, sürecin sona ermesi neticesinde artık AB hukuku kaynakları Birleşik Krallık'ı bağlamayacaktır.
[2348]**Gordley ve von Mehren**. Op. Cit. s. 466.
[2349]Bunlara örnek olarak, PECL 4.110 ile UNIDROIT 2.1.20 maddeleri verilebilecektir.
[2350]Bkz. http://www.ab.gov.tr (28.02.2018).

Dürüstlük kuralının ise, hukukun zamanın geleneklerine göre geliştirilmesini sağlayan önemli bir mekanizma olduğu savunulmaktadır.[2351]

A. Roma Hukuku ve İngiliz Hukuku Arasındaki İlişkinin *Bona Fides* Açısından Değerlendirilmesi

İngiliz hukuku ve Kıt'a Avrupası hukukunun temelini oluşturan Roma hukuku, aslında tahmin edilenden daha özdeştir. Bu nedenle, küresel dünyanın ihtiyaçları doğrultusunda, bu iki hukuk sistemini birbirine bağlayan değerleri tespit etmek sanılandan daha kolaydır. Bu değerlerden bir tanesi de *bona fides* olup, sözleşmeler hukukunda *bona fides*, Kıt'a Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukukunu birbirine bağlar niteliktedir.

Bir hukukun benimsenmesi doğal olabileceği gibi, yapay da olabilmektedir. Bu noktada Türk medeni hukuku bakımından, İsviçre hukukunun veya Japon medeni hukuku bakımından, Alman hukukunun benimsenmesi uluslararası çevrede yapay bir resepsiyon olarak algılanmıştır.[2352] Bu hâlde ise, sadece benimseyen devlet ile hukuku benimsenen devletin ilişkisi etkilenmemekte; pek çok farklı hukuk sistemi ile ilişki kurulmaktadır. Öte yandan, doğal olarak benimsenen hukuklar, en ilkel hallerinden günümüze sosyal ihtiyaçlar doğrultusunda gelişerek gelmektedir. Keza, ulusal hukuklar arasındaki ilişkiler bakımından biyolojik ilişkiler de rol

[2351]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 32.
[2352]**Pringsheim, F.:***The Inner Relationship between English and Roman Law,* The Cambridge Law Journal, C. 5, S. 3, Yıl: 1935, s. 347-365, (English Law), s. 347.

oynamaktadır.[2353] İskandinav hukuklarındaki Alman hukuku etkisi bunun en güzel örneğidir.

Öte yandan, Roma hukuku ile İngiliz hukuku arasındaki ilişki İngiliz ve Germenlerin biyolojik yakınlığından çok öteye, tarihsel bir bağa ve ulusal karakteristik özelliklerin yakınlığına dayanmaktadır. Ayrıca, İngiliz hukuku hiçbir zaman Roma hukuku etkisinden uzak olmamış, 12. yüzyıldan itibaren Kıt'a Avrupası hukuku, İngiltere'ye sirayet etmiştir.[2354] Özellikle klasik dönem Roma hukuku ile İngiliz hukuk pratiğinin birbirine yakın olduğu savunulmaktadır. Buna karşılık, *Iustinianus* döneminde pek çok değişiklik olmuş, bir diğer deyişle, *Corpus Iuris Civilis*'i temel alan Kıt'a Avrupası hukukları dahi klasik dönem Roma hukukundan dolaylı olarak beslenebilmişlerdir.[2355]

Gerek İngiliz; gerekse Roma hukukunda, hukuk, bireyselliğin bir garantisi olarak işlev göstermiştir. Bu nedenle, hem Roma; hem de İngiliz hukuku kuralları aynı yönde düzenlemeler yapmış; *modus operandi*'leri farklı olsa dahi, amaçları aynı olmuştur. Bununla beraber, hukuk tarihi boyunca formalizm ile esneklik arasında bir gel git mevcut olmuştur.[2356] Günümüzde, dünyanın her yerinde hâkimin görevinin, adaletin yönetimi olduğu belirtilmekte; bu görevin ise, kimi zaman adalet yaratmayı da içerdiği kabul edilmektedir.[2357] Adalet yaratmak konusunda temel alınacak ölçüt ise, hem İngiliz hukukuna dayanan; hem de Roma hukukuna dayanan hukuk

[2353]**Pringsheim.** English Law. s. 348.
[2354]**Oliver, D.T.:***Roman Law in Modern Cases in English Courts*, Cambridge Legal Essays, Yıl: 1926, s. 243-257, s. 243.
[2355]**Pringsheim.** English Law. s. 350.
[2356]**Burdick, W.L.:**The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004, s. 56, **Pringsheim.** Op. Cit. s. 356.
[2357]**Pringsheim.** Op. Cit. s. 857.

sistemleri bakımından, yerine göre hakkaniyet; yerine göre ise, *bona fides* olmaktadır.

İngiliz hukuku, *bona fides* kavramına Kıt'a Avrupası'ndan farklı yaklaşmaktadır. Öte yandan, İngiliz hukukunun, Roma hukuku ile fenomenolojik olarak bağlantılı olduğu öğretide savunulmaktadır.[2358] İki hukuk sisteminde de bağımsız bir biçimde paralel gelişmeler olmuş; iki hukuk sisteminde de katı hukuk kurallarını somut olaya uygularken *bona fides* ya da hakkaniyet kavramlarına başvurulmuştur.[2359] Zira, tıpkı Roma hukukunda *praetor*'ların faaliyetlerince[2360] varılmış sonuçlar gibi, *common law* kuralları da, belirli münferit hakkaniyetsizlikleri bireysel olarak düzeltmek için konmuş kuralları ifade etmektedir.[2361]

Bu düşünceler doğrultusunda tarihsel bir inceleme yapıldığında da, İngiliz hukukunun *bona fide*s'e yabancı olmadığı görülmektedir. Özellikle *lex mercatoria* bazında, İngiliz hukuku geniş anlamda *bona fides*'i çok eski zamanlardan itibaren kabul etmiş ve ticari uygulama, hukuk kurallarını domine etmeye başlamıştır. Bu anlamda, İngiliz hukukunun Kıt'a Avrupası hukukuna ve dolayısıyla sadakatin yerine getirilmesi ile sözün tutulması kanonik konseptine yaklaşmış olduğu görülmektedir. Yine, hem İngiliz ticaret hukuku; hem de İngiliz deniz ticaret hukuku, Hukuk ve Hakkaniyet Mahkemeleri *(Law and Equity Courts)*'nin işleyişi ve teknik atmosferi altında gelişmiş olup, hakkaniyet kavramı ile beslenmiştir.

[2358]**Burdick**. Loc. Cit.
[2359]**Schermaier.** Modern Contract. s. 65.
[2360]**Gürten**. Hakkaniyet. Loc. Cit.
[2361]**Vigneron**. Op. Cit. s. 311.

İki hukuk arasındaki belki en önemli benzerlik, İngiliz hukukundaki *"trust"* (güven) kavramı ile Romanist *fides* kavramının yakınlığıdır. *Bona fides*, her türlü hukuki işlemde, dürüst bir vatandaştan bekleneceği gibi hukuka uygun hareket edilip edilmediği konusunda yapılacak en güvenilir test olmuştur. *Bona fides*, Roma hukukunda özellikle bir tacirin dürüst olup olmadığının belirlenmesinde ana kriter olmuş; bu nedenle, özel ticaret hukuku kuralları oluşturmaya ihtiyaç kalmamıştır.[2362] Aynı şekilde, İngiliz ticaret hukuku da uluslararası teamülden doğmuş, özellikle 17. yüzyıl sonrasında ve başta *Lord Mansfield* olmak üzere, çeşitli hâkimlerin çalışmalarıyla *common law* içerisine alınmıştır. Bu nedenle, *lex mercatoria* gözlüğünden bakıldığında birbirine benzeyen İngiliz ve Roma hukuku için, *bona fides* her zaman başlıca bir referans noktası olmuştur.

İngiliz hukukunda formalist usullerin getirdiği olumsuzluklar, Roma hukukunda olduğu gibi, adaleti sağlayan görevlilerce getirilen koruma yöntemleri ile giderilmiştir. Kodifikaysonların kendisi ya da uygulama usulünden gelen katılıklar, özellikle ortaçağ İngiltere'si ile modern Alman pozitif hukukunda sorun yaratmıştır. Bu durumda başvurulan sistem ise, Roma hukukundaki hakkaniyet ile *bona fides* kavramları olmuştur. Zira, Roma hukuku, bir hukuk sisteminin hakkaniyet fikri ile nasıl yenilenebileceğinin ilk örneğini teşkil etmektedir.[2363] Bu açıdan, gerek Kıt'a Avrupası hukuku; gerekse İngiliz hukuku bakımından Romanist *bona fides* kavramının, hakkaniyet olgusunu içerisinde barındırdığını söylemek yanlış olmayacaktır.[2364]

[2362] **Pringsheim.** English Law. s. 360.
[2363] **Schermaier.** Modern Contract. s. 64.
[2364] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 17.

Anglo-Amerikan hukuk sistemine bakıldığında, özellikle İngiliz sözleşme hukukunun genel bir *bona fides* yükümlülüğü tanımadığı görülmektedir. Dahası, İngiliz öğretisi, *bona fides* ya da *"good faith"* kavramını çoklukla rahatsız edici bulmaktadır.[2365] Özellikle yasalarda *bona fides*'e referans vermenin ne gerekli, ne de arzu edilir bir durum olduğu; bu kavramın, İngiliz ve İskoç hukukuna uzak olduğu çeşitli otoritelerce belirtilmiştir.[2366] *Lord Bingham* da, *bona fides*'i yapaylıkla ve teknik bir kavram olmamakla suçlamış ve bunun yerine ticari ahlak ve teamül kavramlarının esas olması gerektiğini belirtmiştir.[2367]

Yine de, İngiliz hukukunda adilane olmayı ifade eden *"fairness"*[2368] ve makul olmak anlamına gelen *"reasonableness"* kavramlarının geniş yer tuttuğu konusunda tartışma mevcut değildir.[2369] Bu anlamda *"fairness"*, esasında maddi hukuka ilişkin bir kavram olup, karşı tarafın haksız ve beklenmeyen bir sürprizle karşılaşmaması anlamına gelmektedir. Bir başka deyişle, bu kavram, karşı tarafın dezavantajına olacak davranışlardan kaçınılmasını ifade etmekte ve bu ilkenin uygulanması, *bona fides*'in öngördüklerinden başka bir sonuç vermemektedir.[2370] Keza, öğretide de, İngiliz hukukundaki *"reasonableness"* kavramının Romanist *bona fides* kurumunu karşıladığı belirtilmektedir.[2371] İngiliz hukukunda yer alan terimlerin isimlerinin *bona fides* olup olmaması ise, önem taşımamaktadır.

[2365]**Teubner, G.:***Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in with New Divergences,* The Modern Law Review, C. 61, S.1, Yıl: 1998, s. 11-32, s. 11.
[2366]Bkz. The Law Commission of Unfair Terms in Contracts, Paragraph 3.85.
[2367]Bkz. Director General of Fair Trading v. First National Banks plc (2002) 1 AC 481, 25.10.2001.
[2368]Öğretide, *"fairness"* kavramı dürüstlük olarak çevrilebilmektedir. **Oğuz, A.:**Lex Mercatoria, Ankara: Yetkin Yayınevi, (Lex Mercatoria), 2004.
[2369]**Vigneron**. Op. Cit. s. 315.
[2370]**Ibid.,** s. 316.
[2371]**Ibid.,** s. 321.

İngiliz hukuku, mutlak adaletten ziyade, ekonomik etkinlik menfaati ya da hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik kavramlarına yönelmiştir. Bu açıdan, *bona fides* gibi soyut bir kavramın, kimi zaman uygulamada çok faydalı bulunmadığı düşüncesine de rastlamak mümkündür.[2372] Öte yandan, Anglo-Amerikan hukuk sistemi de pek çok farklı kuralın içeriğinde *bona fides* kavramı ile organik bağları olan unsurlar barındırmakta ve bu açıdan Kıt'a Avrupası hukuk sistemine yaklaşmaktadır.[2373]

İngiliz hukukunda liberal ekonomi ve hâkimin hukuk yaratması neticesinde, genel bir *bona fides* kurumu öngörülmemiş olsa da; hakkaniyet anlayışı Romanist *bona fides* kavramına son derece paraleldir.[2374] Anglo-Amerikan hukuk sistemini derinden etkileyen İngiliz hukukunda, özellikle *Chancery* Mahkemeleri'nce geliştirilen hakkaniyete dayalı ilkeler, sözleşmeler hukukunu büyük ölçüde etkilemiştir. Keza, İngiliz hukukunda hakkaniyetin etkisi belirli doktrinlerin uygulanması ile ortaya çıkmakta olup, hakkaniyet, bu anlamda soyut bir yapı taşımamaktadır.[2375] Bu açıdan, İngiliz hukukunda hakkaniyetin çeşitli yavru ilkelerle somutlaştırılması, Alman hukukunda *Treu und Glauben* kavramının *Fallgruppen* biçiminde sistematize edilmesine benzetilebilmektedir. İngiliz hukukundaki en önemli ilkelerden bir tanesi de güven ilkesidir. Sözleşme ilişkisinde tarafların yarattığı haklı güvenin korunması, sadece Kıt'a Avrupası'nda değil *common law*'da da esas olup, elbette, bu güvenin makul ölçülerde korunması gerekmektedir. Hatta, 19. yüzyıldan bu yana hakkaniyet hukuku için güven kavramının, maddi hukuktaki *consdieration* olgusu ile eş derecede önemli olduğu belirtilmiştir.[2376]

[2372]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 15.
[2373]**Good, R.:***The Concept of Good Faith in English Law,* Conferenze e Seminari, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, diretto da M.J. Bonell, Roma: 1992.
[2374]**Vigneron.** Op. Cit. s. 322.
[2375]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 44.
[2376]**Anenson.** Op. Cit. s. 389.

İngiliz hukuku ile Roma hukuku, özellikle yargı kararlarının önemi bakımından birbirlerine çok yaklaşmaktadırlar. *Common law* ve hakkaniyet kökenli İngiliz hukukunun içtihadi yapısı, *bona fides* kavramının içeriğini zaten kapsamaktadır. İngiliz hukukunda yargı, tarihsel sebeplerle kendi rolünü sınırlayacak genel bir *bona fides* ilkesi koymaktan çekinmiş; ancak, buna rağmen tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi her bir münferit olaya fragmante olarak yaklaşmış ve dürüstlük kuralını hakkaniyet gereği dikkate almıştır.[2377]

Bununla beraber, özellikle 1993 tarihli Tüketicinin Korunmasına Dair AB Direktifi sonrası yürütülen reform projesi doğrultusunda, *bona fides* anlamına gelen *good faith* kavramı İngiliz hukukuna girmiştir.[2378] Bu anlamda, söz konusu direktif, kavramı İngiliz hukukuna sokan bir Truva atı görevi görmüştür. [2379] 93/13 Sayılı Direktif, 1994'de İngiliz hukukuna alınmış; yine, direktifin *bona fides'*e ilişkin üçüncü maddesine paralel olarak aynı konuda 1999 tarihinde bir tüzük kabul edilerek, *bona fides* tüzüğün 9. maddesinde yer almıştır.[2380]

Öte yandan, İngiliz hukukunda, Romanist anlayıştan *prima facie* farklı olarak değerlendirilebilecek olan husus, tarafların gerek sözleşme müzakerelerinde; gerekse ifada *Thomas Hobbes*'un ifadesi ile *"homo homini lupus"* yani "insan insanın kurdudur" şiarıyla hareket ettikleri inancıdır. Bir başka deyişle, İngiliz hukukunda sözleşmesel ilişki içerisinde bulunan tarafların "doğa hali" içinde bulundukları farz edilmektedir. Buna rağmen, İngiliz hukukunda hakkaniyet kavramı ise önemini her zaman korumuştur. Her ne kadar *bona fides* adı altında bir doktrini açıkça kabul

[2377]**Legrand, P.:**Le Droit Comparé, Presses Paris: Universitaires de France, 2011, s. 6.
[2378]**Vigneron.** Op. Cit. s. 308.
[2379]**Auer, M.:***Good Faith: A Semiotic Approach*, European Review of Private Law, C. 10, S.2, Yıl: 2002, s. 269-301, s. 279.
[2380]**Vigneron.** Op. Cit. s. 14.

etmemiş olsa dahi; bu hukuk sistemi, hakkaniyetin sağlanmasına birincil önem atfetmekte; bu hâlde de, *bona fides*'e uygunluk kendiliğinden gerçekleşmektedir. Kıt'a Avrupası'nda olduğu gibi genel geçer normlar hâline gelmemiş olsa da; İngiliz hukukundaki hakkaniyet anlayışının, olay bazında kimi zaman dürüstlük kuralı, kimi zaman ise hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak işlev gördüğü de söylenebilmektedir. Keza, Kıt'a Avrupası'nda da, hâkime verilmiş olan takdir yetkisi ile hâkimler, *bona fides* kavramının içeriğini olay bazında münferit olarak doldurmaktadırlar. Hâkimlere "açık bir özgürlük penceresi" tanıyan *bona fides*, hâkimlerin, kendilerine tanınan takdir yetkilerini ölçülü kullanmaları durumunda, sözleşmeler hukukunun tıkanıklıklarını çözmektedir.[2381]

İngiliz sözleşmeler hukukunda, çeşitli sözleşmelerin ifası bakımından, *bona fides*'in öngördüklerine paralel, ancak daha ılımlı yükümlülükler öngörülen bir atmosfer hâkimdir. Keza, çoğu sözleşme bakımından da, açıkça dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü öngörülmekte olup, bu yükümlülükler, sözleşmeye uygulanan bir hukuk kuralı ya da sözleşmede yer alan bir hükümden doğabilmektedir. Özellikle, kefalet gibi teminat sözleşmeleri bakımından rastlanılan bu durumda, kendi aleyhine dahi olsa bir başkasının menfaatini gözetme yükümü altındaki kişilere *bona fides*'i gözetme borcu yüklenilmektedir.[2382]

İngiliz hukukunda *bona fides*'in işlevlerini karşılayan farklı ilkeler, sözleşmelerde karşılıklı adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir. *Unconscionability* ya da *undue influence* kuramları buna örnek olarak gösterilmektedir.[2383] Bununla beraber, İngiliz hukukunda *bona fides* ilkesine, tıpkı Roma hukukunda olduğu gibi bireysel

[2381] **Chappuis.** Art. 2, No: 61.
[2382] **Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 46.
[2383] **Gordley ve von Mehren.** Op. Cit. s. 466.

çözümlerle ulaşılmaktadır.[2384] Öte yandan, bu durumun tatmin edici olup olmadığı konusunda görüş ayrılıkları mevcut olup, hâkimlerin ve akademisyenlerin ikiye bölünmüş oldukları görülmektedir.[2385] *Lord Steyn*, İngiliz hukukunda genel bir *bona fides* ödevine gerek duyulmadığına dikkat çekerek; mahkemelerin, tarafların İngiliz hukukunun kendi pragmatik geleneklerine uygun olan makul beklentilerine saygı duydukça, bunun gereksiz olacağını belirtmektedir.[2386]

Buna karşılık, İngiliz hukuk öğretisinde bazı yazarlar ise, açık ve ilkesel bir *bona fides* yükümlülüğünün, geleneksel bireysel serbest piyasa ekonomisi unsurlarına göre sözleşmelerin kooperatif yapısını daha da güçlendireceğine inanmaktadırlar.[2387] Keza, *Lord Steyn*'in görüşleri derinlemesine incelendiğinde de, Romanist *bona fides* anlayışının izleri göze çarpmaktadır. Buna göre, *bona fides*'in ilk koşulu tarafların dürüst davranma gerekliliği olup, bu durum, İngiliz hukukuna yabancı değildir. Objektif koşul olan iş hayatındaki makul ticari teamüllere uyma koşulu ise, *"fair dealing"* adı altında İngiliz hukukunda zaten mevcuttur.[2388] Özellikle teminat ve sigorta sözleşmeleri bakımından *überrima fides*[2389] olarak ele alınan *bona fides*'in önemi, son dönemlerde verilen kararlar incelendiğinde açıkça göze çarpmaktadır.[2390]

İngiliz hukuku etkisindeki İskoç hukuku da, sözleşen tarafların *bona fides*'e uymaları açısından genel ve açık bir ödev tanımamaktadır. Bununla beraber, İskoç hukuku, İngiliz hukukunda rastlanılan ikame araçları kullanmakta ve dolaylı olarak *bona*

[2384]**Busnelli.** Op. Cit. s. 246.
[2385]**Kalkan.** Op. Cit. s. 47.
[2386]**Steyn, J.:***The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law*, The Denning Law Journal, C. 6, S. 1, Yıl: 1991, s. 131-174, (Good Faith), s. 131.
[2387]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 48.
[2388]**Steyn, J.:***Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men,*The Law Quarterly Review, C. 113, Yıl: 1997, s. 433-475, (Contract Law), s. 438.
[2389]**De Vita.** Op. Cit. s. 479.
[2390]**Whittaker ve Zimmermann.** Loc. Cit.

fides'e yer vermektedir. Öğretide, açık ve kapsamlı bir biçimde tespit edilmesi zor olsa dahi, İskoç sözleşmeler hukukunun temelinde yatan bir *bona fides* ilkesinin mevcut olduğu da savunulmaktadır.[2391] Öğretideki bazı yazarlar ise, *bona fides'*in İskoç hukukundaki önemini kabul etmekle beraber; dürüstlük kuralının oynadığı rolün, Kıt'a Avrupası ülkelerinde olduğu kadar ilerilere ulaşamadığını da belirtmektedirler.[2392] Bunun gibi, İrlanda hukuku da, genel anlamda İngiliz hukukundaki gelişmeleri takip etmektedir. Öte yandan, İrlanda mahkemelerince alınan bireysel kararlarda şaşırtıcı sapmalara da rastlamak mümkündür.[2393] İngiltere hukuku, İskoç ve İrlanda hukukundan başka pek çok hukuk sistemini etkilemiştir. Bu konuda verilebilecek en güzel örnek ise, *bona fides*'in önemli ve faydalı bir etki yapacağına inanılarak kavramı benimseyen Avustralya hukukudur. 1980'li yılların sonunda, *bona fides* ilkesi Avustralya temyiz mahkemelerince kararlara konu olmaya başlamış olup, bu kavram, hakkaniyeti içine alacak şekilde ama salt hakkaniyet ile bir tutulmayacak biçimde kullanılmıştır.[2394] Avustralya hukukunda *bona fides* zımni bir norm olarak kabul edilmekte ve özel olarak dışlanmadıkça tüm sözleşmelere uygulanmaktadır.[2395] Keza, Avustralya'nın Yüksek Mahkeme başkanlarından *Sir Anthony Mason* da, kararlarında devamlı olarak sözleşmesel ilişkilerde söze bağlılığın altını çizmektedir.[2396] Esasında, Avustralya, son dönemde *bona fides* ve "dürüst iş yapma" kavramlarına büyük önem vermeye başlamış olup, *common law*'un da Kıt'a Avrupası'na bu anlamda yaklaşmasına

[2391]**Wilson, A. (ed. Lando, O. Ve Beale, H.):**The Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non Performance and Remedies, London: Dordrecht, 1995, s. 58.
[2392]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 49.
[2393]**Ibid.,** s. 48.
[2394]**Farnsworth.** Op. Cit. s. 63.
[2395]**Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 1.
[2396]**Mason, A.F.:***Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing*, Law Quarterly Review, C. 116, Yıl: 2000, s. 66- 94, s. 70.

yardımcı olmaktadır.[2397] Yargı kararlarında, özellikle *bona fides*'e uygun hareket etme ve dürüst iş yapma yükümlülüğünün aslında beklenen bir standart olduğu ve bu standardın altında kalan herhangi bir davranışın toplumsal beklentileri karşılamaktan uzak olduğu sıklıkla belirtilmektedir.[2398]

İngiliz hukukunda mevcut olan hakkaniyet anlayışı, içerisinde Romanist *bona fides* kavramını da barındırmaktadır. Bu nedenle, İngiliz hukukunda hakkaniyet olgusunun somutlaştırılmasını sağlayan ilkeler, esasında *bona fides*'in işlevlerini karşılamaktadır. Bunun sebeplerinden bir tanesi, İngiliz hukukunda, Roma hukukunda olduğu gibi tümevarım yönteminin uygulanması iken; bir diğeri ise, kavramın evrensel değerlere dayanmasıdır. Görüldüğü üzere, İngiliz hukuku, Kıt'a Avrupası'nda dürüstlük kuralı olarak ele alınan *bona fides*'in öngördüğü sonuçlara farklı yöntemlerle ulaşmaktadır. Bu açıdan Romanist *bona fides* kavramına verilen önem, İngiliz hukuku ile Kıt'a Avrupası hukuku bakımından paylaşılmaktadır.

B. Amerikan Hukukunda *Bona Fides*

İngiliz hukukunda olduğu gibi, Amerikan hukukunda da Romanist *bona* fides'in izlerine rastlanılmaktadır. Anglo-Amerikan hukuk sistemi çerçevesinde, ABD örneği incelendiğinde, her eyaletin kendi sözleşmeler hukuku olduğu göze çarpmaktadır. Bununla beraber satım, saklama ya da teminat sözleşmeleri bakımından ise her eyalet UCC'yi benimsemiş olup, yine, her eyaletin kendine özgü yazılı ya da sözlü kuralları

[2397]**Moens, G. A., Cohn, L. Ve Peacock, D.:***Australia*, (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 19-54 , s. 26.
[2398]Bkz. Renard Constructions (ME) Pty. Ltd. v. Minister for Public Works (1992) 26 NSWLR 234.

mevcuttur.[2399] 1960'lardan önce, birkaç istisnai eyalet haricinde Amerikan eyaletlerinin, genel bir *bona fides* yükümlülüğü benimsediklerinin söylenemeyeceği kabul edilmektedir.[2400] Bununla beraber, 60'lı yıllardan itibaren verilen yargı kararları incelendiğinde, Kıt'a Avrupası'nda mevcut olan *bona fides* yükümlülüğü ile ilişkilendirilebilecek pek çok noktaya rastlanmaktadır. Keza, öğretide de, *bona fides*'in Amerikan sözleşme hukukunun temel taşlarından olduğu fikri yerleşmeye başlamıştır. Amerika'da, özellikle son yıllarda maddi hukuk kuralları ile hakkaniyet ilkelerini birleştirme eğilimi mevcuttur. Bu açıdan, Amerikan hukukunun Kıt'a Avrupası hukuku ile en büyük farkı, Kıt'a Avrupası'nda *bona fides*, pek çok yavru ilkeyi içerisine alan şemsiye bir kavram iken; Amerikan hukukunda, diğer kurumlar yetersiz kaldığında başvurulan son çare olarak kullanılmasıdır.[2401] Öte yandan, *bona fides*'ten önce başvurulan diğer kuramlar da, özünde aynı kavramdan türemekte ve hakkaniyeti sağlamayı amaçlamakta; bu sebeple *bona fides*, hangi ilke adı altında ele alınırsa alınsın önem taşımaktadır.

Bona fides kavramının, Anglo-Amerikan hukuk sistemi çerçevesinde İngiltere'den ziyade Amerika'da güçlendiği kabul edilmektedir. UCC'nin baş raportörü *Karl Heewellyn*, metni hazırlarken özellikle BGB § 242'den çokça etkilendiklerini ifade etmiştir.[2402] Nitekim, UCC'nin elliden fazla maddesi, doğrudan ya da dolaylı olarak *bona fides*'ten bahsetmektedir.[2403] Ayrıca, Amerikan yargı içtihatı da UCC'nin *bona fides* hükümlerini yorumlamakta ve uygulamaktadır.[2404] Bu şekilde *bona fides*,

[2399]**Summers.** America. s. 118.
[2400]**Ibid.**
[2401]**Flechtner**. Op. Cit. s. 327.
[2402]**Hewellyn, K.:***The Modem Approach to Counselling and Advocacy-Especially in Commercial Transactions*, Columbia Law Review, C. 46, S. 1, Yıl: 1946, s.167- 183, s. 167 vd.
[2403]**Flechtner.** Op. Cit s. 300 vd.
[2404]**Summers**. America. s. 123.

sadece Amerikan hukuku değil; Amerikan içtihadının dolaylı yoldan etkilediği tüm hukuk sistemleri açısından önemini artırmaktadır.

Amerikan hukukunda 1979'da hazırlanmış ve 1981'de yürürlüğe girmiş olan, sözleşme hukukuna dair genel ilkeleri düzenleyen ikinci önemli belge niteliği taşıyan *"Restatement (2nd) of Contracts"* kapsamında da, *bona fides* ilkesinin yer aldığı görülmektedir. *Restatement of Contracts*, sözleşmeler hukukunu düzenleyen özel kurallar bütünü olup, Amerikan Hukuk Enstitüsü *(American Law Institute/*ALI) tarafından hazırlanmıştır.[2405] Bir diğer deyişle, bu düzenleme, sözleşmeler hukuku bakımından önem taşıyan ve mahkeme kararlarına ışık tutan ilkeler ve önemli kuralların formüle edilmiş halini yansıtmaktadır. *Bona fides* ise, günümüzde bu kurallar arasında değerlendirilmektedir. ALI tarafından hazırlanmış olan ilk *"Restatement of Contracts"* bünyesinde ise, buna benzer bir *bona fides* kuralı mevcut olmamıştır.[2406] Bu nedenle, özellikle UCC, *bona fides*'i Amerikan hukukuna inkorpore etmek bakımından büyük önem teşkil etmektedir.

Amerikan hukukunda kullanılan ifadesi ile *good faith*, her ne kadar iyiniyet olarak tercüme edilse de, objektif bir nitelik taşımakta; bu sebeple, aslında dürüstlük kuralı anlamına gelmekte ve bünyesinde hakkaniyet ilkesini barındırmaktadır.[2407] Keza, UCC § 1-201 (11) kuralı, bu kavramı ilgili davranış ya da hukuki işlem bakımından dürüstlük olarak tanımlamaktadır. Buna benzer olarak, UCC § 1-103 (b) kuralı da bu kavramı satım sözleşmesi bakımından "olay bazında dürüstlük" ile

[2405] **Flechtner.** Op. Cit. s. 304.
[2406] **Summers.** Op. Cit. s. 120.
[2407] **Summers.** UCC. s. 198.

ilişkilendirmektedir.[2408] Buna göre, değerlendirme yapılırken makul bir üçüncü kişi değil; bizatihi olayın süjesi olan kişi esas alınmakta ve sübjektif temiz bir kalp ve önyargısız bir zihini ifade eden, *"white heart and empty head"* ölçütü esas alınmaktadır.[2409] Olay bazında dürüstlük, aslında temiz bir vicdanın devamı niteliğinde görülmektedir.[2410] Bununla beraber, UCC § 9 uyarınca ise, özellikle belirli ticari hukuki işlemler bakımından olay bazında dürüstlüğe ek olarak, ticari ilişkilerde dürüst iş yapma *(commercial standarts of fair dealing)* koşulları aranmakta; böylelikle hem objektif, hem de sübjektif bir araştırma yapılmaktadır.[2411] Romanist anlamda *bona fides* ise, bu iki unsuru bünyesinde taşıdığından tek bir kavram olarak ele alınabilmektedir.

Amerikan hukukunda *good faith* kuralı, ortak bir amaç üzerinde yapılan anlaşmaya yönelik sadakat; karşı tarafın makul ve tutarlı beklentilerine uygunluk; sosyal örf-adet ile eşitlik standartlarına bağlılık ve dürüstlük unsurlarını içermektedir.[2412] Bu açıdan bakıldığında, kuralın, Roma hukukunda mevcut olan *bona fides* ilkesi ile aynı kavramı ifade ettiği göze çarpmaktadır. Öte yandan, Amerikan hukukunda bu şekilde sözü geçen dürüstlük kavramının içeriğine nelerin dâhil olacağı sorunu da, önem taşımaktadır. Kıt'a Avrupası hukuklarında yer almayan "olay bazında dürüstlük" ifadesi bu açıdan kafa karıştırıcı bulunabilecektir. Amerikan hukuku uyarınca, geniş ve heterojen yapıdaki kötüniyet *(bad faith)* hâllerinden sayılan özensizlik ve dikkatsizlik de, olay bazında dürüstlüğün zıt kavramlarını ifade etmektedir. Zira,

[2408]**Patterson, D.M.:***Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code,* Texas Law Review, C. 68, Yıl: 1989, s. 169-211, s. 172.
[2409]**Flechtner.** Op. Cit. s. 302.
[2410]**De Vita.** Op. Cit. s. 461.
[2411]**Flechtner.** Op. Cit. s. 303.
[2412]**Patterson.** Op. Cit. s. 125.

kötüniyetli sayılan bu davranışlar, sosyal eşitlik; ölçülülük ve makullük standartlarını ihlal etmektedirler.[2413]

Amerikan hukukunda, *bona fides*'i açıklayabilmek için hâkimin yapması gerekenin, kavramı tanımlamak yerine; bu ifade ile dışlanılması gereken hususları tespit etmek olduğu kabul edilmektedir.[2414] Bu durumun sebebi ise, *bona fides*'in muğlak ve yoruma açık yapısıdır. İçtihat hukuku özelliği gösteren Amerikan hukukundaki bu çekince, özünde Kıt'a Avrupası hukuklarında da mevcuttur. Öte yandan, her ne kadar iki farklı hukuk sistemi *bona fides* kavramının içini doldurmakta farklı yöntemler izleseler de, varılan sonuç genellikle aynı olmakta; bu da, *bona fides*'in hukukun yeknesaklaştırılması için doğru bir araç olduğunu göstermektedir. Bu açıdan, Amerikan hukukunda *bona fides* ilkesinin, her ne kadar katalog biçiminde sayılamayacak olsa dahi, açıkça haksız avantaj sağlamak; şartları belirlerken sahip olunan gücü kötüye kullanmak; karşı taraf ile işbirliği yapmaktan kaçınmak; sözleşmeyi sona erdirmek konusunda yetkinin kötüye kullanılması gibi pek çok davranıştan kaçınılmasını gerektirdiği söylenebilir. Keza, *bona fides*'e uygun ifaya örnek olarak da, hileye başvurulmaması verilebilecektir. Bir diğer deyişle, *bona fides*, sözleşmede yer alan taraflar açısından karşılaşılacak tatsız bir sürpriz olmaması anlamına gelmektedir.[2415]

Amerikan hukukunda, *bona fides*'e aykırılığın, bağımsız bir dava sebebi teşkil edip etmeyeceği tartışmalıdır. Çoğu mahkeme, önceleri bunu kabul etmezken; son yıllarda aksi yönde kararların artığı görülmektedir.[2416] Hâkim görüş ise, *bona fides*'e

[2413]**Summers.** America. s. 124.
[2414]**Ibid.,** s. 126.
[2415]**Summers.** Loc. Cit., **Patterson.** Op. Cit. s. 200.
[2416]**Flechtner.** Op. Cit. s. 309.

aykırılığın bağımsız bir dava sebebi olmamakla beraber; sözleşmeye aykırılık sonucunu doğuracağı yönündedir.[2417] Öte yandan, bu hâlde dahi yaptırımla karşılaşmak istemeyen tarafların *bona fides*'i gözetmesi gerekmektedir.

Bu noktada belirtilmesi gerekir ki, Amerikan hukukunda *bona fides*, dürüstlükten fazlasını gerektirmektedir. *Bona fides*'in zıttı olarak kullanılan "kötüniyet" açık olabileceği gibi; pasif bir davranışla, örneğin sessiz kalınarak da ortaya çıkabilir.[2418] Bu çerçevede, Amerikan hukukunda benimsenen dürüstlük kuralı anlayışı, özü itibariyle Kıt'a Avrupası hukukunda yer alan Romanist anlayıştan çok da farklı değildir. Nitekim, Roma hukukunda da *bona fides* kavramsal olarak *dolus malus*'un karşıtı olarak kullanılmış ve geçirdiği evreler neticesinde Kıt'a Avrupa hukuklarınca benimsenmiştir. Keza, Amerikan hukukunun önemli kaynaklarından UCC'nin de İngiliz hukuku yerine PECL'i takip ettiği savunulmaktadır.[2419] Bu durum, hukukun giderek uyumlaştığını kanıtlamaktadır. Bu şekilde de, *bona fides*'in, esasında evrensel ve hukuken korunan bir sadakat normu olduğu gözler önüne serilmektedir. Keza, Amerikan hukuku diğer *common law* ülkelerini de etkileyerek *bona fides*'in evrensel niteliğini bir kez daha kanıtlamıştır. Buna paralel olarak, Kanada'da da benzer gelişmeler görülmektedir. 1979 yılında Ontario Hukuk Reformu Komisyonu, *bona fides*'in satım sözleşmesi bakımından esas alınacak bir standart olarak kabul edilmesini önermiş; 1980'li yıllarda ise, genel olarak sözleşmelerin ifası bakımından bu ilkenin esas alınması tavsiye edilmiştir.[2420]

[2417] **Flechtner.** Op. Cit. s. 310.
[2418] **Summers.** America. s. 126.
[2419] **Flechtner.** Op. Cit. s. 308.
[2420] Bkz. Ontario Law Reform Commission, 1st Report on Sale of goods, 1979.

Öte yandan, Anglo-Amerikan hukukunu benimseyen her hukuk sistemi de *bona fides*'i aynı şekilde ele almamaktadır. Bu bağlamda, İngiltere, hakkaniyet odaklı bir duruş sergilerken; Amerika, sözleşme özgürlüğü perspektifinden bakmaktadır.[2421] Bir diğer deyişle, Amerikan hukuku, sözleşmelerde *consideration* doktrinine odaklanmış olup, meşru güveni ikinci planda tutmaktadır.[2422] İşte bu meşru güven kavramı ise, Romanist *causa* olgusunun bir uzantısıdır. Yine de, son yıllardaki gelişmeler Amerikan hukukunda da *good faith* kavramının büyük önem kazandığı ve özellikle ticari nitelikteki işler bakımından temel alınmaya başlandığını göstermektedir. Bu hâlde *bona fides*, Anglo-Amerikan hukuku ile Roma hukukunu birbirine yaklaştırmaktadır.

III. *Lex Mercatoria* Kapsamında *Bona Fides*

Lex mercatoria, ortaçağda egemen güçlerden tamamen bağımsız olarak gelişmiş olan pragmatizm ve realizm felsefesine dayalı, uluslarötesi ticaret hukuku kuralları bütünüdür.[2423] Bu kurallar, Roma hukukunda M.Ö. 2. yüzyıldan itibaren yabancılara uygulanan hukuk olan *ius gentium* neticesinde gelişmiş ve günümüzde tacirlerin sahip olduğu, uluslarötesi ortak bir özel hukuk biçimini almıştır.[2424] Elbette, 18 ve 19. yüzyıldan günümüze gelen ulusdevletçi hukukçular, böylesi bağımsız ve uluslararası nitelikteki ticaret hukuku kuralları bütününü reddetmektedir. Öte yandan, böylesi bir kurallar bütününe olan gereksinim, ortaçağdan günümüze kadar gelmiş olup, hâlen devam etmektedir. *Ius mercatorum*'un kökeni tartışmalıdır. Bu bağlamda,

[2421]**Quoqing**. Op. Cit. s. 2.
[2422]Amerikan hukukunda *consideration* kavramı bakımından, *"bargain"* yani uzlaşma unsuruna önem verilmektedir. *Considertaion*'ın saptanması için mutlaka pazarlık edilmesi ve uzlaşılması gerekmekte olup, eğer bu uzlaşma sağlanırsa, vaat edenin zararına ya da karşı tarafın menfaatine olma şartı aranmamaktadır. **Lando.** Op. Cit. s. 390.
[2423]**Schwenzer, Hachem ve Kee.** Op. Cit. s. 46.
[2424]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 45.

bu kuralların ortaçağda M.S. 500-1500 yılları arasında ortaya çıktığını söyleyenler, Roma özel hukukunun içerisinde olduğunu düşünenler ve bunun ayrı bir *lex specialis* teşkil ettiğini savunanlar mevcuttur.[2425]

Esasında *lex mercatoria*, ortaçağda gelişmiş olduğundan; 11. yüzyılda *Digesta* metinlerinin İtalya'nın Pisa şehrinde yeniden keşfinden başlayarak, yaklaşık dokuz yüzyıl süren *ius commune* dönemi ile olan ilişkisinin de incelenmesi gerekmektedir. Ortak hukuk olarak adlandırılan *ius commune*, ikincil[2426] nitelik taşıyan bir kurallar bütünü olup, örf-adet hukuku ve devletlerin kendi yerel kurallarını tamamlayıcı *(in subsidium)* bir özellik göstermiştir.[2427] Diğer bir ifade ile, Orta ve Batı Kıt'a Avrupası'nın hukuki geleneğinin ortak bir temele dayandığı, bu temelin ise *ius commune* olarak uygulanan Roma-Kilise hukuku olduğu bilinmektedir.

Avrupa'da, Roma hukuku kuralları, çağın gereksinimlerine uygun hale getirilerek uygulanmış, buna ise ortak hukuk bilimi katkıda bulunmuştur. İlk olarak 11. yüzyılda Bologna kentinde kurulan hukuk okulunu müteakip, orta İtalya; Fransa ve İspanya'da pek çok hukuk okulu kurulmuş, bilim dilinin Latince olması sebebiyle eğitim uluslararası nitelik kazanmış ve hukuk ilmi yüksek bir düzeye taşınmıştır.[2428] *Lex mercatoria*'yı doğuran ve besleyen *ius commune* ise, bu dönemde ortak bir Avrupa hukuku halini almıştır. İşte, günümüzde de, ortak bir Avrupa hukuku yaratmak mümkündür. Kanımızca, bu yeknesaklığı sağlamak adına mevcut en uygun alan,

[2425]**Del Granado**. Op. Cit. s. 319.
[2426]*"Stadtrecht bricht Landrecht, Landrech bricht gemeines Recht"* cümlesi şehir hukukunun ülke hukukuna, ülke hukukunun ise ortak hukuka göre öncelik taşıdığını ifade etmiştir.
[2427]**Karadeniz Çelebican.** Roma Hukuku. s. 88, **Küçük, E.:**XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C. 56, S. 4, Yıl: 2007, s. 111-122, (Pandekt), s. 116.
[2428]**Tahiroğlu ve Erdoğmuş.** Roma Hukuku s. 104 vd.

halihazırda uluslarötesi kurallara dayanması gereken *lex mercatoria* olup, kullanılması gereken mekanizmalardan biri ise, *bona fides* olmalıdır.

Çağımızda *lex mercatoria,* ulusal hukukları da bağlayan bağımsız bir hukuk düzeni olup, kaynağının büyük bir bölümünü hukukun genel ilkeleri oluşturmaktadır.[2429] *Lex mercatoria*'nın, ulusal hukuk düzenlerinden bağımsızlık; uluslararası kabul gören hukukun genel ilkelerine dayanma ve uluslararası ticareti konu alma olmak üzere üç unsuru mevcuttur.[2430] Görüldüğü üzere, *bona fides*, *lex mercatoria* için yalnızca önemli bir ilke değil aynı zamanda bu hukuk düzeninin temel taşıdır.

Lex mercatoria'nın doğumundan bu yana, *bona fides*, uluslararası ticaretin temelini oluşturmuştur. Tacirler arasında *bona fides*, gözetilmesi gereken en yüce ilkedir. İnsan doğasının yapısı ve ticarette birlikte hareket etme mecburiyeti, tacirlerin karşılıklı realist beklentilerine göre, hareketlerini kısıtlamaktadır. Bu açıdan tacirler arasında ilişkilerin devamı, bir ölçüde insanların temel ahlaki yapısına da bağlıdır.[2431] Bu sebeple, etik bir ilke olan *bona fides*'in uluslararası ticaret uygulamasında çok önemli bir yeri olduğu tartışma götürmemektedir. *Bona fides*, pek çok sözleşmede; Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL)'nun model kanunlarında ve pek çok sayıda hakem kararında başrol oynamaktadır.[2432] Özel hukukun yeknesaklaştırılması, uyumlaştırılması ve uluslararasılaştırılması özellikle ticaret hukuku alanında yapılan uluslararası antlaşmalar ile gündemde kalmaktadır. Günümüzde uluslarötesi ticaret hukuku için gerekli esnekliği ve uyumu

[2429]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 219.
[2430]**Ibid.,** s. 44.
[2431]**Trakman, L.:**The Law of Merchant: The Evolution of Commercial Law, New York: Rothman, 1983, s. 7.
[2432]**Oğuz.** Op. Cit. s. 43

sağlayan önemli araçlardan bir tanesi, Romanist *bona fides* ilkesi olarak görülmektedir.[2433]

Keza, *lex mercatoria* İngiliz hukukundaki en eski ticaret hukukuna işaret eden ve 17. yüzyılda yürürlüğe giren *law merchant*[2434] ile de paralel bir evrim geçirmiştir.[2435] Bu bakımdan, *lex mercatoria* salt Kıt'a Avrupası'na değil; tüm dünyaya özgü bir ticaret hukuku yaratmak için uygundur. Ulusçuluk akımın belirgin hale geldiği 19. yüzyılda, ticari hayat ve buna bağlı olarak hukuk, evrensel niteliğini kaybederek sıkı ve katı bir ulusallığa bürünmüştür. Öte yandan, 20. yüzyıl sonrası yaşanan gelişmeler, hukukun evrenselleşmesi gerektiğini göstermektedir. Bunun ana nedeni ise şüphesiz ekonomi ve küreselleşmedir.[2436] Global ekonominin bir gereği olarak, uluslararası hukuki işlemler büyük ölçüde artmış ve bu ticari ilişkilerin evrensel kurallar ile düzenlenmesi ihtiyacı doğmuştur. Bu durum ise, esasında ekonominin hukuk için ne denli etkili olduğunu ve hukukun daima ekonomiyi izlediğini gözler önüne sermektedir. *Lex mercatoria*'nın hukuki niteliği tartışmalı olsa dahi, günümüzdeki önemi ve yeri yadsınamamaktadır. Keza, özel hukukun evriminin, "hukuki şovenizm"den "hukuki kozmopolitizm"e doğru gittiği kabul edilmektedir.[2437]

Uluslararası ticarette *bona fides*'in önemi, *Casaregi* tarafından *"bona fides est primum mobile ac spiritus vivificans comercii"* "*bona fides* ticareti harekete geçiren ve ona can veren ruhtur" biçiminde açıklanmaktadır.[2438] Yine, ünlü Roma hukukçusu *Baldus*'a göre de, *"bonam fidem valde requiri in his, qui plurimum negotiantur"*

[2433]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 18.
[2434]**De Vita.** Op. Cit. s. 469.
[2435]Keza, İngiltere'de, Roma'da olduğu gibi İngiliz ve yabancı tacirler için hızlı bir yargılama usulü öngörülmüş ve uyuşmazlıkların, yarısı yabancılardan oluşan bir jüri tarafından çözüme bağlanması için *carta mercatoria* çıkarılmıştır. **Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 64.
[2436]**Oğuz.** Op. Cit. s. 70.
[2437]**Ibid.,** s. 84.
[2438]**Meyer.** Op. Cit. s. 62.

"*bona fides* en çok ticaretle uğraşanlar için gereklidir."[2439] *Bona fides*, sadece ortaçağ *lex mercatoria*'sı bakımından bir *spiritus vivificans* (yaşatıcı ruh) değil; modern *lex mercatoria* açısından da bir temel ilkedir.[2440]

Lex mercatoria kapsamında *bona fides*'in öneminin bir sebebi de, kavramın esnekliğidir. *Bona fides*'in somut olayda yapılan her tanımı, bu kavramın içeriğine dâhil çoğu çeşitli kavramları kapsamakta yetersiz kalmaktadır.[2441] Her bir merci, olayın özelliklerine göre ve amaçsal yorum ile dışlayıcı analiz vasıtasıyla genel bir *bona fides* tanımı yapmaktadır. Zira, *bona fides*'in gereklilikleri de kullanıldığı çerçeveye göre değişmektedir.[2442] *Bona fides*'e uygun davranışları tanımlamak yerine, aykırı olanları belirleyerek kavramın içeriğini anlamayı ifade eden dışlayıcı analiz, ilk olarak *Aristoteles* tarafından yapılmış olup daha sonra Austin tarafından da kullanılmıştır. Dışlayıcı analiz, *lex mercatoria* için çok uygundur. Böylesi bir yöntemle, ön yargılı ve varsayıma dayalı pozitif üniter unsurlar üzerinde durmak yerine, *bona fide*s'e aykırılığın ne olduğuna odaklanılmakta; böylelikle de, uluslararası ticari hayatın esnek ve hızlı işleyişine yardımcı olunmaktadır.[2443] Öte yandan, dışlayıcı analizde dahi *mala fides* yani kötüniyetin ya da dürüstlük kuralına aykırılığın ne olduğu sorusu cevapsız kalmaktadır.[2444] Buna karşılık, kategorik olarak genel bir belirleme yapılmasa da, *mala fides* hâlleri somut olay bazında gözlemlenebilmektedir.

[2439]**Meyer.** Op. Cit. s. 62.
[2440]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 44.
[2441]**Summers, R.S:***The Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization,* Cornell Law Review, C. 67, S. 4, Yıl: 1982, s. 810-841, (Good Faith), s. 823 vd.
[2442]**Burton**. Op. Cit. s. 373 vd.
[2443]**Summers.** Loc. Cit.
[2444]**Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 7

Bona fides, uluslararası ticaret hukukunda adeta bir joker görevi görmektedir. Keza, *bona fides'*in uygulamalarından doğan pek çok yavru kural da *lex mercatoria* bakımından büyük önem taşımakta olup, bunların başlıcaları arasında, güvenin korunması ve orantılılık ilkesi sayılmaktadır.[2445] Özellikle uluslararası sözleşmeler bakımından, güvenin korunması büyük önem taşımaktadır. Nitekim, sözleşen taraflardan bir tanesi, söyledikleri ve davranışlarının, karşı tarafın, o söz ve davranışlara güven duymasına ilişkin makul bir sebep oluşturması hâlinde, bağlanma niyeti olmasa dahi, o söz ve davranışları ile bağlı olacaktır. Bu açıdan, uluslararası ticarette kişilerin içsel düşünceleri ve niyetleri değil; sözleri ve objektif davranışları esas alınmaktadır.[2446]

Orantılılık ilkesi ise, *bona fides*'ten türeyen aşırı yararlanma kurumuna işaret etmektedir. Uluslararası ticari sözleşmeler bakımından, ortaçağdan kalma *iustum pretium* fikri kabul görmemekte ve bedelin adil olması aranmamaktadır. Öte yandan, müzakerelerde kullanılan araçlar ile varılan sonuç arasında makul bir ilişkinin olması gerekmekte; edim ile karşı edim arasında dürüstlük kuralına ve "dürüst iş yapma" ilkesine aykırılık teşkil edecek bir uçurum olmaması gereği de kabul edilmektedir.[2447] Keza, bir tarafın aşırı menfaat elde etmek amacıyla, müzakere gücünü diğer taraf aleyhine olacak şekilde kötüye kullanması hâlinde de, bu ilkenin ihlali esas olmaktadır.

Bona fides'in bir yorum aracı olarak kullanılıp kullanılamayacağı da uluslarötesi seviyede tartışılmaktadır. Öğretide bu sorun, bir "*Gordion* düğümüne" benzetilmekte

[2445]**Lando.** Op. Cit. s. 393.
[2446]CISG, UNIDROIT ve PECL de bu görüşü, özellikle sözleşmelerin kurulması ve yorumu bakımından benimsemiştir. **Lando.** Loc. Cit.
[2447]**Lando**. Op. Cit. s. 398.

olup, yorum araçlarının ulusal düzeyde değişik olması sebebiyle, transnasyonel seviyede düğümün çözülemediği belirtilmektedir.[2448] Öte yandan, kanımızca *bona fides* bizatihi yorum araçlarından bir tanesidir. *Lex mercatoria* bakımından *bona fides*'in esas alınması, aksine uluslarötesi seviyede yeknesaklık sağlayacaktır. Nitekim, Kıt'a Avrupası hukuku ile *common law*'un mümkün olduğunca birbirlerine yaklaştırılması ve uyumlaştırılması, küresel ekonominin geleceği için gereklidir. Buna karşılık, bu hukuk sistemlerindeki ayrıklık, özellikle sözleşmelerin yorumunda göze çarpmaktadır. İrade ve güven ilkelerini benimseyen Kıt'a Avrupası hukuku ile *parol evidence rule*[2449] gibi objektif yorum kriterleri benimseyen *common law* ülkeleri, aslında *bona fides* ortak paydasında buluşabilmektedirler. *Bona fides* sayesinde hakkaniyet standartları sözleşmeye dâhil edilebilmektedir.[2450]

Lex mercatoria'nın kaynakları arasında, ilk olarak standart sözleşmeler sayılmaktadır.[2451] İkinci kaynak kalemi ise, Uluslararası Ticaret Odası (*International Chamber of Commerce*/ICC) tarafından yayımlanan yeknesak terimleri ifade eden, *incoterms* gibi birörnek klozlardır.[2452] *Lex mercatoria*'nın bir başka kaynağı ise, ticari teamüller olup, bunlar, ilgili hukuki işlemlerde kendilerine uyulacağına yönelik beklentiyi haklı çıkaracak kadar düzenli bir biçimde kabul gören, karşılıklı davranış biçimlerini ifade etmektedir. Yine, uluslarötesi "kanunlaştırmalar" da, *lex mercatoria*'ya kaynaklık etmekte; Viyana Satım Sözleşmesi CISG, buna örnek olarak verilebilmektedir. Model kanunlar da uluslarötesi "kanunlaştırmalar" arasında

[2448]**Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 28.
[2449]*Parol evidence rule*, sözlü kanıt kuralı anlamına gelmekte olup, Amerikan hukukunda, yazılı bir sözleşmenin sözleşme hükümlerince yorumlanması gerektiğini ve sözleşmedeki hükümlerin, sözlü olarak değiştirlemeyeceğini ifade etmektedir. Öte yandan, muğlaklık ya da hile halinde de bu kural uygulanmayarak taraf iradelerine öncelik verilmektedir. **Thayer, J.B.:***Parol Evidence Rule*, Harvard Law Review, C. 6, S. 7, Yıl: 1892-1893, s. 325-348.
[2450]**Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 25.
[2451]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 101.
[2452]Buna örnek olarak, *"free on board"* (FOB) ya da *"cost insurance freight"* (CIF) verilebilecektir.

sayılmakta olup, bunlar arasında en önemlileri ise, UNIDROIT ilkeleri ile PECL'dir.[2453] CISG, UNIDROIT ilkeleri ve PECL, öğretide *lex mercatoria*'nın *troika*'sı olarak adlandırılmaktadır.[2454]

Esasında, özel hukukun yeknesaklaştırılması projeleri çok eski bir tarihe dayanmaktadır. 1929'da, *Ernst Rabel*, yeknesak bir satım hukuku yaratmayı önermiş; 1930'larda bunun için çeşitli taslaklar oluşturulmuştur. Çalışmalar II. Dünya Savaşı sebebiyle gecikmeye uğrasa da, daha sonra hızlanarak devam etmiş; 1964'de bir Lahey Konferansı'nda *Uniform Law of the International Sale of Goods* (ULIS) ve *Uniform Law on the Formation of International Sale of Goods* (ULFIS) kabul edilmiştir.[2455] Onaylayan devletlerin sayısı ölçüt olarak kabul edildiğinde başarılı sayılmayan bu çalışmalar, Romanist hukuk geleneğini fazlasıyla yansıttığı ve kurallarının modern ticaretin koşullarına adapte olmakta zorlanacağı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yine de, Bénélux ülkeleri, Almanya, İtalya ve pek çok ülkenin kanun koyucusu yeni yasaları hazırlarken bu çalışmaları model almış; böylelikle bu çalışmalar, sözleşme hukukunun uyumlaştırılması için gerekli zemini hazırlamıştır.[2456] CISG ve UNIDROIT ilkeleri de bu çalışmalardan çoklukla etkilenmiştir.[2457]

Yine, 1997'de Hollanda başkanlığında gerçekleşen AB toplantısında, "Towards *a European Civil Code"* (Avrupa Medeni Kanunu'na Doğru) başlıklı bir konferans düzenlenmiş olup, bu doğrultuda, 1999'da Avrupa Medeni Kanunu'nun hazırlanması için *Prof. Dr. Christian von Bar*, bir çalışma grubu oluşturulmuştur. 2003 yılında

[2453]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 110.
[2454]**Lando.** Op. Cit. s. 382.
[2455]**Ibid.,**. s. 379.
[2456]**Ibid.,** s. 380.
[2457]**Ibid.**

Avrupa Komisiyonu tarafından hazırlanan eylem planı neticesinde ise, DCFR hazırlanmaya başlanmıştır.[2458] DCFR'nin model kuralları, ilkeleri de içermekte olup, iş birliği ve adaletle birlikte *bona fides*, bunların en önemlileri arasında sayılmaktadır.[2459] DFCR'in I. kitabında bulunan 1.103 numaralı maddesinde *bona fides* ve "dürüst iş yapma" yükümlülükleri düzenlenmektedir.[2460] Bu anlamda *bona fides*, transparan olmayı ve karşı tarafın menfaatinin, her ne kadar daha üstün tutulmasa da, dikkate alınmasını ifade eden bir davranış standartı getirmektedir.

Bunların haricinde, *lex mercatoria*'nın en önemli kaynağı, başlıcası *bona fides* olan, hukukun genel ilkeleridir. Aslında son dönemde mevcut olan global eğilim, *lex mercatoria* araçları yorumlanırken, diğer yeknesaklaştırma ve uyumlaştırma projelerinden de yararlanmaktır.[2461] Bu nedenle, tüm bu araçların dayandığı ilkelerden bir tanesi olan *bona fides*, hem *lex mercatoria* araçlarını birbirine bağlayıcı; hem de, onları açıklayıcı ve aydınlatıcı bir işlev üstlenmektedir. Keza, *bona fides*'in temel karakteristik özellikleri esneklik ve pratiklik; bir başka deyişle uygulamaya yönelik olmaktır. Bunlar ise *lex mercatoria*'nın en önemli ihtiyaçlarına cevap vermektedir. Ticaret hayatında esneklik, hem hukuki işlemlerin hızlı ve açık yapılmasına katkıda bulunmakta; hem de hakkaniyetin gözetilmesine imkân sağlamakta, ayrıca, yeni ortaya çıkan durum ve koşullara da hızlı bir şekilde adapte

[2458]Bkz.http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf.(28.02.2018), **Hartkamp, A.S Hondius, , E.H., Joustra, C.A., Du Perron,C.E. ve Veldman, M. (ed.):**Towards a European Civil Code, Boston: Kluwer Law International, 2004.
[2459]**Busnelli.** Op. Cit. s. 246.
[2460]**DCFR III. – 1:103:***Good faith and fair dealing: "(1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship. (2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act."*
[2461]**Schwenzer, I. ve Hachem, P.(çev. Dayanç., N.N.) (ed. Schwenzer, I, Çağlayan Aksoy, P.):**Mileltlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması / Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi, İstanbul: XII Levha yayıncılık, 2015, s. 259-280, s. 272.

olunmasına olanak vermektedir. Bunlarla beraber, *bona fides*, ticari ilişkilerde karşılıklı güveni de garanti altına almaktadır.[2462]

Esasında, *"apices iuris"* (hukukun titizliği),*"veritas facti"* (olgusal gerçeklikler) ile çelişmektedir.[2463]*Apices iuris*, hukuk kurallarının katı ve sert bir biçimde uygulanmasını ifade etmektedir. *Veritas facti* kavramı ise, somut olaya işaret etmekte olup, titiz hukuk kuralları ile sınırlandırıldığına inanılan hakkaniyet ile ilişkilidir.[2464] *Lex mercatoria* bakımından ise "*apices iuris*" öne çıkmamakta; zira, önce hakkaniyetin dikkate alınması ve hukuki uyuşmazlıkların *bona fides*'e göre çözülmesi gerekmektedir.[2465] Bir diğer ifade ile, *bona fides*'in *apices iuris*'e alternatif olduğuna inanılmaktadır.[2466] *Bona fides*'in en önemli ölçütlerden birisi olarak görüldüğü Roma hukuku kuralları, 16. ve 17. yüzyıldan beri ticarete egemen olmuş olup çağımızda ise halen bu gücünü sürdürmektedir.

Tam da bu nedenle, CISG, UNIDROIT ilkeleri ve PECL gibi *lex mercatoria* araçlarında *bona fides* kurumu düzenlenmektedir. Nitekim, bu araçları benimseyen tüm ülke hukukları, aynı ortak değerleri paylaşmaktadırlar.[2467] Öte yandan, öğretide bir görüşe göre, her ne kadar CISG, UNIDROIT ilkeleri ya da PECL bünyesinde *bona fides*'e atıf yapılmış olsa da, bunlardan hiçbirisi tam bir dürüstlük kuralı standartı getirmemekte; dürüstlük kuralını somutlaştıramamaktadır.[2468] Kanımızca, *bona fides* somut olay bazında değişmek zorunda olduğu ve keskin bir tanımı

[2462]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 137.
[2463]**Meyer.** Op. Cit. s. 62.
[2464]**Oğuz.** Op. Cit. s. 139.
[2465]**Ibid.,** s. 138.
[2466]**Ibid.,** s. 140.
[2467]**King C.:***The CISG -Another One of Equity's Darlings?,*Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, C. 2, S. 7, Yıl: 2004, s. 249-268, s. 263.
[2468]**Walt, S.D.:***The Modest Rule of Good Faith in Uniform Sales Law,* Boston University International Law Journal, C.33, Yıl: 2015, s. 37-73, s. 48.

yapılamayacağı için bu denli işlevseldir. Yargı içtihatları ve hukuki konjonktüre göre değişken bir yapı sergileyebilecek olan *bona fides*, ileride akdedilecek pek çok uluslararası sözleşme ya da model kanun hükümlerinin de ilham perisi olacaktır.

A. *Bona Fides*'in Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) Açısından Değerlendirilmesi

1970'de kurulan UNCITRAL, Viyana Satım Sözleşmesi olarak da bilinen Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Antlaşması (*Convention on the International Sales of Goods)*'nı hazırlamıştır. Söz konusu komisyon, Birleşmiş Milletler'in uluslararası ticaret hukuku alanındaki asli organı niteliğindedir.[2469] 1980'de Viyana'da kabul edilen antlaşmaya, ilk etapta otuzdan fazla ülke taraf olmuştur.[2470] UNCITRAL'e göre, günümüzde Avustralya, ABD ve Çin dâhil olmak üzere CISG'ye taraf olan seksen yediden fazla ülke mevcut olup, uygulama neticesinde, mevcut içtihatlar büyük ölçüde artmıştır. Dünya Ticaret Örgütü *(World Trade Organisation/*WTO)'ne göre, ithalat ve ihracat bakımından en önemli on ülkeden dokuzu CISG'ye taraf durumdadır.[2471] CISG, dünya ticaretinin %75'inden fazlasına uygulanmakta; etkisi üye devletleri aşmakta ve sözleşmeye taraf olmayan İngiltere'ye dahi ulaşmaktadır.[2472] Türkiye ise, 1 Ağustos 2011 tarihinde CISG'ye taraf olmuştur.[2473]

[2469]**Castellani, L.:***Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve*, (ed. Atamer, Y.M..) "Milletlerarası Satım Hukuku", İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, 2. Tıpkı Bası, s. 1-5, s. 1.
[2470]**Farnsworth, A.:***Duties of Good Faith and Fair Dealing Under the Unidroit Principles, Relevanet International Conventions and National Laws*, Tulane Law Journal of International Comparative Law, C. 3, S. 1-2, Yıl: 1995, s. 47-63, s. 55.
[2471]Bkz. http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/sale_goods/1980CISG_status.html,(28.02.2018).
[2472]**Zeller ve Andersen.** Op. Cit**.** s. 2.
[2473]**Castellani.** Op. Cit. s. 3.

Karşılaştırmalı hukukta CISG, dünya çapında bir başarı öyküsü olarak görülmektedir.[2474] CISG, yalnızca mal satımına ilişkin milletlerarası sözleşmeleri düzenlemekte ise de; bu durum, devletlerin CISG'nin uygulama alanını milletlerarası nitelik taşımayan satım sözleşmeleri için genişletmesine engel değildir.[2475] CISG çerçevesinde verilmiş yüzlerce mahkeme ve tahkim kararı bulunmakta; bu da, dünya çapında küresel bir literatür oluşumunu kolaylaştırmaktadır.[2476] Yine, dünyada pek çok hukukçu ve iş adamı CISG hükümlerine aşina olduğundan, bu antlaşma adeta birleştirici bir güce sahiptir. CISG'nin bir başka önemi ise, antlaşma düzenlenirken, gerek UNIDROIT ilkeleri; gerekse PECL'in model olarak alınmasıdır.[2477] Bu, aslında iki taraflı bir ilişkinin sonucudur. Nitekim, CISG, dünyanın dört bir yanından gelen hukukçu ve akademisyenleri barındıran UNIDROIT Çalışma Grubu'nun ve Avrupalı uzmanlardan oluşan PECL Komisyonu'nun çalışmalarını da kolaylaştırmıştır.[2478] Keza, bu iki grubun ortak üyeleri de mevcuttur. Bu nedenle, tüm bu metinlerde benimsenen genel prensipler, ortak değerler teşkil etmekte olup, uluslarötesi bir boyut taşımaktadır.

CISG bakımından *bona fides* özel bir önem taşımaktadır. Zira, sözleşmeyi kaleme alanlar, açıkça *bona fides* ilkesine değinmemişlerdir. Bunun nedeni ise, *bona fides*'in tarafların anlaştıklarından çok daha farklı yükümlülükler doğuracağı endişesidir.[2479] Öte yandan, *Peter Schlechtriem*, sözleşen taraflar arasındaki ilişkilerin dürüstlük kuralına uygun olması gerektiğinin; bunun ise, doğanın bir kanunu gibi açık

[2474]**Schwenzer, Hachem ve Kee.** Op. Cit. s. 37.
[2475]**Mistelis, L.(çev. Yasan, C.):***CISG'ın Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından*, (ed. Atamer, Y.M..) "Milletlerarası Satım Hukuku", İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, 2. Tıpkı Bası, s. 7-24, s. 13.
[2476]**Lando.** Op. Cit. s. 380.
[2477]**Schwenzer, Hachem ve Kee.** Op. Cit. s. 38.
[2478]**Lando.** Loc. Cit.
[2479]**Flechtner.** Op. Cit. s. 310.

olduğunun altını çizmektedir.[2480] Bu düşünce, kökünü CISG'de bulmaktadır. Özellikle, antlaşmanın 7(1) numaralı hükmünün,[2481] dürüstlük kuralına atıf verdiği kabul edilmektedir.[2482] CISG'nin 7. maddesi, BGB'de yer alan *Treu und Glauben* kavramından yola çıkılarak düzenlenmiştir.[2483] İlgili hüküm uyarınca, "Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir." denilmektedir.[2484]

Bir görüşe göre, bu hüküm taraflara somut bir *bona fides* yükümlülüğü yüklemekte yetersiz kalmaktadır. Keza, maddenin formülasyonu oldukça muğlak görülmekte olup, madde kabul edilmeden önce pek çok tartışmayla karşı karşıya kalmıştır.[2485] Hatta, çoğunlukla söz konusu madde "garip bir taviz" olarak adlandırılmaktadır.[2486] Esasında bu hüküm, dürüstlük kuralına uygun davranılması yükümlülüğünü, doğrudan taraflara yükleyen bir düzenlemeyi savunanlar ile dürüstlük kuralına açıkça atıf yapılmasına karşı olanlar arasında varılan bir uzlaşma olarak görülebilir. Maddenin taslağı olan 1978 tarihli New York tasarısı hazırlanırken de, dürüstlük kuralının uluslararası bir antlaşmanın yorumlanmasında esas alınacak kesinliğe sahip olup olmadığı tartışılmış; bununla beraber, "milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması" ifadesi gerekli görülerek tasarıya eklenmiştir.[2487]

[2480]**Whittaker ve Zimmermann.** Op. Cit. s. 13.
[2481]**CISG 7(1):***"In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade."*
[2482]Maddenin öncülü, 1976 yılında hazırlanan Cenevre tasarısının ve 1977 yılında hazırlanan Viyana tasarısının 13'üncü; 1978 yılında hazırlanan New York tasarısının ise 6'ncı maddesidir.
[2483]**Schwenzer ve Hachem.** Loc. Cit.
[2484]Maddenin orijinal metninde, "*the observance of good faith in international trade"* ifadesi geçmekte olup, bu kavram, isabetli olarak iyiniyet değil dürüstlük kuralı biçiminde Türkçeye çevrilmiştir.
[2485]**Bonell.** Commentary. s. 68.
[2486]**Farnsworth.** Op. Cit. s. 66.
[2487]**Schwenzer ve Hachem**. Op. Cit. s. 260.

Bu hükme karşı olanlar, genellikle *common law* kökenli hukukçulardır. Keza, komisyondaki bazı üyeler, *bona fides* ve dürüst iş yapma *(fair dealing)* ilkelerinin genel bir ilke olarak ele alınması gerektiğini; bazı üyeler ise, bu kavramların belirsizlik yaratma olasılığı olduğundan, çok muğlak olduklarını belirtmişlerdir.[2488] Buna ek olarak, kimi hukukçular CISG çerçevesinde açık bir *bona fides* hükmü getirme çabasının sonuca ulaşmadığını, hatta 7. maddenin lafzının açıkça bunu reddettiğini düşünmektedirler.[2489]

CISG 7(2)[2490] ise, "Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup, Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular, Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir." biçimindedir. Esasında boşluk doldurmaya ilişkin olan bu hüküm, iki aşamalı bir çözüme işaret eder.[2491] Buna göre, eğer sorun antlaşma kapsamına giren bir konuya ilişkinse, bu hâlde "antlaşma içi boşluk" söz konusudur ve CISG hükümlerine başvurulur. İkinci seçenek olarak ise, antlaşmanın temelinde yatan genel prensiplere başvurulmaktadır.[2492] Bu hâlde, hükmün lafzi yorumlanması halinde önce hukukun genel ilkelerine bakılacak, eğer bu şekilde çözülmüyorsa milletlerarası özel hukuk kurallarına gidilecektir.[2493] Bu tür boşluklara ise "antlaşma dışı boşluk" adı verilmektedir. Öte yandan, kanunlar ihtilafı

[2488]**Ferrari, F (Yasan, C.):***Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler*, (ed. Atamer, Y.M..) "Milletlerarası Satım Hukuku", XII Levha Yayınları, İstanbul: 2012, 2. Tıpkı Bası, s. 37-83, s. 62.
[2489]**Schlechtriem, P.:***Good Faith in German Law and International Uniform Laws* , Conferenze di Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, diretto da M.J. Bonell, Roma, February, 1997.
[2490]**CISG 7(2):***"Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private - international law."*
[2491]**Schwenzer ve Hachem.** Op. Cit. s. 273.
[2492]**Looschelders ve Olzen**. § 242, No:1235, **Schwenzer ve Hachem.** Op. Cit. s. 273.
[2493]**Farnsworth.** Op.Cit. s. 66.

kurallarının da *bona fides*'in esas alınmasını öngören bir ulusal maddi hukuk kuralına atıf yapabileceği unutulmamalıdır.

CISG madde 7 hükmünün uygulanması bahsinde mümkün olan ve tarafımızca isabetli bulunan olasılık ise, CISG'nin dayandığı genel ilkeler arasında *bona fides*'i de saymak olacaktır.[2494] Keza, öğretide de, tarafların davranış ve ilişkilerinde dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü ile yine *bona fides*'e dayanan *estoppel* ya da Kıt'a Avrupası'nda buna karşılık gelen *venire contra factum proprium* kuralı (çelişkili davranış yasağı), bu genel ilkeler arasında sayılmaktadır.[2495] Bununla beraber, burada belirtilmesi gereken, dürüstlük kuralının kaynağının esas olarak CISG 7(1) olmadığıdır. İlgili hüküm, antlaşmanın yorumlanmasına ilişkin iken; *bona fides* ise CISG'nin ruhu özümsenmek suretiyle ulaşılabilecek bir kavramdır. Bu durum, özellikle, "makul" süreye atıf yapan CISG 39(1); "makul" güvene atıf yapan CISG 16(2)b; tarafların "makul" beklentisine atıf yapan CISG 8(2) gibi hükümlerden ve çelişkili davranışın yasaklanmasından anlaşılmaktadır.[2496] Mahkemeler de, genel anlamda bu yorumu benimsemiş gözükmektedirler.[2497] Örnek olarak, bir olayda Grenoble temyiz mahkemesi sözleşme taraflarından birinin davranışının, 7. madde uyarınca öngörülen milletlerarası ticarette dürüstlük kuralına aykırı olduğuna kanaat getirerek zararı tazmin etmeye mahkûm etmiştir. Keza, dava hakkının kötüye kullanılması da dürüstlük kuralına aykırı bulunmuştur.[2498]

Öğretide, 7. maddenin, CISG hükümlerinin ulusal hukuk anlayışlarından bağımsız olarak özerk bir biçimde yorumlanmasını öngördüğü ileri sürülmekte olup, maddenin

[2494]Farnsworth, Hannold ve Winship bu görüştedir. **Farnsworth.** Op.Cit. s. 66.
[2495]**Schwenzer ve Hachem**. Op. Cit. s. 276.
[2496]**Ibid.**
[2497]**Ferrari.** Op. Cit. s. 67.
[2498]Bkz. Cour d'Appel Grenoble, 22.02.1995.

yeknesak sözleşme hukukunun standart bir unsuru hâline geldiği düşünülmektedir.[2499] Esasında, sözleşmenin yorumuna ilişkin bir problemi, sözleşmenin uygulanmasına ilişkin bir problemden ayırmak pratik hayatta mümkün değildir.[2500] Keza, CISG'de yer alan bir kural, *bona fides* uyarınca yorumlanırken; taraflar arasındaki satım sözleşmesinde yer alan bir hükmün, *bona fides*'e göre yorumlanmayacağını söylemek makul olmayacaktır. Pek çok mahkeme de, somut olay bakımından CISG'yi uygularken, hem satım sözleşmesi; hem de tarafların davranışları bakımından, *bona fides*'e uygun yorum ilkesini benimsemişlerdir.[2501]

Bona fides, pek çok ulusal hukukta sayısız maddi hukuk kuralınca benimsenen bir genel ilke olduğundan, antlaşmanın temelinde yatan ilkeler arasında kabul edilmelidir. Bu hâlde, antlaşmanın yorumunda, doğal olarak *bona fides* dikkate alınacaktır. *Bona fides*'in böylesi bir işlev ile donatılmasının sebebi ise, hakkaniyete aykırılıkların önlenmesidir.[2502] Bu durumda, kimi yazarlar, ancak CISG'de hükme bağlanmayan hususlar için *bona fides*'e başvurulabileceğini belirtmektedirler.[2503] Öte yandan, hükme bağlanan hususların da dürüstlük kuralına uygun olarak yorumlanması kanaatimizce antlaşmanın ruhuna daha uygundur.

Bu konuda üretilen ve öğretide baskın görüşü oluşturan fikir ise, 7(1) hükmünün taraflara doğrudan bir *bona fides* yükümlülüğü getirdiği yönündedir. Özellikle Alman hukukçular tarafından dile getirilen bu görüşe göre, *bona fides* hükmü doğrudan sözleşmenin taraflarına yönelik olup, dürüstlük kuralı, CISG'nin genel ilkelerindendir. Hatta, CISG'de yer alan pek çok hüküm, bu ilkenin özel uygulama

[2499] **Schwenzer ve Hachem**. Op. Cit. s. 261.
[2500] **Lando.** Op. Cit. s. 392.
[2501] **Ibid.**
[2502] **Ferrari**. Op. Cit. s. 63.
[2503] **Ibid.,** s. 67.

alanını teşkil etmektedir.[2504] Bu görüşü benimseyenler, özellikle Alman hukukundaki *Treu und Glauben* ilkesi ile CISG 7(1)'de yer alan dürüstlük kuralı arasında ilkel benzerlikler olduğunu söylemektedirler.[2505] Bu yorum açıkça lafza karşı olduğundan, kabul edilmesi zordur. Keza, maddenin lafzında açıkça hükmün taraflar arasındaki sözleşmesel ilişkilere uygulanamayacağı belirtilmektedir.[2506] Buna benzer olarak, *bona fides*, antlaşmanın yorumunda esas olmakla beraber, *Treu und Glauben* ile aralarındaki benzerlikleri ilkel olarak nitelendirmek de isabetli değildir. *Bona fides,* CISG'nin dayandığı genel ilkelerden biri olarak kabul edildiğinde; hem lafza uygun yorum yapılmış olacak, hem de istenen sonuç doğacaktır.[2507] Keza, *bona fides* sadece CISG'nin değil hukukun genel ilkesi olarak kabul edilmelidir. Nitekim, CISG'de yer alan pek çok maddenin kaynağı *bona fides* olmakla beraber, bunun nedeni sadece 7. madde değil; *bona fides*'in, özel hukukun temel taşlarından olup ortak olarak benimsenen bir etik değer olmasıdır. Buna örnek olarak, gerek Kıt'a Avrupası; gerekse Anglo-Amerikan hukukunca kabul edilen güvenin korunması verilebilecektir.

Bu hükme getirilen eleştirilerden en anlamlı olanı, ulusal mahkemelerin kendi hukuki ve sosyal geleneklerine göre bu maddeyi uygulayacağı ve bunun sonucunda aynı madde bakımından pek çok farklı yorum ve uygulamanın ortaya çıkacağına ilişkindir.[2508] Öğretide, antlaşmanın nihai amacının yeknesak uygulama sağlanması iken; dürüstlük kuralının bir yorum aracı olarak değerlendirilmesinin, bu amaç ile çelişebileceğinden korkulmaktadır.[2509] Zira, mahkemelerin ortak bir tanım

[2504]**Lando.** Loc. Cit., **Schlechtriem.** Loc. Cit., **Ferrari.** Op. Cit. s. 65.
[2505]**Schwenzer ve Hachem.** Op. Cit. s. 268.
[2506]**Ibid.,** s.261.
[2507]**Farnsworth**. Op. Cit. s. 67.
[2508]**Bonell.** Commentary. s. 68.
[2509]**Ferrari**. Op. Cit. s. 63.

benimsemesi oldukça güç olup, bu durum ise sözleşme hükümlerinin farklı yorumlanmasına neden olabilecektir. Hatta, böylesi bir kuralın gerektiğinden fazla ya da az kullanımının, hakkın kötüye kullanılmasına dahi vücut verebileceği belirtilmektedir.[2510] Buna karşın, *bona fides*'in gereklerine uymama hâlinde yaptırımın ne olacağı da metinde özel olarak belirtilmemiştir. İlkenin ihlali durumunda yaptırımın ne olacağı, ulusal hukuklara bırakılmış olup, bu ise, yaptırımın uygulanması açısından yeknesaklık sağlanamayacağı tehlikesinin mevcudiyetini göstermektedir.

Aslında, CISG 7. maddesi, antlaşmayı uygulayan ulusal mahkemelerin uyması gereken bir buyruk niteliği taşımakta ve yeknesak uygulamayı hedeflemektedir. Bir görüşe göre, yeknesaklığı teşvik etme amacı, hükümleri kaleme alan kişilerce bilinçli olarak esnek bırakılan ve farklı olay koşullarına uygulanması amaçlanan "açık" kavramları somutlaştıran mahkeme içtihatlarının dayatılması olarak anlaşılmamalıdır.[2511] Buna karşılık, karşı görüşte olanlar ise, *bona fides*'in uluslarötesi kabul görmüş bir hukuk ilkesi olduğunu; bu nedenle de, muğlak bir düzenlemenin zarar vermeyeceğini, yine, yaptırımların farklı hukuki altyapılara sahip ulusal hukuklarca uygulanmasının da esneklik sağlayacağını savunmaktadırlar.[2512] Kanımızca da, maddenin kaleme alınışı özellikle uygulamada esneklik yaratma ve her somut olay bakımından ayrı bir değerlendirme yapma imkânı tanımaya yöneliktir. Nitekim, *bona fides* ilkesinin amacı da bu olup, bu şekilde hakkaniyet ve adalet sağlanacaktır.

[2510] **Ferrari.** Op. Cit. s. 63.
[2511] **Schwenzer ve Hachem.** Op. Cit. s. 266.
[2512] **Bonell.** Commentary. s. 69.

7. madde, CISG'nin uygulanmasında hukuk kurallarının uluslararası niteliği ile yeknesaklığın sağlanması amacının yanı sıra; *bona fides*'in teşvik edilmesi prensiplerinin gözetildiğinin de altını çizmektedir.[2513] Görüldüğü üzere, *bona fides,* CISG çerçevesinde taraflara teknik olarak yüklenen bir yükümlülük değil; aslında antlaşmanın dayandığı ve münferit olarak, kurallar bazında tek tek sayılması gerekmeyen temel ilkelerdendir. CISG'nin *bona fides* temel değerine dayandığını düşünenlerin sayısı oldukça fazladır. Bu görüşler, genellikle tarafların hak ve yükümlülüklerinin de dürüstlük kuralına göre belirlenmesi gerektiğini savunmaktadır.[2514] CISG'nin lafzı dikkate alındığında, *bona fides*'in sadece antlaşma hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınması gerektiği sonucu çıkmaktadır. Öte yandan, bu kabul edilse dahi, *bona fides*'in CISG'nin dayandığı temel ilkelerden olduğu sonucu değişmeyecektir. Keza, bu durum CISG'ye özgü olmayıp; diğer antlaşmalar, model kanunlar ve hukukun uyumlaştırma ve yeknesaklaştırma projelerinde de mevcuttur.[2515]

Bu konuda bir görüş, *bona fides*'in tarafların davranışlarını da yorumlamak üzere kullanılmasını önermiştir. Öte yandan, 7. maddenin tarafların iradesi ile ilgili olmadığı; sadece tarafların uyması gereken bir davranış standardı belirlediği savunulmaktadır. Yine, öğretide *bona fides*'in, 8. madde anlamında bireysel beyanların yorumlanmasında etkili olacağı da söylenmektedir. Bu görüş kabul edilmese de, *bona fides*, neticede sözleşmesel ilişkiyi etkileyecek ve CISG'nin teknik olarak belirlediği hak ve yükümlülükler somutlaştırılırken esas alınacaktır.[2516] Bu konudaki en gerçekçi taviz ise Komisyon tarafından kabul edilmiş olan; *bona fide*s

[2513]**Schwenzer ve Hachem**. Op. Cit. s. 262.
[2514]**Felemegas, J.:***Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL*, Pace International Law Review, C. 13, S. 2, Yıl: 2001, s. 399-406, s. 401.
[2515]**Schwenzer ve Hachem**. Op. Cit. s. 267.
[2516]**Ibid.,** s. 268.

ilkesinin, sözleşmenin hükümlerinin uygulanması ve yorumunda uyulması gereken bir standart olarak belirlenmesidir.

Keza, CISG'nin 7. maddesinin, taraflar bakımından pozitif bir *bona fides* yükümlülüğü öngördüğünün kabulü halinde, sözleşmelerin müzakere ve kuruluş aşamalarında da bu tür borçların yükleneceği ileri sürülebilecektir. Öte yandan, bu durum ise CISG'nin orta yolu bulma eğilimine uygun düşmemektedir. Bir diğer ifade ile, CISG'nin taraflara ek borçlar yüklediğinin kabulü zordur.[2517] Ne var ki, taraflar mevcut borçlarını CISG uyarınca *bona fides*'e uygun bir biçimde yerine getirmelidir. Sözleşmelerin yorumu da bu noktada önem taşımaktadır. Tarafların, bu hususta bilgi avantajı mevcut olup, nelerin *bona fides*'e uygun, nelerin aykırı olduğunu, yargıca göre daha iyi belirlemeleri mümkündür. Bu nedenle, taraflar arasındaki ilişkinin arzu edilen *ex-ante* değeri, *bona fides*'e uygun yorumlamalarla tespit edebilecektir.[2518] CISG çerçevesinde *bona fides*, ya antlaşmayı yorumlarken dikkate alınacak genel bir ilke olarak kabul edilecektir; ya da antlaşma hükümlerinde açıkça düzenlenen ve taraflara açıkça *bona fides*'e uygun davranma yükümlülüğü yükleyen bir kural olarak ele alınacaktır. Ancak her hâlde, kuralın önemi CISG ve *lex mercatoria*'nın felsefesi dikkate alınarak saptanmaktadır. Keza, iki hâlde de *bona fides* sözleşmesel ilişki somutlaşırken etkili olacak ve tarafların hak ve yükümlülüklerini doğrudan etkileyecektir.

Elbette *bona fides* ilkesi, CISG hükümlerini fiilen değiştirmek gibi bir güce sahip değildir.[2519] Örneğin, madde 77 uyarınca zararın azaltılması külfeti düzenlenmekte olup, kimi zaman *bona fides* gereğince, zarar gören tarafın, ihlalde bulunan taraf ile

[2517] **Ferrari.** Op. Cit. s. 66.
[2518] **Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 3.
[2519] **Schwenzer ve Hachem.** Op. Cit. s. 269.

yeniden müzakereye girmesi gerektiği düşünülebilmektedir. Ancak, böylesi bir hüküm olmasaydı, CISG 7(1) uyarınca hak ve yükümlülük yaratmanın mümkün olamayacak oluşunun altı çizilmelidir. Öte yandan, belirsiz ya da yetersiz kaldığı hâllerde, CISG'nin ruhu ve özü itibariyle *bona fides* penceresinden yorum yapılması, antlaşmanın lafzı gereğidir. CISG'nin amacı, uluslararası ticareti kolaylaştırmak olup, *bona fides*, bu amacın gerçekleşmesi için ihtiyaç duyulan esnekliği sağlamaktadır.

CISG'deki pek çok hüküm, yine *bona fides* kurumundan türeyen güvenin korunmasına ve çelişkili davranış yasağına yöneliktir. Bunlar arasında en belirgin olanları: İcabın geri alınamamasına dair 16(2)(b); geç kabulün durumuna dair 21(2) ve tarafların, malların korunması için gerekli önlemleri almalarını gerektiğini düzenleyerek dürüstlük kuralından türeyen işbirliği yükümlülüğüne atıfta bulunan 85-88. maddeleridir.[2520] Öğretide, *bona fides*'in hakkaniyete uygun davranma normu olduğu ve bu ilkenin CISG'nin felsefesi içerisinde yer alan çeşitli yazısız ilkelerden en önemlisi olduğu ileri sürülmektedir.[2521] Yine, bir görüşe göre, CISG'nin dayandığı temel ilkeler esnek yapıda olup, bunların zamanın gereklerine göre yorumlanması da mümkün olacaktır.[2522] CISG'nin en önemli özelliği, Kıt'a Avrupası hukuku ile *common law* kurallarını bağdaştırmak ve karşılıklı tavizlerle mümkün olduğunca pratik bir hukuksal yeknesaklık sağlamaktır. Bu nedenle, gerekli esnekliği taşıyan *bona fides*, CISG açısından çok önemli ve antlaşmanın amacına ulaşmasını

[2520]CISG 27(2); 29 (2); 35; 37; 38; 40; 44; 49(2); 64(2); 82. maddeler de, dolaylı olarak güvenin korunmasına ilişkin olup, *bona fides* ilkesini spesifik olarak somutlaştırmaktadırlar.
[2521]**Lookofsky, J.:***Walking the Article 7(2) Tightrope Between CISG and Domestic Law*, Journal of Law and Commerce, C. 25, S. 87,Yıl: 2005, s. 87-105, (CISG), s. 89.
[2522]**Zeller, B.:***Protecting Reliance: Equitable Estoppel and the CISG*, European Journal of Law Reform. C.9, S.4, Yıl: 2007, s. 641-653, s. 652.

kolaylaştırıcı bir fonksiyon üstlenmektedir. Kanımızca, bu kavram, adeta bu uluslararası ticaret makinesinin dişlilerini yağlamakta ve işleyişini hızlandırmaktadır.

B. UNIDROIT İlkeleri'nde *Bona Fides*

1926'da Roma'da kurulan Uluslararası Özel Hukukun Birleştirilmesi Enstitüsü *(International Institute for the Unification of Private Law/ Institut International Pour L'unification du Droit Privé)*, 1994 yılında UNIDROIT ilkelerini yayınlayarak; özel hukukun birleştirilmesinde önemli bir adım atmıştır.[2523] *Perillo*'ya göre, hukuki düşüncenin küreselleştirilmesinde en önemli mekanizma olan bu ilkeler, günümüzde pratikte sıklıkla uygulanmaktadır.[2524] Esasında uluslararası ticaret hukukuna ilişkin olan bu ilkeler bakımından, *lex mercatoria* niteliğinde olmaları; bir diğer ifade ile meşruiyetlerini, uluslararası bir antlaşma olmaları ya da ulusal hukuk tarafından kabul edilmelerinden öte, ticari teamül kurallarından oluşmaları nedeniyle kazanmış olmaları büyük önem taşımaktadır.

UNIDROIT ilkeleri, aslında sözleşme hükümleri formunda olmayıp; normal koşullar altında herhangi bir bağlayıcı güce de sahip değildir. Öte yandan bu ilkeler, çağımızda kolektif akıl gereği sıklıkla uygulanmaktadır.[2525] Aslında, devlet otoritesini arkasına almaktan yoksun oluşları bu ilkeleri ve bu bağlamda *lex mercatoria*'yı üstün kılmaktadır. Zira, uluslararası ihtiyaç bu kuralların

[2523]UNIDROIT ilkeleri, "Principles of International Commercial Contracts" ya da PICC olarak da anılmaktadır. **Oğuz, A.:**Sözleşmeler Hukukunda Hukukun Birleştirilmesi, AÜHFD, S. 1-4, C. 49, Yıl: 2000, s. 31-65, (Hukukun Birleştirilmesi), s. 57 vd.
[2524]**Bonell.** Unidroit. s. 2, **Oğuz.** Norm. s. 113.
[2525]**Bonell.** Op. Cit. s. 3, **Oser, D.:**The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008, s. 59, **Oğuz.** Hukukun Birleştirilmesi. s. 57

uygulanmasını gerektirmekte; bu nedenle de, kurallar içtenlikle benimsenmektedir. Bu açıdan bu ilkeleri *ius gentium*'daki ticari kurallara benzetmek mümkündür.

Öğretide, kimi zaman, UNIDROIT ilkelerinin bir bütün olarak modern *lex mercatoria*'nın bir parçası sayılması fikri ikna edici bulunmamaktadır. Zira, ilkeler halen değişken uygulamalara tamamen uyacak prensipler ve uluslararası seviyede kesinlikle kabul edilen kurallar getirememektedir. Buna göre, ilkelerin normatif değeri, ancak hukuk kuralları ile olgular arasındaki sınır muğlâklaştıktan sonra algılanabilecektir.[2526] Bu nedenle, bir siyasi otorite tarafından koyulmuş kurallar bütününü ifade eden katı hukukun yerine, özellikle sözleşme hukukunu uyumlaştırabilecek olan yumuşak hukuk anlamına gelen *"soft law"* kavramı uzun süredir gündemdedir.[2527] Buna göre, artık küresel hukuki kültür, global ekonomik pazarların etkisiyle şekillenmektedir. Bu yeni hukuki kültürün değerleri ise, egemen bir güce değil; süjeler tarafından zamanla gelen ortak kabule dayanmalıdır. İşte *bona fides*, çok uzun zamana yayılmış uluslarötesi bir ortak benimseyişin ürünüdür. Bu durum ise Roma hukukundan bu yana değişmemiştir.

Roma hukukçusu *Vittorio Scialoja* tarafından kurulan Enstitü'nün çalışmaları, 1970'li yıllarda hız kazanmış; özellikle, Kıt'a Avrupası hukuku, *common law* ve o dönem söz konusu olan sosyalist hukuku yeknesaklaştırmak adına dönemin ünlü hukuk adamlarından destek alınmıştır.[2528] Çalışma grubunun tam olarak kurulması ise 1980 yılını bulmuş, ilkeler son hâlini almadan önce çeşitli evrimler

[2526] *Jürgen Basedow*, Almanya ulusal raporunda bu durumdan söz etmekte ve ilkelerin geleneksel hukuk kavramlarına meydan okuduğunun haklı olarak altını çizmektedir. Öte yandan, bir sistemin kusurlarının olması, onun başarılı bir girişim olmaktan çıkarmayacaktır. **Basedow, J. (ed.):**German National Reports to the 18th Congress of Comparative Law, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

[2527] **Bonell.** Op. Cit. s. 4.

[2528] **Dayınlarlı, K.:**Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler UNIDROIT (Roma 1994), Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 2003, s. 2.

geçirmiştir.[2529] Viyana Satım Sözleşmesi'nin hukuk dünyasınca benimsenmesiyle ise, söz konusu antlaşma mal satımı alanını domine etmeye başlamış; bu bağlamda, UNIDROIT ilkeleri ise daha çok hizmet sözleşmeleri bakımından uygulama alanı bulmuştur.[2530] Enstitü, en son 2010 yılında ilkelerini güncellemiştir.[2531]

Öğretide, UNIDROIT ilkelerinin CISG hükümlerinin yorumlanmasında kullanılıp kullanılamayacağı da tartışılmaktadır. Hâkim görüşe göre, CISG'nin uygulanması bakımından ortaya çıkabilecek herhangi bir sorun hâlinde, öncelikle antlaşmanın kendisine başvurulmalıdır.[2532] Kanımızca, her ne kadar ilkeler bağlayıcı hukuk kuralları olmasa dahi, CISG'nin hükümlerin uluslararası karakterine göre yorumlanması gerektiğini öngören 7. maddesi uyarınca, UNIDROIT ilkeleri de bu yorumda dikkate alınması gereken ana uluslarötesi enstrümanlar arasında yer almaktadır. Nitekim, *lex mercatoria*, bütüncül bir hukuk düzenini ifade etmektedir.

UNIDROIT ilkelerinin amaçlarından birisi, kanun koyuculara yol gösterici çözümler sunmak; özellikle de, hukuki terimlere uluslararası bakımdan kabul edilebilir yeknesak anlamlar yüklenmesi konusunda yardımcı olmaktır.[2533] Bu nedenle, *bona fides*'in küresel olarak nasıl anlaşılacağı sorunu bakımından, UNIDROIT ilkelerinin büyük önem taşıdığı düşünülmektedir. İlkelerin esas amacı, uluslararası ticarette ortaya çıkabilecek eksiklikleri gidermek; bir diğer ifade ile, uluslararası ticaret hukukunun ortak çekirdeğini oluşturmaktır.[2534] Tarafların, yaptıkları sözleşmede önem taşıyabilecek her hususu belirlememiş olabilecekleri gibi; belirleme yapmış

[2529]**Schwenzer, Hachem ve Kee.** Op. Cit. s. 44.
[2530]**Farnsworth.** Loc. Cit.
[2531]http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf (28.02.2018).
[2532]**Schwenzer, Hachem ve Kee.** Op. Cit. s. 45.
[2533]**Ibid.,** s. 44.
[2534]Bu terim, kaynaklarda *"common core of the international commercial law"* olarak ifade edilmektedir.

olmalarına rağmen farklı bir hukuki terminoloji ile hareket etmiş olmaları da olasıdır. Keza, yapılan milletlerarası unsurlu sözleşmeye uygulanacak hukuk, yani *lex contractus* olarak, ulusal bir hukuk düzeni saptanılmamış olma ihtimali de vardır.[2535] Zira, bu durum, taraflardan birisi için sadece dezavantajlı olmakla kalmayacak; aynı zamanda bir prestij kaybı olarak da yorumlanabilecektir.[2536]

UNIDROIT ilkelerinin bir başka amacı ise, uygulanabilir ulusal hukuk kurallarını yorumlama ve destekleme aracı olarak kullanılmaktır. Bir sözleşmeye uygulanacak olan hukuk kuralı muğlak ise ya da içerisinde bir *lacuna* bulunduruyorsa, gerek ulusal mahkemelerin; gerekse tahkim mahkemelerinin, uluslararası ticari işlemler bakımından, UNIDROIT ilkelerine başvurabilecekleri kabul edilmektedir.[2537] Bu nedenle, UNIDROIT ilkeleri, ulusal hukuk düzenleri arasındaki parçalanmalardan doğabilecek hukuki engelleri aşmaya yönelik uluslarötesi nitelikte genel sözleşme hukuku hükümleri olarak görülmekte ve tarafların sözleşmelerine bu ilkelerin uygulanacağını kararlaştırmaları üzerine uygulanmaktadırlar.[2538]

İlkelerin lafzına bakıldığında, mevcut ulusal hukuk düzenlerindeki uzmanlık terimlerinden kaçınıldığı gözlemlenmektedir. Keza, ilkeler hazırlanırken de pek çok farklı hukuk düzeni dikkate alınarak aralarında yeknesaklık sağlanmak amaçlanmıştır. Bu açıdan, UCC; *Restatement (2nd) of Contracts*; Hollanda Medeni Kanunu gibi yeni tarihli kanunlaştırmalar esas alınmıştır.[2539] Öte yandan, UNIDROIT çalışma grubu, sadece *common law* ve Kıt'a Avrupası değil, aynı

[2535]Elbette, sözleşmeye uygulanacak hukuk olarak ilkelerin seçilmesi halinde olası bir davanın ulusal mahkemeler önünde çözülmesi ile tahkim yoluna gidilmesi arasında ayrım yapılması gerekmektedir. Ulusal mahkemeler, kendi milli hukuklarını ve dolayısıyla kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamakla yükümlüdürler.
[2536]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 112.
[2537]**Bonell.** Unidroit. s. 11.
[2538]**Oğuz.** Op. Cit. s. 113.
[2539]**Ibid.,** s. 116.

zamanda çeşitli hukuk kültürlerinin etkide bulunduğu karma hukuk düzenlerini de dikkate alarak çalışma yapmış; bu bağlamda, Mısır; Cezayir ya da Sri Lanka Medeni Kanunları dahi işlevsel denklik[2540] prensibine uygun olarak karşılaştırılmıştır.[2541]

UNIDROIT ilkeleri, *bona fides*'i açıkça kabul etmektedir. Söz konusu ilkeler, tek kelime ile anlatılacak olursa, bu kavramın *bona fides* olacağı ileri sürülebilir. Zira, bu ilkeler, uluslararası ticari teamül kuralları bakımından, tarafların makul davranmalarını ve dürüstlük kuralına uygun hareket etmelerini gerektirmektedir.[2542] Her ne kadar bu ilkelerden söz ederken, iyiniyet kavramından bahsedilmekte ise de; burada esas olanın objektif iyiniyet, bir diğer deyişle, dürüstlük kuralı olduğu açıktır. Öğretide de, *bona fides* ve dürüst iş yapma *(fair dealing)* kurallarının, UNIDROIT ilkelerinin temelinde yatan esas düşünce olduğu görüşü hâkim olup, bu duruma, ilkelerin hemen akabinde yer alan yorumlarda da değinilmektedir.[2543] Bu yorumlarda, özellikle, Avustralya hukuku önemle dikkate alınmıştır. Bunun nedeni ise, söz konusu ilkenin hazırlanma sürecinde Avustralya hukukunda meydana gelen gelişmelerdir.[2544] Avustralya hukukunda mahkemelerin, *bona fides* uyarınca karar verme eğilimi yakın zamanda ortaya çıkmış; maddenin yayınlanmasıyla da giderek artmış ve bu durum Anglo-Amerikan hukuk çevresini etkilemiştir. Dahası, *bona fides*'in geleneksel İngiliz hukukuna da yeni bir prespektif getireceği düşünülmüştür.[2545]

[2540]İşlevsel denklik yöntemi, aynı işlevi yerine getiren kurumların birbiriyle karşılaştırılabilmesine olanak veren bir metodu ifade etmektedir. **Smits, J.M.(ed.):**Elgar Encyclopedia of Comparative Law, London: Edward Elgar Publishing, 2. Edition, 2012, s. 561.
[2541]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 126.
[2542]**Oser.** Op. Cit. s. 96.
[2543]**Bonell, M.J.:**The Unidroit Principles in Practice, New York: Transnational Publishers, 2. Edition, 2002, (Practice), s. 83.
[2544]**Vogenauer.** Unidroit. s. 167.
[2545]Lord Steyn'e göre, dünyada geniş ölkçekli olarak *bona fides*'in benimsenmesi eğilimi, eninde sonunda İngiliz hukukunun da bir parçası olacaktır. Nitekim, 1.7 numaralı madde de bunu göstermektedir. **Vogenauer.** Unidroit. Loc. Cit.

Buna karşılık, UNIDROIT ilkeleri bakımından *bona fides*'in geniş bir uygulama alanı olmasının arzu edilmediğine dair yorumlar da mevcuttur. Bu yorumlar, özellikle *bona fides*'in belirli bir hukuk sisteminden alınmış olmayıp; uluslararası özellikler taşıyan bir kavram olduğu fikri çevresinde birleşmektedir. Bu görüşe göre, ulusal hukuklarda yer alan ve *bona fides*'ten türeyen davranış kuralları otomatik olarak *lex mercatoria* çerçevesinde düşünülmemelidir.[2546] Kanımızca, *bona fides'*in uluslararası hatta uluslarötesi bir kavram olması fikri isabetli olup, öte yandan, ulusal hukuklar bakımından benimsenen yavru kuramlar ise, bu genel *bona fides* kavramının özü ile çelişmediği ölçüde, doğrudan *lex mercatoria*'nın bir parçası olmalıdır.

Bununla beraber, mahkemelerin, ulusal hukuka göre *bona fides* ilkesinin uygulanacağı her uluslararası soruna, bu ilkeyi uygulamamaları düşüncesi de makul gözükmektedir. Yine de, mahkemelerin belirli bir davranışın uluslararası ticarette hukukun genel ilkeleri ile düzenlenmesi gerekmesi hâlinde, ulusal hukuk sistemlerinin bunu öngörüp öngörmemesinden bağımsız olarak, *bona fides* ilkesini uygulaması faydalı olacaktır.[2547] Otomatik olarak olmasa dahi, ticari hayatın gereklerine göre ihtiyaç halinde ulusal yavru kuramların da *lex mercatoria* kapsamında düşünülmesi ve bunun ticari teamüle çevrilmesi gerekebilecektir.

UNIDROIT ilkeleri bakımından, *bona fides*'in, sözleşmelerin kurulması ve ifası aşamalarında yorumlayıcı; tamamlayıcı ve düzeltici işlevi ile önem taşıyan temel etik kurallardan olduğu söylenebilir. Nitekim, ilkelere esas teşkil eden düşüncelerden bir tanesi, *bona fides*'tir. UNIDROIT ilkelerinin 1.7 ve 2.15. maddeleri, doğrudan *bona*

[2546] **Lando**. Op. Cit. s. 392.
[2547] **Ibid.,** s. 393.

fides'ten bahsetmektedir. 1.7 numaralı madde, ulusal hukuklardan bağımsız; özerk ve uluslarötesi bir *bona fides* standardı belirlemektedir. Farklı hukuk çevrelerine mensup olan çeşitli ülkelerin uygulamalarında, ilk bakışta çok farklı gözükebilen dürüstlük kuralı ve dürüst iş yapma *(fair dealing)* anlayışları mevcuttur.[2548] Öte yandan, hepsinin özü *bona fide*s etik ilkesine dayanmaktadır. UNIDROIT ilkeleri kapsamında genel *bona fides* hükmünün özel uygulamasına ilişkin, pek çok kural mevcuttur. Lafızları bakımından *"bona fides"* ve "dürüst iş yapma" kavramlarına değinilmeyen maddelerin çoğunun dahi, *bona fides* ilkesine dayandığı kabul edilmektedir.[2549]

Taraflara açık bir *bona fides*'e uyma yükümlülüğü yükleyen 1.7. maddenin metninde, uluslararası ticarette *bona fides*'in dikkate alınacağı vurgulanmaktadır. Bunun nedeni, dürüstlük kuralına ilişkin olarak hukuk düzenlerinin geneli tarafından tanınan ilkelerin dikkate alınacağı düşüncesidir.[2550] Bir diğer ifade ile, ulusal hukuk düzenleri kapsamınca geliştirilen *bona fides* anlayışı, hukuk sistemlerince genel bir kabul gördüğü ölçüde uygulanacaktır.[2551] Bu durum ise, *bona fides*'in evrensel olma gerekliliğinin altını çizmektedir. Özellikle, küresel boyutta sözleşmeler hukuku mekanizmasının işlevini sürdürebilmesi için, böylesi etik ilkelere ihtiyaç vardır. Ne var ki, öğretide bir görüş ise, 1.7 hükmünü, küresel sözleşmeler hukukunun ortak çekirdeğinin bir parçası olmadığını ileri sürmektedir.[2552] Bunun nedeni, *bona fide*s ve dürüst iş yapma *(fair dealing)* kavramlarının içeriğinin, yine ulusal hukuklara göre doldurulacağıdır. Buna ek olarak, kavramın kapsamı ve fonksiyonu hakkında

[2548]**Lando.** Op. Cit. s 175.
[2549]Dolaylı olarak *bona fides* ile ilgili olan bu maddelere ise, 4.8; 3.5; 3.10; 6.1.5; 7.1.6; 9.1.3 maddeleri örnek olarak gösterilebilmektedir. **Bonell.** Practice. Loc. Cit., **Vogenauer.** Unidroit. s. 170, **Farnsworth**. Op. Cit. s. 59
[2550]**Oğuz.** Lex Mercatoria. s. 117.
[2551]**Bonell.** Op. Cit. s. 85.
[2552]**Vogenauer.** Op. Cit. s. 168.

uluslararası bir konsensus da mevcut değildir.[2553] Kanımızca, bu kavramın içeriğinin ulusal hukuklara göre doldurulması farklı sonuç vermeyecek; bilakis, kavramın evrenselliğini gözler önüne serecektir.

Belirtilmelidir ki, *bona fides*, küresel boyutta sözleşmeler hukukunun ortak çekirdeğinin sadece bir parçası olmakla kalmayıp; en önemli bölümünü oluşturmaktadır. Öğretide bahsedilen gerekçelerde doğruluk payı bulunmakla beraber; bu düşüncelerle kişilerin kendini sınırlaması hâlinde, hukukun uyumlaştırılması zaten mümkün olmayacaktır. Her ne kadar, kavramın içinin ulusal hukuklar yardımıyla doldurulması gerekse de; *lex mercatoria* enstrümanlarının *raison d'être*'i ulusal hukuklara yol göstermektir. Keza, bizatihi *bona fides*, dünyadaki çeşitli ulusal hukuklarca farklı isimlerle olsa dahi, benimsenen bir ilke olup, insanlığın ortak değerlerine dayandığından, teknik bir hukuk kuralı olmanın çok ötesindedir. Bu nedenle, öğretide öne sürülen çekinceler haklı olmakla beraber; çizilen tablo ve bu çekincelerin yansıtılan büyüklüğü yanlıştır.

Uluslararası tahkimlerde, kimi zaman UNIDROIT 1.7. madde esas alınarak, "hakkaniyetin genel ilkeleri" uyarınca karar verildiği dahi olmaktadır.[2554] Zira, maddenin fonksiyonlarından bir tanesi, hukuk kurallarının katılığını aşmaktır.[2555] 1.7 numaralı madde, bir başka UNIDROIT ilkesinin somut olay koşullarında uygulanmasının adilane olmayacağı hâllerde, o ilkenin uygulanmamasını da meşrulaştırabilmektedir.[2556] Bunun temeli olarak da *aequitas* gösterilmektedir.[2557]

Bona fides, pek çok hukuk düzeninde olduğu gibi, UNIDROIT ilkeleri bakımından

[2553]Örneğin, Alman hukukunda *bona fides*, gerek devlet kurumlarının; gerekse özel kişilerin uyması gereken genel bir ilkedir. Öte yandan, UNIDROIT 1.7. madde bakımından, bu kavramın aynen korunduğu söylenemeyecektir.
[2554]Bkz. ICC case no 9797 ASA Bull 3/2000, 514 .
[2555]**Vogenauer.** Unidroit. s. 179, **Hesselink.** Loc. Cit.
[2556]**Vogenauer.** Op. Cit. s. 180.
[2557]Aynı uygulamaya PECL kapsamında da rastlanılmakta olup, böylesi bir uygulama, CISG bakımından ise söz konusu değildir.

da bağlayıcıdır. Hatta, öğretide *bona fides*'in bağlayıcı karakterinin, hukukun genel ilkelerinden sayılması yönünde bir eğilim dahi mevcuttur.[2558]

UNIDROIT ilkelerince de, tıpkı CISG ya da PECL'de olduğu gibi, kullanılan *good faith* terimi, *mot á mot* çevirisinin ifade ettiği üzere iyiniyeti değil, dürüstlük kuralını; yani, objektif *bona fides*'i ifade etmektedir.[2559] Bununla beraber, unutulmamalıdır ki, *bona fides* ve dürüst iş yapma *(fair dealing)* kuralları, somut olay koşulları ışığında değerlendirilmeli ve yorumlanmalıdır. Keza, ticari teamüller ve uygulamalar, sektörden sektöre, hatta tarafların ticari hacmine göre değişebilmektedir.[2560] İlkeler kapsamında, *bona fides*'in maddi içeriğinin ne olacağı belirtilmemiş olup, hiçbir resmi belge buna ilişkin bilgi vermemektedir. Nitekim, *bona fides* kriteri evrensel olarak o kadar benimsenmiştir ki, bir tanıma ihtiyaç dahi duyulmamaktadır.[2561]

PECL ve DFCR'de de yer alan "dürüst iş yapma" kavramı esasında tartışmalıdır. Bu çerçevede, *bona fides*'in kişinin iç iradesine ilişkin daha sübjektif bir yapıda olduğu; "dürüst iş yapma" ilkesinin ise, objektif bir standartı ifade ettiği savunulmuştur.[2562] Bu nedenle, öğretide bir görüş, UNIDROIT ilkelerinin *bona fides* ve *fair dealing* yani "dürüstlük kuralı" ve "dürüst iş yapma" çifti bakımından tutarsız olduğunu savunmaktadır.[2563] Buna göre, dürüstlük kuralı, dürüstlük ve adilane düşünce ile davranışları yansıtmakta; "dürüst iş yapma" ise, olay bazındaki objektif adilane davranışlar olarak algılanmaktadır.[2564] Öte yandan, sözleşmesel *bona fides*, her ne kadar kaçınılmaz olarak içerisinde bir miktar sübjektivite barındırmakta ise de,

[2558]**Vogenauer.** Unidroit. s. 184.
[2559]**Ibid.,** s. 168.
[2560]**Bonell.** Op. Cit. s. 85.
[2561]**Vogenauer.** Op. Cit. s. 171.
[2562]**Hesselink.** Loc. Cit.
[2563]**Farnsworth.** Op. Cit. s. 70, **Vogenauer.** Op. Cit. s. 172.
[2564]**Flechtner.** Op. Cit. s. 302.

aslında objektif bir nitelik taşımaktadır. *Bona fides*, dürüstlük kuralı anlamında objektif bir standartı işaret ettiğinden, bu görüş çok isabetli bulunamamaktadır. Keza, genel olarak *"good faith and fair dealing"* (dürüstlük kuralı ve dürüst iş yapma) ilkesi, tarafların uluslararası ticarette uyması gereken objektif bir kuralı ifade etmekte olup, bu standartın ölçütleri ise, uluslararası ticari teamüle göre belirlenmelidir.[2565]

Bununla beraber, genel eğilim, sadece "dürüstlük kuralı" denildiğinde dahi, "dürüstlük kuralı ve dürüst iş yapma" çiftinin beraber anlaşılması gerektiği yönündedir.[2566] Bu terminoloji, Amerikan hukukunda yer alan UCC ile *Restatement of (2nd) Contracts* belgelerinden alınmıştır. Aslında Kıt'a Avrupası'nda da, çifte kavramları içeren genel ilkeler benimseme tandansı mevcut olup, Fransız ve Hollanda öğretisi buna örnek olarak gösterilmektedir.[2567] Buna karşılık, UNIDROIT ilkeleri madde 1.7'nin Fransızca ve İtalyanca versiyonları sadece "*bonne foi*" ve "*buona fede"* yani dürüstlük kuralından bahsetmekte; "dürüst iş yapma" kavramına yer vermemektedir.[2568] Zira, "dürüst" ya da "adil iş yapma" kavramı, Anglo-Amerikan hukukunda mevcut olup, özü itibariyle, *bona fides*'in içeriğine dâhildir. Bu nedenle, esasında Kıt'a Avrupası'nca benimsenen, Roma hukukuna dayanan *bona*

[2565]Bu açıdan, tarafların çalıştığı ticari sektör; içerisinde bulundukları sosyo-ekonomik yapı; işletmelerinin büyüklüğü ya da teknik becerileri de dikkate alınabilecektir.
[2566]**Bonell.** Practice. s. 85.
[2567]**Vogenauer.** Unidroit. s. 174.
[2568]Fransızca ve İtalyanca metinler aşağıdaki gibidir;
"(1) Les parties sont tenues de se conformer aux exigences de la bonne foi dans le commerce international"
"(1) Ciascuna parte deve agire in conformità alla buona fede nel commercio internazionale"
İtalyan hukukunda, dürüst iş yapma kavramı aslında doğruluk ve dürüstlüğü ifade eden *correttezza* olarak tercüme edilmekte; bu kavram ise, *bona fides*'in içeriğine dâhil olarak algılanmaktadır. Buna göre, *correttezza* kavramı sadece negatif bir yükümlülük yüklerken; *bona fide*s, hem negatif hem de pozitif bir yükümlülük yüklemekte, aynı zamanda karşı tarafın haklı menfaatlerini de dikkate almayı gerektirmektedir. **Gallo.** Op. Cit. s. 608 **Palazzo, A.:**Promesse *Gratuite E Affidamento,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 1-25, s. 10.

fides anlayışının *lex mercatoria* kapsamında *bona fides* ve "dürüst iş yapma" ilkelerini beraberce kapsadığı sonucuna varılabilecektir.

C. Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri (PECL)'nde *Bona Fides*

UNIDROIT ilkelerinin yayınlanmasından az bir süre sonra, özerk bir küresel ticaret hukuku için atılan adımlar ivme kazanmış ve aynı alanda Avrupa Sözleşme Hukuku Komisyonu tarafından Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri *(Principles of European Contract Law/PECL)*'nin ilk bölümü hazırlanmıştır.[2569] Bu ilkelere, *Ole Lando* ilkeleri adı da verilmekte olup, 2003 yılı itibariyle Lando komisyonu tarafından ilkelerin tüm bölümleri ve yorumları yayımlanmış bulunmaktadır.[2570]

UNIDROIT ilkelerine benzer bir biçimde yayınlanan PECL, adından da anlaşılabileceği gibi, esas itibariyle AB'ye üye ülkeler hedeflenerek oluşturulmuştur. Öte yandan, ilkeleri hazırlayan komisyon, Amerikan hukukunu, özellikle de UCC ve *Restatement (2nd) of Contracts* ve *Restitution* metinlerini dikkate almıştır.[2571] Bu ilkelerin, benzer bir biçimde CISG'nin kapsamında da yer aldığı görülmektedir.[2572] Görüldüğü üzere, PECL her ne kadar *prima facie* Kıt'a Avrupası odaklı bir hukuki metin olarak görülebilse de, özünde farklı hukuk sistemlerini bir araya getirme ve onlar arasındaki kesin çizgileri kaldırmaya yarayan bir amaçla geliştirilmiş bir araçtır.

[2569] **Oğuz**. Lex Mercatoria. s. 132.
[2570] **Oğuz.** Hukukun Birleştirilmesi. s. 34.
[2571] **Schwenzer, Hachem ve Kee.** Op. Cit. s. 45.
[2572] Lando ve Beale de, PECL'nin geliştirilmesinde CISG'nin önemli ölçüde verimli bir fikir kaynağı olarak görüldüğünü belirtmektedirler. **Lando.** Op. Cit. s. 368 vd.

İlkelerin kapsadığı alan, uluslararası ve ticari sözleşmeler ile sınırlı değildir; PECL, tümüyle ulusal unsurlar içeren sözleşmelere ya da tüketici sözleşmelerine de uygulanabilmektedir.[2573] Bu sebeple, aslında UNIDROIT ilkelerinden farklı olmakla beraber, içeriklerinin bu denli yakın oluşu şaşırtıcıdır. PECL, sözleşmeler hukukunun genel kısmını sistematize etmeyi amaçlamaktadır. Bununla beraber, UNIDROIT ilkeleri, daha ziyade uluslararası ticari sözleşmelerle ilgili pratikte çıkabilecek sorunlara çözüm getirmek üzerine yoğunlaşmaktadır.[2574] Öte yandan, bu kuralların birbirlerine bu denli yakın oluşu, aslında hukukun genel ilkelerini ve herkesçe benimsenerek içselleştirilmiş kuralları içermeleri sebebiyledir. *Bona fides* de bu kuralların başında gelmektedir.

PECL'in amacı da, UNIDROIT ilkeleri gibi, farklı ulusal hukuk düzenlerinde yer alan kuralları uyumlaştırarak sınır ötesi ticarette uyum ve verimliliği sağlamaktır.[2575] CISG'nin, PECL'in terminolojisi üzerinde büyük etkisi olmuştur. Buna ek olarak, bireysel bir hukuk sistemi PECL'in başlangıç noktası olarak seçilmemiş; bir ülkenin kurallarının dayatılması yerine, çeşitli ulusal hukukların ortak bir paydada buluşturulması amaçlanmıştır.[2576] Bu noktada ise, genel ilkelerden yararlanmak işleri büyük ölçüde kolaylaştırmaktadır.

UNIDROIT ilkeleri ya da Amerikan *Restatement*'lar gibi *soft law* araçları olan bu ilkeler, uluslararası ticari mahkemelerde sıklıkla uygulanmaktadırlar.[2577] Buna karşılık, söz konusu ilkeler, yol gösterici olmaktan öte, uluslararası unsurlu sözleşmeler bakımından uygulanacak hukuk olarak da belirlenebilecektir. Özellikle,

[2573] **Bonell.** Unidroit. s. 5.
[2574] **Ibid.,** s. 6.
[2575] **Schwenzer, Hachem ve Kee.** Op. Cit. s. 46.
[2576] **Lando.** Op. Cit. s. 382, **Oğuz.** Hukukun Birleştirilmesi. s. 53.
[2577] **Ibid.**

taraflar sözleşmeye uygulanacak hukuk seçimi konusunda muğlak bir ifade kullanmış ya da örneğin, sadece *"lex mercatoria"* olarak belirleme yapmışlarsa; yine, bu ilkeler sözleşmeye uygulanacak hukuk kuralları arasında yer alacaktır.[2578]

Avrupa sözleşme hukukunun ana damarı olarak kabul edilmekte olan PECL'in içeriğinde de genel bir *bona fides* hükmü mevcuttur.[2579] PECL'i yorumlayan hukukçulara göre, bu kavramın amacı, toplumsal nezaket, adalet ve makullük standartlarını ticari işlemler bakımından yakalayabilmektir.[2580] Daha ziyade, Anglo-Amerikan hukukunun bir getirisi olan makulluk olgusuna yapılan atıflar, esasında Kıt'a Avrupası hukuku ile *common law* kurallarını bağdaştırma eğilimine işaret etmektedir. Makullüğün nasıl anlaşılması gerektiği ise, 1.302 numaralı maddede belirtilmektedir. Buna göre, ilkeler ışığında makullük, bir kimsenin *bona fides*'e uygun davranıp davranmadığı araştırılarak tespit edilecektir. Elbette, sözleşmenin doğası ve amacı; olayın koşulları ve ticari teamüller de değerlendirilmede dikkate alınacaktır.[2581] Bir başka ifade ile, makullük her zaman dürüstlük kuralına uygunluğu ifade etmeyecektir. Nitekim, bir husus makul olmasına rağmen, dürüstlük kuralına aykırı olabileceği gibi; bunun aksi de mümkündür. Yine de, *bona fides*'in ölçütlerinden bir tanesi makullük olup bu ölçüt yalnızca fikir verici nitelikte olmalıdır.

Bona fides ile "dürüst iş yapma" ilkeleri, sadece PECL'in diğer ilkelerini yorumlamak için kullanılan bir vasıta değildir. Açık bir *bona fides* yükümlülüğü

[2578] **Schwenzer, Hachem ve Kee.** Loc. Cit.
[2579] **Whittaker ve Zimemrman.** Op. Cit. s. 7.
[2580] **Felemegas.** Op. Cit. s. 400.
[2581] **PECL eski 1.108, yeni 1.302**: *"Under these Principles reasonableness is to be judged by what persons acting in good faith and in the same situation as the parties would consider to be reasonable. In particular, in assessing what is reasonable the nature and purpose of the contract, the circumstances of the case, and the usages and practices of the trades or professions involved should be taken into account."*

öngörülüp öngörülmediği hakkında CISG bakımından yapılan tartışmalar, PECL açısından gereksiz kalmaktadır. PECL 1.201. madde uyarınca bağlayıcı olan bu ilke, CISG 7(1)'in aksine tarafların haklarını kullanırken ve borçlarını ifa ederken uymaları gereken pozitif bir dürüstlük kuralı olduğunun altını çizmektedir.[2582] Bu açıdan, bu madde uyarınca *bona fides*, yalnızca bu ilkelerin temelinde yatan bir ana prensip olmayıp; sözleşmenin kurulması, ifası ve ifa sonrasında tarafların hak ve yükümlülükleri belirlenirken uyulması gereken bir kuraldır.[2583] PECL 1.106'nın ilk fıkrasında da, bu ilkelerin amaca göre yorumlanması gerektiği ve özellikle de dürüstlük kuralına uygun ve adilane hareket etmenin amaçlandığı belirtilmektedir. Bu madde, *bona fides*'in, Avrupa sözleşme hukukunun özü olduğunun kanıtı olarak değerlendirilmektedir.[2584] Öte yandan, beraber değerlendirildiğinde, bu maddenin, CISG'nin 7. maddesi ile aynı fonksiyonu taşıdığı sonucuna varılabilecektir.[2585] PECL incelendiğinde, pek çok münferit maddede de *bona fides* kavramının açıkça düzenlendiği görülmektedir.[2586]

Dürüstlük kuralına ve "dürüst iş yapma" ilkesine uyma yükümlülüğü yükleyen PECL 1.201'in yorumlarında, *bona fides*'in, diğer ilkeler üzerinde bir üstünlüğü olduğu; örneğin, söz konusu ilkelerden birinin uygulanmasının hakkaniyete aykırı olacağı hâllerde, bu maddenin, o ilkenin uygulanmamasını sağlayacağı belirtilmektedir.[2587] Zira, sözleşmeler hukukunda hakkaniyetin sağlanılması, büyük ölçüde *bona fides* yükümlülüğünün kabulü ile mümkündür. Domat da, sözleşmelerin samimi ve sadık

[2582]**Felemegas.** Loc. Cit.
[2583]**Ibid.**
[2584]**Whittaker ve Zimmermann.**. Op. Cit. s. 14.
[2585]**Felemegas**. Op. Cit. s. 399.
[2586]3.201 numaralı ilkede temsil, 1.305 numaralı ilkede ise taraflara yüklenebilecek izafi kusurlar ve 11.308 de alacağın temliki bakımından *bona fides*'in önemine dikkat çekilmektedir.
[2587]**Vogenauer.** Unidroit. s. 180.

olmayı gerektirdiğinin altını çizmiştir.[2588] Ulusal hukuklarda, kanun hükümleri değişse ve çeşitlense dahi, *bona fides* özü itibariyle aynı kalmaktadır. Keza, CISG; UNIDROIT ilkeleri ya da PECL gibi *lex mercatoria* çalışmalarının içerikleri böylesine uyuştuğu ölçüde, dünyada tam olarak kabul görecek bir hukuk düzeni doğacağı düşünülmekte olup, bu hukuk düzeni açısından ise, *bona fides*'in büyük önem taşıdığı zamanla daha iyi anlaşılacaktır.[2589] Nitekim, *bona fides*, bu *lex mercatoria* kaynakları arasında yeknesaklığı sağlayacak bir genel hukuk ilkesidir. *Bona fides*'in bu özelliği, ilkenin Roma hukukunda doğuş biçimi ile *ius gentium*'un etkisi sayesinde kazanmış olduğu evrensel niteliğine bağlıdır.

[2588]**Rémy, J.:**Oevres Completes de Domat, Paris: Alex-Gobelet Libraire, 1835, s. 15.
[2589]**Oğuz**. Lex Mercatoria. s. 132.

SONUÇ

Roma hukukuna göre *fides*, kişinin kendi sözüne bağlı olması ya da kendini beyanı ile bağlı hissetmesi biçiminde tanımlanmıştır. Roma ve Yunan felsefesinde kökenini bulan *fides*, zamanla hukuk alanına sirayet etmiş; *bona fides* ilkesi, sosyal ilişkiler bakımından uygulanmaya başlanmıştır. Bu düşünce, Roma hukukunda *"fit quod dicitur"* yani "söylenen olmalıdır" şeklinde anlaşılmıştır. *Bona fides*, Roma hukukunda toplumsal hayatın var olabilmesi ve gerektiği gibi devam edebilmesi için, kişilerin uymasının zorunlu olduğu kuralları belirleyen yol gösterici bir ilke olarak kabul edilmiştir. Zira, zaman ve mekândan bağımsız olarak, toplumsal hayatın işleyişinde kişilerin birbirlerine güven duyması ve ilişkilerinde sadakat ile hareket etmeleri gerekmektedir.[2590]

Roma hukukunda, *bona fides* ilkesi, günümüz hukukunda iyiniyeti karşılayacak şekilde sübjektif anlamda kullanıldığı gibi; dürüstlük kuralını kapsayacak biçimde objektif anlamı ile de ele alınmıştır. Nitekim, çağımızda da gerek Kıt'a Avrupası; gerekse Anglo-Amerikan hukuku, Roma hukukundan gelen bu gelenekle, hem objektif, hem de sübjektif iyiniyet için aynı terminolojiyi kullanmaktadırlar. Roma hukukundan günümüze, *bona fides*'in objektif anlamda önem taşıdığı ana alan ise sözleşmeler hukukudur. Roma hukukunda *bona fides*'in gelişimi, Roma usul hukuku çerçevesinde benimsenen *formula* sisteminde, *iudicia bonae fidei* olarak adlandırılan belirli dava tipleri bakımından, dava *formula*'larına eklenen ve yargıca, tarafları,

[2590] **Akkanat.** Op. Cit. s. 23.

formula'nın öngördükleri ile sıkı sıkıya bağlı olmaksızın; hakkaniyetin ve dürüstlük kuralının gerektirdiklerine mahkum edebilmesine olanak veren kayıtlar sayesinde gerçekleşmiştir.

"Ex fide bona" kayıtları adı verilen bu kayıtlar, yargıçlara, taraflar arasındaki ilişkiyi dürüstlük kuralına göre serbestçe değerlendirme imkânı vermiş olduğundan; modern hukukta *bona fides* ilkesinin gelişimi bakımındna bir devrim niteliğindedir. Keza, Roma hukukunda, *bona fides*'in zıt anlamlısı olan *dolus* (hile/aldatma)'a karşı, *praetorlar* tarafından tanınan bir koruma vasıtasını ifade eden *exceptio doli* (aldatma def'i) de, *bona fides*'e aykırılık hâllerinde başvurulan temel yollardan olmuş; bu ise, çağımızda dürüstlük kuralının uygulama alanlarının başında gelen, hakkın kötüye kullanılması yasağının günümüzde olduğu gibi şekillenmesini sağlamıştır. D.50.17.90 uyarınca *Paulus*'a göre: *"In omnibus quidem, maxime tamen in iure aequitas spectanda est"* "Herşeyde, özellikle de hukukta hakkaniyet gözetilmelidir." Hakkaniyetin sağlanabilmesi ise, Roma hukukunda *ex fide bona* kaydını içeren *bonae fidei iudicia* ile *exceptio doli* sayesinde, katı ve şekilcilikten uzaklaşılarak; *bona fides'*in gözetilmesiyle söz konusu olabilmiştir.

Umur, sözleşmeler hukuku anlamında *bona fides*'i, verilmiş bir söz ya da üstlenilmiş bir yükümlülüğü *"namuslu bir insan gibi, dürüst bir şekilde yerine getirmek"* olarak tanımlamaktadır.[2591] *Bona fides*, hukukun içine nüfuz etmiş bir etik-ahlaki doğal hukuk ilkesi olarak görülebilir. İçerisinde çeşitli erdemleri barındıran bu ilkenin uygulamaları, Roma hukukunda *ius gentium*'un ve rızai sözleşmelerin etkisiyle yoğunlaşmıştır. Bu nedenle, esnek ve kapsayıcı bir yapıya sahip olan *bona fides*, farklı toplumlar ve farklı dönemleri birbirine bağlamaktadır. Zira, zaman ve çağın

[2591] **Umur.** Lügat. s. 29.

değişmesi ile bugün erdem sayılanların yarın sayılmayabileceği göz önünde tutulmalıdır.[2592]

Keller'e göre, toplumsal yaşamı düzenleyen temel normlar, öldürme; vücut ve ruhsal bütünlüğe zarar verme; mülkiyeti ve zilyetliği ihlal yasakları ile dürüstlük kuralıdır.[2593] *Bona fides* de, esasında tüm sözleşmesel ilişkilerin altında yatan bir genel norm olup, dürüstlük beklentisi ve güvene dayanmaktadır. Öte yandan, *bona fides* yerine dürüstlük kavramının kullanılıp kullanılmayacağı öğretide tartışılmaktadır.[2594] Kanımızca, *bona fides*'i salt dürüstlükle açıklamak yeterli olmayacaktır. Nitekim, *bona fides*, Roma hukukundaki uygulanış biçimi ile paralel olarak, günümüzde içerisinde dürüstlüğü de kapsayan, ancak özellikle sadakat kavramına dayanan davranışları gerektiren ve hakkaniyetin sağlanmasına hizmet eden bir genel kuraldır. Özellikle Kıt'a Avrupası hukukunda, dürüstlük kuralı, içeriği hâkim tarafından doldurulacak olan genel klozlar *(Generalklauseln)* biçiminde düzenlenmektedir. Bu ise, Roma hukukuna dayanan *bona fides*'in kapsayıcı geleneğine uygun bir biçimde, her türlü hukuki ilişkiye uygulanmasına fırsat vermektedir. Genel hüküm olarak düzenlenen dürüstlük kuralı, özünde ise doğal hukuka dayanan bir genel hukuk ilkesidir.

Dürüstlük kuralı çerçevesinde *bona fides*, sosyal ilişkiler neticesinde birbirleri ile temasa geçen kişilerin aralarındaki bilinçli ilişkiyi vurgulamaktadır. Kişilerin bu tür sosyal ilişkilerinde yer alması gereken bağlılığın ise, devlet tarafından korunuyor olması özel hukuk ilişkilerinin temeli olarak görülmektedir. *Bona fides*'in, hâkimlere çok büyük bir güç vermesinden ötürü eleştirilmesi normaldir. Keza, bu ilke,

[2592] **Akyol.** Op. Cit. s. 2.
[2593] **Keller, M ve Gabi, S.:** Haftpflichrecht, Basel: Helbig Lichtenhahn, 2012, s. 39.
[2594] **Zeller ve Andersen**. Op. Cit. s. 22.

tarafların sözleşme öncesi ilişkilerindeki davranışlarından, ifaya; hatta, sözleşme sona erdikten sonraki yükümlülüklerine dek uygulanmaktadır. Ayrıca, *bona fides*'in varlığı ya da yokluğunun kanıtlanması çok zordur.[2595] Yine, tarafların güveninin ne ölçüde korunacağı sorununun ve hangi hâllerde sözleşme ya da kanun hükmü yerine salt bir güven ilişkisinin, hukuki ilişkinin temelini teşkil edeceği hususunun, somut olay koşulları çerçevesinde tespit edilmesi gerekecektir.[2596]

Çözüm olarak, ya bu kavramı terk etmek ya da uygulanmasını düzenlemek gereklidir. *Bona fides*, hukuki ilişkilerde stabilite ve dinamizm arası dengeyi sağlar.[2597] Özellikle, çağımızda hızla değişen sosyo-teknolojik paradigma, hukuk kurallarının somut olaylara uygulanmasında yetersiz kalması sonucunu doğurmakta; bu nedenle, hukukun genel evrensel ilkelerine olan ihtiyaç hızla artmaktadır. Bu doğrultuda, *bona fides*'in faydalarının, onun muğlaklığı veya hâkime geniş yetki verme dezavantajlarına oranla daha fazla olduğu ileri sürülebilecektir. Nitekim, bir sözleşme ilişkisinde tarafların hem öngörüsü, hem de zamanı sınırlıdır.[2598] Taraflar, her türlü yükümlülüğü açıklığa kavuşturamamış ya da muhtemel her olay için düzenleme yapamamış olabilirler. Böylesi bir durumda, *bona fides*, ortadaki düğümü çözecek yegâne pragmatik araç olup, bu özelliklerinin altında ise, Roma hukukundaki tarihsel gelişimi yatmaktadır.

Bu çerçevede değinilmesi gereken bir husus da, *bona fides*'in bir tanımının yapılması gerekip gerekmediğidir.[2599] Esasında *bona fides*'in tanımı, ilke, sözleşme

[2595]**MacMahon.** Op. Cit. s. 2053.
[2596]**Akkanat.** Op. Cit.s. 24.
[2597]**Roth.** Op. Cit. § 242, No: 37.
[2598]**Macmahon.** Op. Cit. s. 2054.
[2599]**Peden, E.:***The Mistake of Looking for Legislative Influence in Contractual Good Faith,* Commercial Law Quarterly, C. 16, S. 4, Yıl: 2002, s. 20-30, s. 20.

hükümlerine uygulandıkça, her bir somut olay açısından farklı şekilde yapılmaktadır. Bu nedenle, sözleşmesel dürüstlük kuralı açısından genel bir *bona fides* tanımı yapmak mümkün değildir. *Bona fides*, içerisinde kullanıldığı bağlama göre anlam verilmesi gereken bir kavramdır.[2600] Tanımını, somut olaya göre almakta olan *bona fides* ilkesi, sıvı bir maddeye benzetilmektedir.[2601] *Bona fides*'in atomları arası uzaklık fazladır. Bu nedenle, bulunduğu kabın şeklini almakta ve pratik açıdan fayda göstermektedir.

Bona fides'in, özellikle hukukun yeknesaklaştırılması ve uyumlaştırılması kapsamında kullanılması hâlinde, kavramın tanımının esnek bir biçimde yapılması; şartlara göre değişen, amorf bir yapıda olmasının sağlanması gereklidir. Nitekim, Anglo-Amerikan hukuku bunu başarabilmiştir.[2602] Kabul edilmelidir ki, katı bir dürüstlük kuralı tanımını yapmak, hem daha kolay; hem de kavram içtihatçılığına daha uygundur. Öte yandan, pek çok farklı hukuk kültürünü bir araya getirebilecek yegâne etik duygulardan birisi olan sadakat, *bona fides* ilkesinde vücut bulmaktadır. Bu nedenle, kolaylıktan feragat edilmesi ve farklı hukuk sistemlerini birbirine bağlayabilecek bu kavramdan yararlanılması, hukukun uyumlaştırılması açısından fayda maksimizasyonu sağlayacaktır.

Bununla beraber, *bona fides* kavramının bir takım ölçütlerinin belirlenmesi ise, mümkündür. Roma hukukundan bu yana, dürüstlük kuralının temel ölçütleri: Sadakat, dürüstlük ve makul davranma olmuştur. Makul davranma ölçütü ise, bünyesinde davranışın amaçtan sapmaması, çelişkili davranışlardan kaçınılması ve

[2600]**Alpa, G.:***Italy*, (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 175-190, s.184.
[2601]**Zeller ve Andersen**. Op. Cit. s. 3.
[2602]**Summers.** America. s. 131.

taraf menfaatleri arasında amaca aykırı ve aşırı bir dengesizlik yaratılmaması alt ölçütlerini barındırmaktadır. Dürüstlük ölçütü, taraflara sadece negatif bir yükümlülük yüklerken; sadakat ve makul davranma ölçütleri pozitif yükümlülükler yüklemekte; bu nedenle, kavramın bir bütün olarak etki alanını genişletmektedir. Keza, Anglo-Amerikan hukukunda da, dürüstlük kuralının ölçütlerinin sadakat ve karşı tarafın makul beklentilerine uygunluk olduğunun altı çizilmektedir.[2603]

Öte yandan, bir görüşe göre, *bona fides*, bölgeler arasında o kadar farklı biçimde uygulanmaktadır ki, küresel anlamda yapıcı bir yeri olması çok zor gözükmektedir.[2604] Ancak, *bona fides*'in esnekliği, aslında bir zayıflık değil, aksine bu kavramın güçlü tarafıdır. Bu nedenle, *bona fides*, içi zamana ve uygulamaya göre doldurulabilecek bir davranış modeli ortaya koymaktadır. Özellikle, uluslarötesi metinler ve *lex mercatoria* bakımından *bona fides*'in düzenlenmesi, hukuk kurallarının çağa ayak uydurmasını sağlayacaktır. Keza, *bona fides*'in bir Avrupa özel hukuku ilkesi olduğu fikri de kabul görmektedir.[2605] Öğretide, *bona fides*'e uygun davranma yükümlülüğünün tarafların anlaşmasının önüne geçmeyeceği; öte yandan, tarafların niyetlerini anlamada ya da makul beklentilerini tespitte kavramın önem kazandığı ileri sürülmektedir.[2606] Buna karşılık, bir başka düşünceye göre ise, *bona fides*, aslında taraflara ahlaki bir davranış standartı yüklemekte; bunlar ise, sözleşmenin açık hükümlerinin dahi önüne geçebilmektedir.[2607] Bunun sebebi, *bona fides*'in evrensel yapısının kamu düzenine ve ahlaka ilişkin görülmesinin, sözleşmeler hukukunun etkinliği bağlamında fayda sağlayacağı inancıdır.

[2603]**Burton.** Op. Cit. s. 373.
[2604]**Andersen, C.B.:***Good Faith? Good Grief?* Festschrift for Bruno Zeller, International Trade and Business Law Review, C. 17, Yıl: 2014, s. 310-321, (Good Faith), s. 310.
[2605]**Roth.** Op. Cit. § 242, No: 140.
[2606]**Burton.** Loc. Cit.
[2607]**Zeller ve Andersen.** Op. Cit. s. 7.

Bu düşünce doğrultusunda, Kıt'a Avrupası hukuku, *bona fides*'i adeta bir perde gibi kullanmakta; bu kavram, pek çok ilkeyi kucaklamaktadır.[2608] Keza, dürüstlük kuralının *Fallgruppen* biçiminde sistematize edildiği ve bu kavramdan doğan pek çok yavru ilkenin ayrıca ele alındığı Alman hukukunda dahi, bizatihi *bona fides*, modern sözleşme hukukunun hayati öneme sahip bir parçası olarak görülmektedir.[2609] *Fallgruppen*, aslında açık ve kesin olmayan bir şekilde *de facto* durumlar belirlenerek yaratılmış olduğundan, *bona fides*'in ne denli doğurgan bir kavram olduğunu göstermektedir.[2610] Öte yandan, sözleşme hukukuna ilişkin pek çok kuram, *bona fides* ile ilişkilendirilebilmektedir. Bu ise, hukuki düzenlemelerin teknik anlamda çeşitlilik gösterdiği farklı hukuk sistemlerinin birbirine yaklaştırılmasına imkân vermektedir. Nitekim, *bona fides*, evrensel olarak kabul gördüğünden, Kıt'a Avrupası hukuku ile Anglo-Amerikan hukukunu birbirine bağlar niteliktedir. Bir başka deyişle, başta *bona fides* olmak üzere, genel kabul görmüş; özünde etik olmakla beraber, zamanla hukuki nitelik kazanmış genel ilkelerin, hukuk kurallarının küresel bir boyut kazanması bakımından önemi büyüktür.[2611] Esasında, yalnızca böylesi genel ilkeler bu hedefin gerçekleştirilmesini ve hukuk kurallarının uyumlaştırılmasını ve yeknesaklaştırılmasını sağlayabilecektir.

Bona fides'e uyma yükümlülüğü, sözleşmelerin kurulması; ifası ve ifa sonrası aşamalarında karşımıza çıkmakta ve bu sayede, sözleşmelerin yorumlanması; tamamlanması ve düzeltilmesi işlevleri gerçekleştirilmektedir. Öte yandan, küresel boyuttaki sözleşmelerin yorumu bakımından da, *bona fides*'in önemi azımsanamayacak ölçüde büyüktür. Özellikle uzun dönemli ticari sözleşmelerde,

[2608]**Farnsworth.** Op. Cit. s. 70.
[2609]**Lando.** Op. Cit. s. 391.
[2610]**Favale.** Op. Cit. s. 17.
[2611]**Alessi, R.:***Luci ed Ombre del Nascente Diritto Europeo dei Contratti,* (ed. Alessi, R.) "Diritto Europeo e Autonomia Contrattuale", Palermo: Flaccovio, 1999, s. 7-46, s. 38.

tarafların ilişkisi dinamik ve kompakt olmaktadır. Bu nedenle, uluslarötesi bir sözleşmeler hukukunun farklı olasılıklara açık olması gereklidir.[2612] Şekilci, katı ve lafzi yoruma açık bir sözleşmeler hukuku, küresel ekonomi açısından fayda getirmeyecektir.

Ole Lando, küresel bir Uluslararası Ticari Sözleşmeler Kanunu oluşturmayı teklif etmiştir. Bu çerçevede, sözleşme hukukunun *bona fides* gibi temel ilkelerinin, her ne kadar, soyut olarak önem taşısalar da, *"black letter law"* hâline gelmeleri gerektiği; bunun da ancak, küresel bir yasa yapılarak mümkün olacağı ve böylelikle, hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik sağlanacağı savunulmaktadır.[2613] Bu girişim, çok hayalperest olmakla beraber, *lex mercatoria*'ya dâhil olan *soft law* araçları, bu girişimle amaçlanan sonucu kısmen elde etmeye yarayacaktır.[2614] Keza, böylesi bir kanun girişimine karşı çıkan yazarlar, hukukun genel ilkelerini *soft law* araçlarında kullanmanın amacının, açık ve esnek kurallar elde etmek olduğunu; bunların formüle edilmesi hâlinde ise, esnekliğin yok olacağını ileri sürmektedirler.[2615]

Hâli hazırda pek çok ülkede, kağıt üzerinde mevcut olan yasaların uygulanmasında güçlüklerle karşılaşılmakta iken; pek çok farklı ülkenin, aynı yasayı yeknesak olarak uygulaması çok gerçekçi bulunamamaktadır.[2616] Farklı ülke mahkemeleri de, bu normları kendi hukuk geleneklerine ve usul hukuku kurallarına göre uygulayacaklardır. Buna mukabil, mevcut raporlar incelendiğinde, CISG'nin uygulanmasında, farklı ülke mahkemelerinin kararlarının beklenenden az ölçüde

[2612]**Paterson, J.M.:***The Standard of Good Faith Performance: Reasonable Expectations or Community Standards*, (ed. Bryan, M), "Private Law in Theory and Practice", London: Routledge, 2007, s. 153-166, s. 165
[2613]**Lando**. Op. Cit. s. 384.
[2614]**Felemegas.** Op. Cit. s. 405.
[2615]**Berger, K.P.:**The Creeping Codification of Lex Mercatoria, Kluwer Law International, Boston: 1999, s. 231 vd.
[2616]**Lando.** Op. Cit. s. 386.

değişiklik gösterdiği gözlemlenmiştir.[2617] Buna göre, evrensel olarak kabul edilmiş hukuk ilkeleri, uluslararası sözleşmelerin yapılışını ve dünya ticaretinin işleyişini kolaylaştıracaktır. Zira, oluşacak bir genel konsensus, hem ulusal; hem uluslararası kanun koyucuları etkileyecek ve daha uyumlu kurallar benimsenmesini sağlayacaktır. Bu sebeple, küresel bir yasa yapmak yerine, *lex mercatoria* kaynakları ve diğer uluslarötesi araçlarda *bona fides* gibi evrensel hukuk ilkelerine yer vermek, fayda-maliyet analizi sonucunda daha etkin bulunmaktadır.

D.1.1.10.pr. uyarınca, *Ulpianus*: *"Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere."* "Adalet herkese hakkettiğini verme yönündeki devamlı ve sonsuz bir iradedir. Hukukun amacı ise dürüstçe yaşamak, başkalarına zarar vermemek ve herkese hakkettiğini vermektir." sözleriyle, hukukun amaçlarından birinin dürüstçe yaşamak olduğunu vurgulamıştır. Esasında *Ulpianus*'un bu vecizesi, dürüstlük kuralı ile hakkaniyet çerçevesinde, *fides* kavramının içeriğini açıklamaktadır.[2618] Dürüstçe yaşamaktan kasıt, Anglo-Amerikan hukuku kökenli olup, *lex mercatoria* araçlarında yerini almış olan "dürüst iş yapma" *(fair dealing)* kavramından başka bir şey değildir. Öte yandan, başkalarına zarar vermemek ise, karşı tarafın meşru menfaatlerini göz önünde tutmayı ifade etmektedir.[2619] Görüldüğü üzere, bu iki unsur beraberce Kıt'a Avrupası anlamında *bona fides*'i meydana getirmektedir. Herkese hak ettiğini vermek ise, dürüstlük kuralı ile birbirini besler nitelikteki hakkaniyetli davranma zorunluluğuna işaret etmektedir. Roma hukukundan bu yana, dürüstlük kuralı, "dürüst iş yapma" ilkesini de bünyesi içerisinde barındırmakta; bu açıdan, Romanist anlamda *bona fides* ile Anglo-

[2617] **Ibid.**
[2618] **von Lübtow.** Op. Cit. s. 514, **Waldstein.** Op. Cit. s. 77.
[2619] **Dajzcak**. Op. Cit. s 423.

Amerikan hukuku anlamında dürüstlük kuralı ve "dürüst iş yapma" kavram çifti farklılık göstermemektedir. Bu sebeple, *bona fides*'in ulusal ve uluslararası metinlerde genel ilke olarak kabulü, hukukun uyumlaştırılması için başvurulabilecek en verimli güzergâhtır.

Bona fides'in öneminin, ileride sadece uluslararası bakımdan artacağını söylemek de yeterli olmayacaktır. *Lex mercatoria* kapsamında yer alan hukuk kuralları ya da hukukun yeknesaklaştırılması ve uyumlaştırılması amacını taşıyan kurallar bütünleri, aynı zamanda ulusal hukukları da beslemektedir. Keza, bu tür uluslarötesi kurallar, ulusal hukukların, özellikle sözleşme hukuklarının gelişmesini sağlayacak bir impetus yaratacaktır.[2620] Bu nedenle, Roma hukukundan günümüze gelen *bona fides* kavramına, ileride hazırlanacak küresel olma hedefli hukuki metinlerde önemle yer verilmesi, hem hukuk kurallarının ulusal sınırları aşması; hem de, ulusal hukuk kurallarının gelişmesi ve çağa ayak uydurması bakımından önerilmektedir. Zira, *bona fides* hukukta gerekli esnekliği sağlamakta ve katı hukuk kurallarının adaletsizliğini gidermekte; bu işlevini ise, Roma hukukundan günümüze artırarak sürdürmektedir. Romanist *bona fides*'in, ülke hukuklarınca ve uluslararası metinlerde genel ilke olarak kabul edilmesi hâlinde, gelecekte ideal bir yapıya yaklaşan nitelikte ortak bir sözleşmeler hukuku yaratılması fikri gerçek olacaktır. Zira, doğal hukuka dayanan *bona fides*, küresel sözleşme hukukunun en önemli ve etkili genel ilkesidir.

[2620] **Bonell.** Unidroit. s. 12.

KAYNAKÇA

Abdy, J.T. ve Walker, B.: The Commentaries of *Gaius* and Rules of Ulpian, New Jersey: Clark, 2005.

Akın, M.Y. (ed. Karahan, S.):Şirketler Hukuku, Konya: Mimoza Yayınevi, Güncellenmiş 2. Baskı, 2013, s. 30-109.

Akıncı, Ş.: Roma Borçlar Hukuku, Konya: Sayram Yayınevi, 7. Baskı, 2017, (Borçlar Hukuku).

Akıncı, Ş.: Vekâlet Sözleşmesinin Sona Ermesi, Sayram Yayınevi, Konya: 2004, (Vekâlet).

Akipek, J ve Akıntürk, T.:Türk Medenî Hukuku I, Başlangıç Hükümleri, İstanbul: Beta Yayınevi, 6. Baskı, 2007.

Akkanat, H.:Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2010.

Akünal, T.:*Sorumluluk Hukukunda Sözleşmenin Nisbiliğinin Aşılması*, Yargıtay Dergisi, C. 14, S. 3, Yıl: 1988, s. 223-237.

Akyol, Ş.:Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2006.

Alessi, R.:*Luci ed Ombre del Nascente Diritto Europeo dei Contratti,* (ed. Alessi, R.) "Diritto Europeo e Autonomia Contrattuale", Palermo: Flaccovio, 1999, s. 7-46.

Alpa, G.:*Italy,* (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 175-190.

Altaş, H.: Medeni Hukuk Başlanguç Hükümleri, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2015.

Ambrosio, M.:*Good Faith in Contract Law: The Problem of Profit Maximization: A Reply to Professor James Gordley*, Proceedings of the Second Annual International Symposium on Catholic Social Thought and Management Education, Brussels, Belgium: 1997.

Andersen, C.B.:*Good Faith? Good Grief?* Festschrift for Bruno Zeller, International Trade and Business Law Review, C. 17, Yıl: 2014, s. 310-321, (Good Faith).

Andersen, E.G.:*Good Faith Enforcement of Contracts,* Iowa Law Review, C.. 70, Yıl: 1988, s. 299-350, (Enforcement).

Anenson, T, L.:*The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation,* The Review of Litigation, C. 27, S. 3, Yıl: 2008, s. 377-440.

Ankum, H.:*Il Beneficium Cedendarum Actionum del Mandante di Credito Un Beneficio Basato sulla Buona Fede nel Diritto Romano Classico,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 173-189.

Anson, W.R.I.: Principles of the English Law of Contract, Chicago: Callaghan and Company, 1887.

Apathy, P.:*Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht,* ZSS, Romantische Abteilung, S. 60, Yıl: 1994, s. 95-154.

Aral, V.: Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları,İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Aral, İ. (ed. Karahan, S.):Şirketler Hukuku, Konya: Mimoza Yayınevi, Güncellenmiş 2. Baskı, 2013, s. 1-30.

Arangio-Ruiz, V.: Istiuzioni Dei Diritto Romano, Napoli: Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 40. Edizione, 2012.

Arıkan, M.:*Türk Özel Hukukunda Alacağın Temliki*, SÜHFD, C. 13, S. 1, Yıl: 2005, s. 129-155.

Aslan, Y.İ.: Bankacılar için Tüketici Hukuku, İstanbul: Aryan, 2016.

Aslan, Ç.M.:Aşırı yararlanmanın Unsurları ve Hukukî Sonuçları, Ankara: Yetkin Yayınları, 2006.

Ataay, A.: Medeni Hukukun Genel Teorisi: Temel Bilgiler ve Kavramlar. İstanbul: Der Yayınları, 4. Basım, 1995.

Atamer, Y. M.:*Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi, TKHK m.6 ve TTK m.55, f.1 (f) İle Karşılaştırmalı Olarak*, "Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Bildiriler Tartışmalar", 8 Nisan 2012, Ankara: BATİDER, 2012, (Genel İşlem Koşulları), s. 9-73.

Atamer, Y.M.:Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul: Beta Yayınevi, 2001, (Sözleşme Özgürlüğü).

Ateş, D.:*Sözleşmelerde Dürüstlük Kuralı,* TBB Dergisi, S. 72, Yıl: 2007, s. 75-93.

Atiyah, P.S.: The Rise and Fall of Freedom of Contract, Oxford: Clarendon Press, 2003.

Auer, M.:*Good Faith: A Semiotic Approach*, European Review of Private Law, C. 10, S.2, Yıl: 2002, s. 269-301.

Auloy, J. C.:*Le Devoir de se Comporter de Bonne Foi Dans Les Contrats de Cosommation,* (ed. Grundmann, S., Mazeaud, D.) "General Clauses and Standarts in European Contract Law", The Hague: Kluwer International, 2006, s. 189-196.

Austen-Baker, R.: Implied Terms in English Contract Law, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2. Edition, 2017.

Austin, J.:Lectures on Jurisprudence, Or, The Philosophy of Positive Law, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2005.

Axer, J.:*Selected Notes on Cicero's "Pro Q. Roscio Comodeo"*, Philogus, S. 121, Yıl: 1977, s. 226-240.

Babusiaux, U.: Id Quod Actum Est: Zur Ermittlung des Parteiwillens im Klassichen Römischen Zivilprozess. München: C.H. Beck, 2006.

Baker, J.H.: An Introduction to English Legal History, Oxford: Oxford University Press, 2005.

Barlas, N.:*Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 55, S. 3, Yıl: 1997, s. 191-208.

Basedow, J. (ed.): German National Reports to the 18th Congress of Comparative Law, Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

Bauman, R. A.: Lawyers in Roman Transitional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic and Triumvirate, München: C.H. Beck, 1985.

Beck, A.:*Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht,* Aequitas und Bona Fides: Festgabe für 70.Geburtstag von August Simonius, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955.

Bederman, D. J.: International Law in Antiquity, Cambridge: Cambridge University Press, 2001.

Behrends, O. (Her. Avenarius, M., Meyer-Pritzl, R. und Möller, C.): Institut und Prinzip, Band I, Göttingen: Walstein, 2004.

Benacchio, G.A.:*La Buona Fede Nel Diritto Comunitario*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 189-200.

Benson, P.:*Contracts*, (ed. Patterson, D.) "A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory", Singapore: Wiley & Blackwell, 2010, s. 29-63.

Bentham, J.:A Fragment of the Government, Oxford: Clarendon Press, 1891.

Bentham, J. (ed. Bowring, J.):*Anarchial Fallacies*, "The Works of Jeremy Bentham", Simpkin, Edinburgh: Marshall and Co., 1843.

Berger, A.: Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philedelphia: American Philosophical Society, 1953.

Berger, K.P.: The Creeping Codification of Lex Mercatoria, Kluwer Law International, Boston: 1999.

Beudant, C.: Cours de Droit Civil Françaşis, Lerebours-Pigeonniere, Paris: Tome VIII, 1936.

Bénabent, A.: Droit Civil: Les Obligations, Paris: Montchrestier, 2005.

Bianca, C.M.:*Buona Fede e Diritto Privato Europeo*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 201-205.

Bignardi, A.:*Brevi Considerazioni Sulla Funzione della Buona Fede nell'Usucapio, in Particolare Nel Pensiero di Paolo*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del

Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 207-224.

Bischoff, J.: Vertragrisiko nd Clausula Rebus Sic Stantibus Risikozuordnung in Verträgen bei Veränderten Verhältnissen, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich: 1983.

Bix, B.:*Natural Law Theory: The Modern Tradition*, (ed. Coleman, J. L. ve Shapiro,S.) "The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy", Oxford: Oxford University Press, 2002, s. 62-103.

Blum, B. A.: Contracts : Examples & Explanations, Austin: Wolters Kluwer Law & Business, 4. Edition, 2007.

Bolgar, V.:*Abuse of Rights in France, Germany and Switzerland: A Survey of a Recent Chapter in Legal Doctrine,* Louisiana Law Review, C. 35, Yıl: 1975, s. 1015-1057.

Bonell, M.J.(ed. A. Giuffrè): Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Milan: Giuffrè, 1987, s. 65-94, (Commentary).

Bonell, M.J.: The Unidroit Principles in Practice, New York: Transnational Publishers, 2. Edition, 2002, (Practice).

Bonell, M.J:A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, London: Kluwer Law International, 1999, (Unidroit).

Bonfante, P.: Essenza della Buona Fede in Scritti Giuridici Vari, III, Obligazioni, Communione e Possesso, Torino: 1926.

Borkowski, A.: Roman Law, London: Blackstone Press Limited, 2001.

Boyancé, P.:*Les Romains, Peuple de la Fides*, Bulletin de l'Associatıın Guillaume Budé, Lettres d'Humanité, S. 23, Yıl: 1964, s. 419-435.

Bradford, A.S.: War: Antiquity and Its Legacy, New York: I.B. Tauris, 2014.

Brams, S.J. ve Taylor A.D.: Fair Division: From Cake Cutting to Dispute Resolution, Cambridge University Press, Cambridge: 1999.

Brändli, S.:*Die Flexibilität urheberrechtlicher Schrankensysteme Eine rechtvergleichende Untersuchung am Beispiel digitaler Herausforderungen*, Schriften zum Medien und Immaterialgüterrecht, S. 105, Yıl: 2017, s. 39-60.

Breccia, U.:*L'abuso del Diritto*, "Dritto Privato III", Padova: 1997.

Brégi, J.F.: Droit Romain : Les Obligations, Paris: Ellipses, 2006.

Breton, A.:*Les Effets Civil de la Bonna Foi*, Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, C. 46, Yıl: 1926. s. 87-112.

Bridge, M.G.: The Sale of Goods, Oxford: Oxford University Press, 2014.

British Institute of International and Comparative Law:*Nudum Pactum in Roman-Dutch Law*, Journal of the Society of Comparative Legislation, C. 9, S. 1, Yıl: 1908, s. 84–89.

Brunner, A.:*Allgemeine Geschäftsbedingungen*, (Her. Kramer, E.) "Schweizerisches Privatrecht", Band 10, Basel: Konsumentenschutz im Privatrecht, 2008.

Buckland, W. W.:A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinans,Cambridge: Cambridge University Press, 1950, (Roman Law).

Buckland, W.W.: Equity in Roman Law: Lectures Delivered in the University of London, at the Request of the Faculty of Laws, London: University of London Press, 1911, (Equity).

Buckland, W.W.: The Roman Law of Slavery, New York: Cambridge University Press, 2010, (Slavery).

Buckland, W.W.: Culpa and Bona Fides in the Actio Ex Empto, Law Quarterly Review, C. 48, S. 190, Yıl: 1932, s. 217-229, (Actio Ex Empto).

Burdese, A.: Manuale di Diritto Privato Romano, Torino: UTET, 1969.

Burdick, W.L.: The Principles of Roman Law and Their Relation to Modern Law, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2004.

Burrows, A.: English Private Law, Oxford: Oxford University Press, 2013.

Burton, S.:*Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith,* Harvard Law Review, 1980, C. 94, S. 2, Yıl: 1980, s. 369-404.

Busnelli, F.D.:*Note in Tema Di Buona Fede ed Equità,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 225-257.

Buz, V.:*Aşırı yararlanma Hâlinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek SözleşmeninAyakta Tutulması*, BATİDER C.19, S.4, Yıl: 1998, s. 53-82.

Bürgi, W.:Ürsprung unde Bedeutung der Begriffe Treu und Galuben und Billigkeit, Bern: Stämpfli, 1939.

Büyükay, Y.:*Roma Hukukunda Error in Substantia ve Error in Materia,* AÜHFD, C. 5, S. 1-4, Yıl: 2001, s. 349-360.

Byers, M.:*Abuse of Rights: An Old Principle, A New Age,* McGill Law Journal, C. 47, Yıl: 2002, s. 390-431.

Cairns, J. W. ve Plessis, J.: The Creation of Ius Commune: From Casus to Regula, Edinburgh: Edinburg University Press, 2010.

Campbell, C. P.:*The Doctrine of Waiver*, Michigan Law Review, C.3, S.1, Yıl: 1904, s. 9-17

Canaris, C. W.: Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht, München: C. H. Beck, 1971, (Die Vertrauenshaftung).

Canaris, C.W.: Gesammelte Schriften, Berlin: Gruyer, 2012, (Gesammelte Schriften).

Cannata, C.A.:*Bona fides e Strutture Processuali,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 257-273.

Cardilli, R.:*La Buona Fede Come Principio di Diritto dei Contratti Diritto Romano E America Latina,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 283-367, (Buona Fede).

Cardilli, R.: Bona Fides Tra Storia E Sistema, Torino: Giappichelli, 3. Edizione, 2014, (Bona Fides).

Carr, D.:*The Human and Educational Significance of Honesty as an Epistemic and Moral Virtue,* Educational Theory, C. 54, S. 1, 2014, s. 1-15.

Cartwright, J.:*The Rise and Fall of English Contract Law,* (ed. Ruth Sefton-Green) "Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law", Cambridge University Press, Cambridge: 2009, s. 65-87.

Cartwrigt, J.:*Protecting Legitimate Expectations and Estoppel in English Law*, Electronic Journal of Comparative Law, C. 10, S. 3, Yıl: 2006, s. 1-22, s. 6.

Castellani, L.:*Türkiye'nin CISG'a Taraf Olmasına İlişkin Çerçeve,* (ed. Atamer, Y.M..) "Milletlerarası Satım Hukuku", İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, 2. Tıpkı Bası, s. 1-5.

Ceylan, S.G.:*Roma Hukukunda Contractus Pactum İlişkisi*, GÜHFD, C. 9, S. 1,2, Yıl: 2005, s. 171-180.

Chan, W.: Sources of Chinese Tradition, Vol: I, New York: Columbia University Press, 1960.

Chappuis, C. (ed. Pichonnaz, P. ve Foëx, B.): Commentaire Romand, Code Civil I, Art. 1-359 CC, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2. Édition, 2011, Art. 2, No: 1.

Charpentier, É.: Paradoxe *de la Theorie du Contrat: L'opposition Formalisme/Consensualisme,* Les Cahiers de Droit, C. 43, S. 2, Yıl: 2002, s. 275-296.

Chen-Wishart, M.: Contract Law, Oxford: Oxford University Press, 4. Edition, 2012.

Chevreau, E, Mausen Y, Bouglé, C: Introduction Historique Aux Droits Des Obligations, Litec, Paris: 2007.

Coase, R.H..:*The Coase Theorem and the Empty Core A Comment,* The Journal of Law and Economics, Vol. 24, S. 1, Yıl: 1981, s. 183-187,(Coase Theorem).

Coase, R.H..:*The Nature of the Firm,* Economica, C. 4, Yıl: 1937, s. 386-405, (Firm).

Coing, H.:*Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des Römischen Rechts*, ZSS, Romantische Abteilung, S. 36, Yıl: 1952, s. 24-58.

Coleman, J. ve Murphy, J.: Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence,Colorado: Westview Press, 1989.

Collins, H.: Regulating Contracts, New York: Oxford University Press, 1999.

Conway, P. ve Gawronski, B.:*Deontological and Utilitarian Inclinations in Moral Decision Making: A Process Dissociation Approach,* Journal of Personality and Social Psychology, C. 104, S. 2, Yıl: 2013, s. 216-235.

Cosmovici, P.M. ve Munteanu, R.:*Romania*, (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 281-300.

Cuq, E.: Les Institutions Juridiques des Romains Envisagées dans leurs Rapports avec L'état Social et Avec Le Progrès de la Jurisprudence. Paris: L'ancien Droit: 1891.

Çağlayan Aksoy, P.: Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, İstanbul: XII Levha Kitabevi, 2016.

Çelebican Karadeniz, Ö.: Iustinianus Zamanına Kadar Roma'da İş İlişkileri, Ankara: Sevinç Matbaası, Ankara: 1976, (İş İlişkileri).

Çelebican, Karadeniz, Ö.: Roma Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 17. Baskı, 2014, (Roma Hukuku).

Dajczak, W.:*La Liberta di Applicazione della Clausola Generale della Buona Fede: Osservazioni Sulla Prospettiva Del Diritto Romano*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 409-429, (Buona Fede).

Dajczak, W.:*L'uso Della Locuzione "bona fides" nei Giuristi Romani Classici per la Valutazione del Valore Vincolante Degli Accordi Contrattuali*, Revue Internationale des Droits Antiqué, S. 44, Yıl: 1997, s. 71-84, (Bona Fides).

Dannemann, G.: An Introduction to German Civil and Commercial Law, London: The British Institute of International and Commercial Law, 1993.

Dayınlarlı, K.: Milletlerarası Ticari Sözleşmelere İlişkin İlkeler UNIDROIT (Roma 1994), Ankara: Dayınlarlı Yayıncılık, 2003.

De Buján, F.:*De Los Arbitria Bonae Fidei Pretorios A Los Iudicia Bonae Fidei Civiles,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 31-59.

De Nova, R.: Historical and Comparative Introduction to Conflict of Laws, Receuil des Cours, Leiden: Martinus Nijhof, 1966.

De Vita, A.:*Buona Fede E Common Law: Attrazione Non Fatale Nella Storia del Contratto,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 459-488.

Dekkers, R.: La Lésion Énorme, Paris: Sirey, 1937.

Del Granado, J.:*The Genius of Roman Law From a Law and Economics Perspective,* San Diego International Law Journal, C. 13,Yıl: 2011, s. 301-329.

Del Mar, M.: Legal Theory and the Legal Academy, Vol. 3., London: Routledge, 2017.

Demircioğlu, H.R.:*Sorumluluk Hukukunun İkili Yapısının Aşılması Ürünleri Olarak Culpa in Contrahendo ve Güven Sorumlulukları,* "Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu", Ankara: Gazi Ünivetsitesi, 28-29 Mayıs 2009, s. 219-229, (Sorumluluk).

Demircioğlu, H.R.:Güven Esası Uyarınca Sözleşme Görüşmelerindeki Kusurlu Davranıştan Doğan Sorumluluk, Culpa in Contrahendo Sorumluluğu, Ankara: Yetkin Yayınevi, 2009, (Culpa in Contrahendo).

Demolombe, C.: Cours de Code Napoléon XXIV, Traité des Contrats ou des Obligations Conventionnelles en Général, Paris: Durand, 1877.

Dereli, Z.: Lex Commissoria Yasağı, Ankara: AÜHF, 2009.

Deschenaux, H.: Schweizerisches Privarecht II, Basel: Helbing Lichtenhahn, 1988.

Démogue, R.: Traité des Obligations en Général, Tome VI, Paris: Rousseau, 1932.

Di Marzo, S. (çev. Umur, Z.): Roma Hukuku, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.

Di Marzo, S. (çev. Ziya Umur): Roma Hukuku, İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1954.

Dickie, M,W.:*Diké as a Moral Term in Homer and Hesiod,* Classical Philology, C. 73, S. 2, Yıl: 1978, s. 91-101.

Domat, J.: Les Loix Civiles dans Leurs Ordre Naturel, 1697.

Domini, V.M.:*Performance*, (ed. Antoniolli, L. ve Veneziano, A.) "Principles of European Contract Law and Italian Law : A Commentary", The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 332-357.

Dorey, T.A. ve Dudley, D.R.: Rome Against Chartage, New York: Doubleday, 1971.

Dozhdev, D.:*Fidem Emptoris Segui: Good Faith and Price Payment in the Structure of Roman Classical Sale,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 521-578.

Dural, M., Oğuz, T. ve Gümüş, A.:Türk Özel Hukuku Cilt III Aile Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 11. Baskı, 2016.

Dworkin, R. : Taking Rights Seriously, Cambridge: Harvard University Press, 1977.

Dyson, R.W. (ed.):*Aquinas*: Political Writings, Cambridge: Cambridge University Press: 2002.

Edis, S.: Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara: AÜHFY, 6. Bası, 1997.

Egger, A.(ed. Egger, A., Escher, A., Haab, R. Ve Oser, H.):Zürcher Kommentar, Schultess, 2. Auflage, Zürich, 1978.

Egger, A.: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch,, Einleitung, Arts. 1-10, Zurich: Schulthess, 1930.

Elbir, H.K.:*Tarihte ve Türk Hukukunda Fahiş Faiz Meselesi*, İÜHFD, C. 18, S. 3-4, Yıl: 1952, s. 853-874.

Elmalı, O., Özden, H, Ö.:İlkçağ Felsefesi Tarihi, İstanbul: Arı Sanat Yayınevi, 3. Baskı, 2013.

Emiroğlu, H. ve Küçükgüngör, E.:*Roma Hukukunda ve Bazı Çağdaş Hukuk Düzenlerinde Laesio Enormis (Aşırı yararlanma),*AÜHFD, C. 53, S. 1, Yıl: 2004, s. 77-87.

Emiroğlu, H.:*Roma Hukukunda Alım satım Sözleşmesinde Maldaki Maddi Ayıplar Nedeniyle Satıcının Sorumluluğu*, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Yıl: 2011, s. 99-119, (Ayıp).

Emiroğlu, H.: Ius Gentium (Kavimler Hukuku), Ankara: Değişim Yayınevi, 2007, (Ius Gentium).

Emiroğlu, H.: Roma Hukukunda Eksik Borç (Obligatio Naturalis) Olarak Doğan Borçlar, AÜHFD, C. 51, S. 4, Yıl: 2002, s. 74-82, (Obligatio Naturalis).

Emiroğlu, H.: Roma Hukukunda Sözleşmeden Dönme, Ankara: İmaj Yayınevi, 2014, (Sözleşmeden Dönme).

Enneccerus, L, Kipp, T ve Wolff, M (ed. Ludwig Raiser): Lehrbuch des Bürgerlichenrechts, Sachenrecht, Tübingen: Mohr, 1957.

Erdoğmuş, B. ve Tahiroğlu, B.: Roma Hukuku Pratik Çalışmaları-Meseleleri, İstanbul: Der Yayınevi, 2014.

Erdoğmuş, B. ve Tahiroğlu, B.: Roma Usul Hukuku, İstanbul: Der Yayınları, 1997.

Erdoğmuş, B.:Eşya Hukuku. İstanbul: Der Yayınları, 6. Baskı, 2015, (Eşya Hukuku).

Erdoğmuş, B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul: Der Yayınevi, 2014, (Borçlar Hukuku).

Erdoğmuş, B.: Roma Hukukunda Borcun Ayni Teminatına Genel Bakış, Prof. Dr. Ümit Yaşar Doğanay'ın Anısına Armağan, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1982, s. 255-274, (Ayni Teminat).

Eren, F.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Yetkin Yayınevi, 20. Baskı, 2016.

Ernst, Z. : Treu und Glauben und Rechmissbrauchverbot, Zurich: Schulthess, 1981.

Faber, W. ve Lurger, L.: Acquisition and Loss of Ownership of Goods, Munich: Selier, 2011

Falcone, G.:*La Formula "Ut Inter Bonos Bene Agier Oportet et Sine Fraudatione E La Nozione di "Vir Bonus"*, Fundamina, C. 20, Yıl: 2014, s. 258-279.

Farnsworth, A.:*Duties of Good Faith and Fair Dealing Under the Unidroit Principles, Relevanet International Conventions and National Laws*, Tulane Law Journal of International Comparative Law, C. 3, S. 1-2, Yıl: 1995, s. 47-63.

Favale, R.:*Nullità Del Contratto per Difetto Di Forma E Buona Fede*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di

Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 1-30.

Felemegas, J.:*Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL*, Pace International Law Review, C. 13, S. 2, Yıl: 2001, s. 399-406.

Ferrari, F (Yasan, C.):*Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler*, (ed. Atamer, Y.M..) "Milletlerarası Satım Hukuku", XII Levha Yayınları, İstanbul: 2012, 2. Tıpkı Bası, s. 37-83.

Fikentscher, W.: Schuldrecht, Berlin: De Grutyer, 1997.

Finnis, J.: Natural Law and Natural Rights, New York: Oxford University Press, 2. Edition, 2001.

Flechtner, H.:*Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality*, Pace International Law Review, C.13, S.2, Yıl: 2001, s. 296-336.

Fletcher, G.P.:*The Right and the Reasonable*, Harvard Law Review, C. 98, S.5, Yıl: 1985, s. 949-982.

Flour, J., Aubert, J.L., Savaux, E.: Les Obligations: L'acte Juridique, Armand Colin, Paris: 2004.

Flume, W.:*Zum Römischen Kaufrecht*, ZSS, C. 54, Yıl: 1934, s. 329-334.

Freyburger, G.: Fides. Étude Sémantique et Religieuse Depuis les Origines jusqu'à l'Époque Augustéenne, Paris: Les Belles Lettres, Collection d'Études Anciennes. Antiquité Latine, No: 35.

Friedberg, E.(ed.):. Corpus Iuris Canonici, Leipzig: Bernhard Tauchnitz, 1879.

Friedman, F. : Legal Theory, London: Stevens and Sons Publishing, 1949.

Frier, B.W.: Landlords and Tenants in Imperial Rome, Princeton: Princeton University Press, 2014.

Gagarin, M.:*Diké in Archaic Greek Thought*, Classical Philology, C. 69, S. 3, Yıl: 1974, s. 186-197.

Gagarin, M.:*Diké in the Works and Days*,Classical Philology, C. 88, S. 2, Yıl: 1973, s. 81-94.

Gallo, F.:*Bona Fides E Ius Gentium*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 115-153, (Ius Gentium).

Gallo, P.:*Buona Fede Oggettiva E Trasformazioni del Contratto*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 154-189, (Buona Fede).

Gallo, P.: Contratto E Buona Fede in Senso Oggettivo e Trasformazioni del Contratto, 2. Edizione, Torino: UTET Giuridica, 2014, (Contratto).

Garbarino, P.:*Brevi Osservazioni in Tema di Azioni di Buona Fede in Diritto Giustinianeo,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 191-202.

Gazzoni, F.: Obbligazioni e Contratti, Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2015.

Gernhuber, J. ve Grunewald, B.: Burgerliches Recht, Ein Systaematisches Repertorium, München: 1998.

Girard,P.F.: Manuel Élémentaire de Droit Romain, Paris: Librarie Arthur Rousseau, 6. Édition, 1918.

Gmür, R.: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch Verglichen mit Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern: 1965.

Goderre, D.M.:*International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention* , University of Cincinnati Law Review, C. 66, Yıl: 1997, s. 258-281.

Goebel, R.:*"Reconstructing the Roman Law of Real Security."* Tulane Law Review, C. 36, Yıl: 1961, s. 29-66.

Golecki, M.J.:*Synallagma as a Paradigm of Exchange: Reciprocityof Contract in Aristotle and Game Theory* in (ed. Huppes-Cluysenaer, L., Coelho, N.M.) "Aristotle and The Philosophy of Law: Theory, Practice and Justice", New York: Springer, 2013, s. 249-295.

Good, R.:*The Concept of Good Faith in English Law,* Conferenze e Seminari, Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, diretto da M.J. Bonell, Roma: 1992.

Gordley, J. ve von Mehren, A, T.: An Introduction to the Comparative Study of Private Law Readings Cases and Materials, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

Gordley, J.:*Good Faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune,* (ed. Zimmermann, R. ve Whittaker, S.) "Good Faith in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 93-118, (Medieval Law).

Gordley, J.: The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Clarendon Press, Oxford: 1993, (Modern Contract).

Goria, F.:*Bona Fides Ed Actio Ex Stipulatu per la Restituzione Della Dote: Legislazione Giustinianeo Precedenti Classici,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 241-263.

Gorphe, F.: La Principe de la Bonna Foi, Paris: Dalloz, 1928.

Gönenç, F.İ.: Roma Hukukunda Şirket Akti Societas, İstanbul: Der Yayınları, 2004.

Greenidge, A.H.J.: Infamia: It's Place in Roman Public Law and Private Law, London: Clarendon Press, 1894.

Grotius, H. (tr. Herbert, C.): Introduction to Dutch Jurisprudence. Bentley, London: Wilson and Plet, 1845.

Gül, H.:*Freedom of Contract, Party Autonomy and Its Limit under CISG*, Hacettepe Law Review, C. 6, S. 1, Yıl: 2016, s. 77-102.

Gümüş, M.A.: Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt II, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Bası, 2012.

Günal, N.:*Roma Hukukunda Kazandırıcı Zamanaşımı ile Mülkiyetin İktisabının Yeri ve Önemi,* AÜHFD, C. 47, S. 1-4, Yıl: 1998, s.120-136, (Zamanaşımı).

Günal, N.: Roma Medeni Usul Hukukunda Yargılama Süreci ve İstinaf, Ankara: Yetkin Yayınevi: 2007, (İstinaf).

Güriz, A.:*Adalet Kavramı*, (ed. Güriz, A.) "Anayasa Yargısı-Anayasa mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler", Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 13-20, (Adalet).

Gürten, K.: Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Ankara: Adalet Yayınevi, 2008, (Hakkaniyet).

Gürten, K.: Roma Hukukunda Kefalet Akdi, Ankara: Adalet Yayınevi, 2007, (Kefalet).

Gürzumar, O. B.: Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006, (Zorunlu Unsur).

Gürzumar, O.B.: Franchise Sözleşmesi ve Bu Sözleşmenin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, İstanbul: Beta Yayınevi, 1995, (Franchise).

Habermas, J.: The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society, Cambridge: MIT Press, 1998.

Hackl, K.:*Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen Laesio Enormis,* ZSS, C. 98, Yıl: 1981, s. 147-161.

Hamburger, M.: Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory, New York: Biblo and Tannen, 1965.

Hartkamp, A.:*Under the New Civil Code of Netherlands,* The American Journal of Comparative Law, C. 40, S. 3, Yıl: 1992, s. 551-571.

Hartkamp, A.S Hondius, , E.H., Joustra, C.A., Du Perron,C.E. ve Veldman, M. (ed.): Towards a European Civil Code, Boston: Kluwer Law International, 2004.

Hatemi, H., Serozan, R ve Arpacı, A.: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Hatemi, H.: Borçlar Hukuku Cilt II: Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1994.

Haupt, G.:*Über faktische Vertragsverhältnisse, "*Festschrift der Leipziger Juristenfakultat fur H. Siber" II, Leipzig: 1943.

Hausmaninger, H.ve Selb, D.:Römisches Privatrecht, Wien: Böhlau, 9. Auflage, 2001.

Heldrich, K.:*Das verschulden beim Vertragsabschluß im Klassischen Römischen Recht und in der Späteren Rechtsentwicklung*, Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung, C. 46, S.1, Yıl: 1926, s. 433-438.

Hesselink, M.W.:*The Concept of Good Faith*, (ed. Hartkamp, A.S, E.H. Hondius, C.A. Joustra, C.E. du Perron ve Veldman, M.) "Towards a European Civil Code" Boston: Kluwer Law International, 2004, s. 471-498.

Hewellyn, K.:*The Modem Approach to Counselling and Advocacy-Especially in Commercial Transactions*, Columbia Law Review, C. 46, S. 1, Yıl: 1946, s.167- 183.

Hirsch, E.(çev. Veziroğlu, S.B.): Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, Ankara: BTHAE, 3. Tıpkı Basım, 2001.

Hobbes, T. (ed. Brooke, C.): Leviathan, London: Penguin Classics, 2017.

Honsell, H. (ed. Honsell, H., Vogt, N. P. ve Geiser, T.): Basler Kommentar, Basel: Helbing Lichtenhahn, 2014.

Honsell, H.:Römisches Recht, Salzburg: Springer, 8. Auflage, 2015.

Horn, N: Aequitas in den Lehren des *Baldus*, Köln: Böhlau, 1968.

Hüpers, B.: Karl Larenz- Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, Berlin: Berliner Wissenschafts Verlag, Band 49, 2008.

Hürlimann-Kaup, B. ve Schmid, J.: Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, Basel: Schultess, 2. Auflage, 2010.

Ikonomi, E., Zyberaj, J.:*Bona Fides Principle's Value in Pre-Contractual Liability*, Academic Journal of Interdisciplinary Studies, C. 2, S. 9, Yıl: 2013, s. 481-486.

Jacques, P.: Regards Sur l'article 1135 du Code Civil, Paris: Dalloz, 2005.

Jansen, N. ve Zimmermann, R.:*Contract Formation and Mistake in European Contract Law: A Genetic Comparison of Transnational Model Rules*, Oxford Journal of Legal Studies, C. 31, S. 4, Yıl: 2011, s. 625–662.

Johnston, D.: Roman Law in Context, Cambridge: Camridge University Press, 1999.

Juenger, F. K.:*Listening To Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts*, Tulane Law Review, C. 69, Yıl: 1995, s. 1253-1258.

Jörs, P., Kunkel, W. ve Wenger, L.:Römisches Recht, Heidelberg: Springer, 3. Auflage, 1949.

Kalkan, B.:Aşırı yararlanma, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2004.

Kant, I. (çev. Ioanna Kuçuradi): Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013.

Kant, I. (çev. Kuçuradi, I., Gökberk, Ü., Durusoy, G., Akatlı, F.): Pratik Aklın Eleştirisi, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1999.

Kantorowicz, H. ve Buckland, W.W. (ed.): Studies in the Glossators of Roman Law: Newly Discovered Writings of the Twelfth Century, Cambridge: Cambridge University Press, 1938

Kaplan, E.:*İşverenin Koruma ve Gözetme Borcunun Kapsamı,* Kamu-İş Dergisi, C. 7, S. 2, Yıl: 2003, s. 1-15.

Kara, İ: Yeni Kanuna Göre Tüketici Hukuku, Ankara: Engin Yayınevi, 2015.

Karabağ Bulut, N.:Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme, İstanbul: XII Levha Yayınları, 2009.

Karadeniz Çelebican, Ö.: Roma Eşya Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 5. Baskı, 2015, (Eşya Hukuku).

Karagöz, H.: Hukuk Kuralı (Regula Iuris) Kavramı, İstanbul: XII Levha Yayınevi, 2010.

Kaser, M., Knütel, R. ve ve Lohsse, S.:Römisches Privatrecht, 21. Auflage, München: C.H. Beck, 2017.

Kaser, M.: Das Altrömische Ius, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1949, (Altrömische Ius).

Kaser, M.:*Studien zum Römischen Pfandrecht*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis, C. 47, S. 3, Yıl: 1979. s. 195-234, (Pfandrecht).

Kaser, M.: Die Lex Aebutia, Milano: Giuffre: 1950, (Lex Aebutia).

Kaser, M.:Römisches Privatrecht. II. C.H. Beck, München: 1975, (Privatrecht).

Kaser, M.: Zur Methode der Römischen Rechtsfindung, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1962, (Römischen Rechtsfindung).

Keller, A.:*Debating Cooperation in Europe From Grotius to Adam Smith,* (ed. Zartman, W., Touval, S,) "International Cooperation: The Extents and Limits of Multilateralism", Cambridge: Cambridge University Press, 2010, s. 15-40, (Europe).

Keller, A.: Haftpflicht Privatrecht, Band I, Bern: Stämpfli, 2002, (Privatrecht).

Keller, M ve Gabi, S.: Haftpflichrecht, Basel: Helbig Lichtenhahn, 2012.

Kelsen, H.: Reine Rechtslehre, Wien: 1960.

Kent, J.: Commentary on American Law, Vol. II, New York: Halsted, 1827.

Kessler, F. ve Fine, E:*Culpa in Contahendo: Bargaining in Good Faith and Freedom of Contract: A* Comparaitve Study, Harvard Law Review, C. 77. S. 3, Yıl: 1964, s. 401-449.

Kılıçoğlu, A.:*Fiili Sözleşme İlişkileri,* Ankara Barosu Dergisi, C. 5, S.6, Yıl: 1985, s. 738-752.

Kırca, Ç.: Bilgi Vermekten Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara: BTHAE, 2004, (Sorumluluk).

Kırca, Ç.: Franchise Sözleşmesi, Ankara: BTHAE, 1997, (Franchise).

King C.:*The CISG -Another One of Equity's Darlings?,*Vindobona Journal of International Commercial Law and Arbitration, C. 2, S. 7, Yıl: 2004, s. 249-268.

Knapp, C.:*Contract Law* (ed. Morrison, A.) "Fundamentals of American Law", New York: Oxford University Press, s. 201-236.

Kocayusufpaşaoğlu, N.:"İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?", Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul: 2000, (İşlem Temeli).

Kocayusufpaşaoğlu., N.: Borçlar Hukuku, Cilt I, İstanbul: Filiz Kitabevi, 6. Bası, 2014, (Borçlar Hukuku).

Koçhisarlıoğlu, C., Söğütlü Erişgin, Ö.: Roma Özel Hukuku Uygulamaları, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2. Baskı, 2016.

Koçhisarlıoğlu, C.: Haksız Eylem Kusuru, Ankara: 1990, (Kusur).

Koçhisarlıoğlu, C.:*Objektif Sorumluluğun Genel Teorisi,* Dicle Ünivertsitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 2, S. 2, Yıl: 1984, s. 175-303, (Objektif Sorumluluk).

Koçhisarlıoğlu, C.:*Kusur İşleme Ehliyeti Olarak Ayırt Etme Gücünün Haksız Eylem Alanında Derecelendirilmesi,* AÜHFD, C.53, S. 4, Yıl: 2004, s. 1-17, (Haksız Eylem).

Koçhisarlıoğlu, C.:*Kusurun Objektifleştirilmesinin Ayırt Etme Gücünü Etkilemesi*, AÜHFD, C. 53, S. 3, Yıl: 2004, s. 1-17, (Ayırt Etme Gücü).

Kofanov, L.:*Il Carattere Religioso-Giuridicio della Fides Romana Nei Secoli V-III A.C. sull'Interpretazione di Polibio 6-56, 6-15,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 333-345.

Koschaker, P. ve Ayiter, K.: Modern Hususî Hukuka Giriş Olarak Roma Hususî Hukukunun Ana Hatları, Ankara: Sevinç Matbaası, 1977.

Köhler, H.:BGB Recht der Schuldverhältnisse I Allgemeiner Teil, München: C.H.Beck, 1989

Köse, S:*Hukuk Mu Ahlak Mı?:İslam Noktaı Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme,* İslam Araştırmaları Dergisi, S. 17, Yıl: 2011, s. 15-50.

Kraut, W. T.: De Argentariis et Nummulariis Commentatios, Gottingen: Dietrich, 1826.

Kremalis, D.:*Good Faith in Greek Employment Law*, Comparative Labour Law and Policy Journal, C. 32, Yıl: 2010-2011, s. 630-662.

Kuçuradi, I.: Etik, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2011.

Kuçuradi, I.:İnsan ve Değerleri, Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 2013.

Kunkel, W.:*Fides als Schöpferisches Element im Römischen Schuldrecht*, Festschrift Paul Koschaker, Band II, Weimar: Böhleau, 1939.

Kuntalp, E.: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara: BTHAE, 2013.

Kupisch, B.:*Exceptio Doli Generalis und Iudicium Bonae Fidei zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu und Glauben*, (ed. Baums, T., Wertenbruch, J.) Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, Tübingen: Mohr Siebeck, 2006, s. 401-423.

Küçük, E.:*Roma Hukukunda Manius Curius Davasında (Causa Curiana) Vasiyetnamenin Yorumu Meselesi*, "Norm Koyma ve Hüküm Verme", Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara: 17-18 Nisan 2009, s. 411-431, (Norm).

Küçük, E.:XII. Yüzyıl Rönesansı ve "Yeniden Doğan" Roma'yı Günümüze Bağlayan Son Halka: Pandekt Hukuku, AÜHFD, C. 56, S. 4, Yıl: 2007, s. 111-122, (Pandekt).

Küçükgüngör, E.: Roma Hukukunda Vedia Sözleşmesi (Depositum), Ankara: Yetkin Yayınevi, 2002.

Lambrecht, P.: Die Lehre vom Faktische Vertragverhältnis, Tübingen: Mohr, 1994.

Lando, O., Holle, L.M., Håstad, T.: Restatement of Nordic Contract Law, Copenhagen: Djøf Publishing, 2016.

Lando, O.:*CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law,* American Journal of Comparative Law, S. 35, Yıl: 2005, s. 379-401.

Larenz, K.: Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts: zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Frankfurt: Metzner Alfred, 1982.

Larenz. K.: Lehrbuch des Schuldrechts, Band I: Allegemeiner Teil, München: C.H. Beck, 14. Auflage, 1987, (Schuldrechts).

Laurent, F: Principes de Droit Civil, Bruxelles: Bruylant-Christophe & Cie, 1883.

Le Tourneau, P.: Bonne Foi, Dalloz, Paris: 2009.

Legrand, P.: Le Droit Comparé, Presses Paris: Universitaires de France, 2011.

Lenel, O.: Das Edictum Perpetuum, Leipzig: Verlag von Bernhard Tauchnitz, 3. verbesserte Auflage, 1927.

Lookofsky, J.:*The Limits of Commercial Contract Freedom: Under the UNIDROIT 'Restatement' and Danish Law,* Oxford Journal of Comparative Law, C. 46, S. 3, Yıl: 1998, s. 485-508, (Contract Freedom).

Lookofsky, J.:*Walking the Article 7(2) Tightrope Between CISG and Domestic Law*, Journal of Law and Commerce, C. 25, S. 87, Yıl: 2005, s. 87-105, (CISG).

Loos, M.B.M. ve Díaz, O.B.: Mandate Contracts (PEL MC), Munich: Sellier, 2013.

Looschelders, D. ve Olzen, D. (ed. Looschelders, D., Olzen, D. ve Schiemann, G.):J. von Staudingers Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und

Nebengesetzen, Buch II, Einleitung zum Schuldrecht, § 241-243 (Treu und Glauben), Berlin: Sellier de Gruyter, 2015.

Luig, K.:*Il Ruolo della Buona Fede Nella Giurusprudenzia della Carte dell'Impero Prima e Dopo L'Entrate in Vigore del BGB dell'Anno 1900*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 417-424.

MacMahon, P.:*Good Faith and Fair Dealing as an Underenforced Legal Norm*, Minnesota Law Review, S. 99, Yıl: 2015, s. 2051-2110.

MacPherson, C.B.: The Rise and Fall of Economic Justice and Other Papers, Cambridge: Oxford Univerity Press, 1985.

Mannino, V.:*Brevi Notazioni A Margine dell'Arbitrato Boni Viri*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 425-438.

Markesinis, S.B., Unberath, H. ve Johnston, A.: German Contract Law. Oxford: Hart Publishing, 2006.

Markesinis, Sir B., Unberath, H. ve Johnston, A.: The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Oxford: Hart Publishing, 2006.

Martini, R.:*Fides E Pistis in Materia Contrattuale*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto

Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 439-449.

Masetto, G.P.:*Brevi Note Sull'Evoluzione Storica della Buona Fede Oggetiva*, (ed. Macario, F., Miletti F, M.) "Tradizione Civilistica e Complessità del Sistema: Valutazioni Storiche e Prospettive della Parte Generale del Contratto," Milano: Fogia, 2006, s. 291-343.

Mason, A.F.:*Contract, Good Faith and Equitable Standards in Fair Dealing*, Law Quarterly Review, C. 116, Yıl: 2000, s. 66-94

Mattar, M. Y.:*Promissory Estoppel: Common Law Wine in Civil Law Bottles*, Tulane Civil Law Forum, C. 4, Yıl: 2003, s. 71-150.

Mattiengeli, D.:*La Compravendita Romana: Un'introduzione Generale alla Disciplina dell'emptio venditio Romana*, "Emptio-Venditio: Europaeische Studien zur Geschichte des Kaufvertrags", Salzburger Studien zum europaischen Privatrecht, Band 35, Frankfurt am Main: Internationaler Verlag der Wissenschaften, 2014.

Mattingly, H.:*The Roman 'Virtues'*, The Harvard Theological Review, C. 30, S.2, Yıl: 1937, s. 103-117.

Mayrand, A.:*Abuse of Rights in France and Quebec*, Louisiana Law Review, C. 34, Yıl: 1973-1974, s. 993-1016.

McKeag, E.C.: Mistake in Contract: A Study in Comparative Jurisprudence, New Jersey: The Lawbook Exchange, 2013.

Medicus, D. ve Petersen, J.: Allgemeiner Teil des BGB, Heidelberg: C.F. Müller, 11. Auflage, 2016.

Menezez, C:*La Bonne Foi À La Fin Du Vingtième Siècle*, Revue de Droit de L'Université de Sherbrooke, S. 26, Yıl: 1996, s. 225-243.

Merz, H. (Her. Meier-Hayoz, A.): Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bern: Stämpfli, 1996**,** Art. 2, No: 375.

Meyer, R.: Bona Fides und Lex Mercatoria in der Europäischen Rechtstradition, Göttingen: Wallstein Verlag, 5. Band, 1994.

Meylan, P.:*La Rôle de la Bona Fides dans le Passage de la Vente au Comptant à la Vente Consensuelle à Rome*, in Aequitas und Bona Fides: Festgabe für 70. Geburtstag von August Simonius, Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1955.

Mélin, F.: Droit des Obligations, Paris: LGDJ, 2006.

Middendorf, P.: Nachwirkende Vertragspflichten, Freiburg: Universitatsverlag, 2002.

Miller, C. :*Good Faith in Scots Property Law.* (ed. Forte, A.D.) "Good Faith in Contract and Property Law", London: Hart Publishing,1999, s. 103-129.

Mingam, C. ve Duval, A.:*L'abus de Droit: État du Droit Positif,* Revue Juridique de l'Ouest, S. 4, Yıl: 1998, s. 543-570.

Mirmina, S.:*A Comparative Survey of Culpa in Contrahendo, Focusing on its Origins in Roman, German and French Law as Well as its Application in American Law,* Connecticut Journal of International Law, C. 8, Yıl: 1992, s. 77-108.

Mistelis, L.(çev. Yasan, C.):*CISG'ın Uygulama Alanı: Yer, Zaman ve Kişi Bakımından*, (ed. Atamer, Y.M..) "Milletlerarası Satım Hukuku", İstanbul: XII Levha Yayınları, 2012, 2. Tıpkı Bası, s. 7-24.

Moens, G. A., Cohn, L. Ve Peacock, D.:*Australia*, (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 19-54.

Mollamahmutoğlu, H., Astarlı, M., Baysal, U.:İş Hukuku, Ankara: Turhan Kitabevi, 6. Baskı, 2014.

Mommsen, T.:Römische Geschichte, 1. Band, Berlin: Weidmannsche, 2. Auflage, 1856.

Monier, R.: Manuel Élémentaire de Droit Romain, Tome I, Paris: Domat Montchrestien, 1947, (Tome I).

Monnier, M.: De la Complicité en Droit Romain et en Droit Français, Faculté de Droit de Poitiers, 1872.

Monterrea, A.A.:*La Incidencia de la "Bona Fides" en el "Quantum" Indemnizatorio: a Proposito de la Responsabilidad del Vendedor por los Vicios y Defectos Ocultos,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 141-154.

Montesqieu: De L'Esprit des Lois, Paris: Éditions Gallimard, 1995.

Muckley, P. (tr. Tella, y, J, F, María): Equity and Law Boston: Martinus Hıjhoff Publishers, 2005.

Nappi, F.:*Buona Fede Ed Equità nell'Estinzione Dell'Obbligazione per Compensazione (Considerazioni sula Funzione di Grantia della Compensazione,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 475-496.

Neumaier, K.: Bona Fides als Erfordernis des Eigentumserwerbs durch Spezifikation, Universität Würzbug, 1896.

Nussbaum, M.:*Equity and Mercy*, Philosophy and Public Affairs,C. 22, S. 2, Yıl: 1993, s. 83-125.

Nwafor, N.A.: Comparative and Critical Analysis of the Doctrine of Exemption/Frustration/Force Majeure under the United Nations Convention on the Contract for International Sale of Goods, English Law and UNIDROIT Principles, University of Sterling, March, 2015.

O'Connor, J. F.: Good Faith in International Law, Brookfield: Dartmouth Publishing Company Limited, 1991.

Oftinger, K. (çev. Davran, B.):*Cari Akitlerin Temellerinde Buhran İcabı Tahavvül* (Clausula Rebus Sic Standibus Hakkında), İÜHFD, C.8, S. 3-4, Yıl: 1942, s. 598-622.

Oğuz, A.: Lex Mercatoria, Ankara: Yetkin Yayınevi, (Lex Mercatoria), 2004.

Oğuz, A.:*Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Lex Mercatoria-Unidroit İlkeleri'nin Niteliği,* AÜHFD, C. 50, S. 3, Yıl: 2011, s. 11-53, (Unidroit).

Oğuz, A.: Karşılaştırmalı Hukukun Norm Koyma Faaliyetindeki İşlevi, "Norm Koyma ve Hüküm Verme", Ankara Hukuk Toplantıları, Ankara: 17-18 Nisan 2009, (Norm), s. 107-125.

Oğuz, A.: Probleme der Simulation in Rechtshisorischer und Rechtvergleichender Sicht, Ankara: AÜHFY, 1998, (Simulation).

Oğuz, A.:Sözleşmeler Hukukunda Hukukun Birleştirilmesi, AÜHFD, S. 1-4, C. 49, Yıl: 2000, s. 31-65, (Hukukun Birleştirilmesi).

Oğuzman, K ve Barlas, N.: Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 23. Bası, 2016.

Oğuzman, K., Oktay Özdemir, S., Seliçi, Ö.:Eşya Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 20. Baskı, 2017.

Oğuzman, M.K.:*Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyan Hakkının Suistimali.* İstanbul Barosu Dergisi, C. 29, S. 6, Yıl: 1955, s. 249-258.

Oğuztürk, B.K.:Güven Sorumluluğu, İstanbul: Vedat Kitabevi, 2008.

Oktay, S.:*İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması,* İÜHFD, C. 55, Yıl: 1996, s. 264-296.

Oliver, D.T.:*Roman Law in Modern Cases in English Courts*, Cambridge Legal Essays, Yıl: 1926, s. 243-257.

Orhan, Ö.:*Homeros ve Hesiodos'da Adalet Kavramının Kökenleri ve Platon'a Yansımaları*, Felsefe ve Sosyal Bilimler Dergisi, S. 13, Yıl: 2012, s. 11-38.

Orlin, E.M.: Temples, Religion anf Politics in the Roman Republic, Boston : Brill Academic Publishers, 2002.

Oser, D.: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts: A Governing Law?, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Owen, S., Lewis, J.R.: Law for the Construction Industry, London: Routledge, 2014.

Özkan, Z.: Avrupa Özel Hukukunun Uyumlaştırılması, AÜHFD, C. 66, S. 1, Yıl: 2017, s. 157-199, s. 181-182.

Özkaya, E. Aşırı Yararlanma (Aşırı yararlanma) Davaları, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2013.

Özlem, D.: Etik: Ahlak Felsefesi, İstanbul: Notos Yayınevi, 2014.

Özsunar, E.:*Roma Hukuku'nda Rehin Hakkı (Pignus-Hyptoheca),* DEÜHFD, C. 7, S. 2, Yıl: 2005, s. 137-164.

Palazzo, A.: Promesse *Gratuite E Affidamento,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e

Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 1-25.

Palma, A.:*Violazione del Criterio Della Buona Fede E Risarcibilità del Danno Conseguente: Brevi Profili Comparatistici,*(ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 2, Padova: CEDAM, 2003, s. 27-49.

Pardolesi, P.:*Promissory Estoppel* in (ed. Monateri, P.G.) "Comparative Contract Law", Massachussets: Edward Elgar, 2017, s. 469-512.

Paterson, J.M.:*The Standard of Good Faith Performance: Reasonable Expectations or Community Standards,* (ed. Bryan, M), "Private Law in Theory and Practice", London: Routledge, 2007, s. 153-166.

Patterson, D.M.:*Good Faith, Lender Liability, and Discretionary Acceleration: Of Llewellyn, Wittgenstein, and the Uniform Commercial Code,* Texas Law Review, C. 68, Yıl: 1989, s. 169-211.

Patti, S.:*Significato del Principio di Buona Fede E Clausale Vessatorie: Uno Sguardo All'Europa,*(ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 59-64.

Peden, E.:*The Mistake of Looking for Legislative Influence in Contractual Good Faith,* Commercial Law Quarterly, C. 16, S. 4, Yıl: 2002, s. 20-30.

Pennington, K.:*Baldus de Ubaldis,* Rivista Internazionale Di Dritto Comune, C. 8, Yıl: 1997, s. 35-61.

Perulli, A.:*La Buona Fede nel Diritto del Lavoro,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 65-87.

Pfeiffer, T., Ebers, M.:(Research Group on the Existing EC Private Law), Principles of Existing EC Contract Law (Acquis Principles), I, München: Sellier, 2007.

Phillimore, J.G.: Principles and Maxims of Jurisprudence, New Jersey: Union, 2001.

Pichonnaz, P.:*L'abus de Droit Dans le Contrat de Bail à Loyer*, 18. Séminaire Sur le Droit du Bail, 2014, s. 145-173, (Bail).

Pichonnaz, P.:*Quelques Aspects de la Bonne Foi (Objective) dans la Compensatio En Cas de Faillité à Rome et Aujourd'hui,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, (Bonne Foi), s. 105-123.

Pichonnaz, P.: Le Centenaire du Code des Obligations, ZSR, S. 2, Yıl: 2011, s. 117-226, (Obligations).

Pieck, M.:*A Study of the Significant Aspects of German Law,* Annual Survey of International and Comparative Law, C. 3, S. 1, 1996, s. 111-176.

Pizzorni, R.: Il Dritto Naturale Dalle Origini a S. Tommaso d'Aquino, Bologna: Edixioni Studio Domenicano, 2000.

Platschek, J.:*Zur Rekonstruktion der Bonae Fidei Iudicia*, ZSS, Romantische Abteilung, S. 127, Yıl: 2010, s. 275-285.

Polybius (çev. Paton, W.R.): The Histories, Cambridge: Loeb Classical Library Edition, I, (Books 1-2), 1922.

Poroy, R., Tekinalp, Ü., Çamoğlu, E.: Ortaklıklar Hukuku I, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 13. Bası, 2014.

Posner, R.: Economic Analysis of Law, New York: Wolters Kluwer, 9. Edition, 2014.

Post, G.: Studies in Medieval Legal Thought: Public Law and The State 1100-1322, New Jersey: Princeton University Press, 2015.

Postacıoğlu, İ.: Gayrı Menkullerin Ferağına Müteallik Akitlerde Şekle Riayet Mecbriyeti, İstanbul: İktisadi Yürüyüş Matbaası ve Neşriyat Yurdu, 1945.

Prassl, J.:*Intellectual Property and the Contract of Employment* (ed. Bogg, A. ve Freedland, M.) "The Contract of Employment", Oxford: Oxford University Press, 2016, s. 582-599.

Pringsheim, F.: Aequitas und Bona Fides, Milano: Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacre Cuore, 2. Serie, Vol. 33, 1931, (Bona Fides).

Pringsheim, F.:*Bonum et Aequum*, ZSS, Romantische Abteilung, C. 52, Yıl:1932, s. 78-155, (Bonum et Aequum).

Pringsheim, F.:*The Inner Relationship between English and Roman Law*, The Cambridge Law Journal, C. 5, S. 3, Yıl: 1935, s. 347-365, (English Law).

Pugliese, G.: La Simulazione nei Negozi Giuridici, Padova: CEDAM, 1938, (Simulazione).

Pugliese, G.: Istituzioni Di Diritto Romano, Torino: Giappichelli, 2. Edizione, 1992, (Diritto Romano).

Rabello, M, A.:*Buona Fede e Responsabilità Precontrattuale Nel Diritto Israeliano alla Luce del Diritto Comparato*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della

Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 125-228.

Racine J.B., Sautonie, L. Tenenbaum, A. ve Wicker, G.:*Good Faith,* (ed. Fauvarque-Cosson, B. ve Mazeaud, D) "European Contract Law: Materials for a Common Frame of Reference: Terminology, Guiding Principles, Model Rules", Sellier: Munich, 2008, s. 150-203.

Rado, T.: Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006, (Borçlar Hukuku).

Rado, T.:*Alım satım Bahsinde Roma Hukuku Prensiplerinin Hukukumuza Tesiri,* A. Samim Gönensay'a Armağan, İstanbul: 1955, (Alım Satım).

Raghaven,V.: Sources of Indian Tradition, Vol: I, New York: Columbia University Press, 1988.

Rawls, J.:A Theory of Justice, Massachusetts: Harvard University Press, 2009.

Reiter, B.J.:*Good Faith in Contracts,* Valparaiso University Law Review, C. 13, Yıl: 1983, s. 705-734.

Rémy, J.: Oevres Completes de Domat, Paris: Alex-Gobelet Libraire, 1835.

Riccobono, S. (çev. Umur, Z.):*Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi*, İÜHFM, C. 22, S. 1-4, Yıl: 1957, s. 350-397.

Richard, A. L.:*The Legal History of Safekeeping and Safe Deposit Activities in the United States*, Arkansas Law Review, C. 38, Yıl: 1985, s. 727-762.

Rist, J.M.: The Stoics, California: California University Press, 1978.

Robaye, R.: Le Droit Romain, Louvain-la-Neuve: Academia-Bruylant, 5. Édition, 2016

Romain, J.F.: La Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé, Bruxelles: Bruylant, 2000.

Rose, F.: Marine Insurance: Law and Practice, Florida: CRC Press, 2. Edition, 2013.

Roth, G.:Münchener Kommentar: Schuldrecht Allgemeiner Teil, Band 2a, § 241-432, München: C. H. Beck, 4. Auflage, 2003.

Rubin, M.H.: Louisiana Law of Security Devices: a Précis, New Jersey: New Providence, 2011.

Sabourin, F.:*Québéc* in (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International,1999, s. 237-280.

Sacco, R.: Introduzione al Diritto Comparato, Torino: Giappichelli, 1990.

Sanfilippo, C.: Istituzioni di Diritto Romano, Catanzaro: Soverio Mannelli, 2002.

Sansón Rodriguez, M.V.:*La Buena Fe en el Ejercicio de los Derechos y en en Complimiento de los Obligaciones desde La Perspectiva Del Derecho Privado Romano*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 293-258.

Santucci, G.:*Fides Bona E Societas: Una Riflessione*," Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 359-385.

Schäfer, H.B., Aksoy, H.C.:*Alive and Well, The Good Faith Principle in Turkish Contract Law,* European Journal of Law and Economics, C. 42, S. 1, Yıl: 2016, s. 73-101.

Scheiber, H.N.:*Notes*, (ed. Scheiber, H.N.) "The State and Freedom of Contract", Stanford: Stanford University Press, 1998, s. 301-365.

Schermaier, M. J.:*Bona Fides in Roman Contract Law,* (ed. Zimmermann, R. ve Whittaker, S.) "Good Faith in European Contract Law," Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 63-93, (Contract Law).

Schermaier, M.J.:*Mistake, Misrepresentation and Precontractual Duties to Inform: the Civil Law Tradition,* (ed. Sefton-Green, R.) "Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2005, s. 39-65, (Mistake).

Schermaier,M. J.:*Bona Fides im Römischen Vertragsrecht,* "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 3, Padova: CEDAM, 2003, s. 387-416, (Römischen Vertragsrecht).

Schiller, A.A.: Roman Law Mechanisms of Development, Berlin: Walter de Gruyter, 1978.

Schlechtriem, P. ve Schmidt-Kessel, M. (çev. Dayanç, N.N.):*Madde 11,* (ed. Schwenzer, I ve Çağlayan Aksoy, P.) "Mileltlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması/Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi" İstanbul: XII Levha yayıncılık, 2015, s. 344-354.

Schlechtriem, P.:*Good Faith in German Law and International Uniform Laws* , Conferenze di Centro di Studi e Ricerche di Diritto Comparato e Straniero, diretto da M.J. Bonell, Roma, February, 1997.

Schroeter, U. (çev. Yakupoğlu, D.):*Madde 16*, (ed. Schwenzer, I ve Çağlayan Aksoy, P.) "Mileltlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş

Milletler Antlaşması/Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi" İstanbul: XII Levha yayıncılık, 2015, (Madde 16).

Schroeter, U. (çev. Oral, T.):*Madde 29* (ed. Schwenzer, I ve Çağlayan Aksoy, P.) "Mileltlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması/Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi" İstanbul: XII Levha yayıncılık, 2015, (Madde 29).

Schulz, F.(çev. Belgin Erdoğmuş):*Roma Hukuku'nun Prensiplerinden Sadakat,* İÜHFD, C. 48, S. 1-4, Yıl: 1995, s. 380-398, (Sadakat).

Schulz, F.: Classical Roman Law, Oxford: Clarendon Press, 1951, (Roman Law).

Schwarz, A. B. (çev. Türkan Rado): Roma Hukuku Dersleri, İstanbul: İÜHFY, 1963.

Schwarz, A.B. (çev. Hıfzı Veldet): Medeni Hukuka Giriş, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1942.

Schwenzer, I. ve Hachem, P.(çev. Dayanç., N.N.) (ed. Schwenzer, I, Çağlayan Aksoy, P.): Mileltlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması / Viyana Satım Sözleşmesi Şerhi, İstanbul: XII Levha yayıncılık, 2015, s. 259-280.

Schwenzer, I., Hachem, P ve Kee, C.: Global Sales and Contract Law, Oxford University Press, New York: 2012.

Scmidlin, B.:*Der Verfahrensrechtliche Sinn des Ex Fide Bona im Formularprozess,* (Her. Harder, M. und Thielmann, G..) "De Iustitia et Iure Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag" Berlin: Duncker & Humblot: 1980, s. 359-372.

Sefton-Green, R.:*Case 2: Célimène v. Damien*, (ed. Sefton-Green, R.) "Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law", New York: Cambridge University Press, 2005, s. 131-164.

Sefton-Green, R.:*Introduction* (ed. Sefton-Green, R.) "Mistake, Fraud and Duties to Inform in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

Serozan, R.:"*Culpa in Contrahendo", "Aktin Müspet İhlali" ve "Üçüncü Kişiyi Koruyucu Etkili Sözleşme" Kurumlarının Ortak Temeli: Edim Yükümlülüğünden Bağımsız Borç İlişkisi,* İstanbul Üniversitesi, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 2, S. 3, Yıl: 1968, s. 108-129.

Serozan, R.: Die Überwindung der Rechtsfolgen des Formmangels in Rechtsgeschaft nach Deutschen, Schweizerischen und Türkischen Recht. (Juristiche Studien).Tübingen: 1968, (Formmangels).

Severino, E.: La Buona Fede Sui Fondamenti della Morale, Milano: Bur Saggi, 2008.

Sherman, C.P.:*The Study of Law in Roman Schools*, Yale Law Journal, C.1, S.1, Yıl: 1908, s. 499-512.

Siber, H.:Römisches Privatrecht, 2. Auflage, Darmstadt: 1968.

Sirmen, A. L.: Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara: 1972, (Sözleşme).

Sirmen, A.L.:*Tüketici Hukuku* (ed. Akçay, B., Bayraktaroğlu Özçelik, G.) "Lizbon Antlaşması Sonrası Avrupa Birliği: Serbest Dolaşım ve Politikalar, 2. Baskı, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2012, s. 459-523, (Tüketici Hukuku).

Sirmen, A.L.: Consumer Protection Law (ed. Ansay, T., Schneider, E.) "Turkish Business Law", 2. Edition, Ankara: Wolters Kluwer, 2014, s. 29-45, (Consumer Law).

Sirmen, A.L.:Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara: BTHAE, 1992, (Şart).

Sirmen, L.:Eşya Hukuku, Ankara: Yetkin Yayınevi, 5. Baskı, 2017.

Smith, A.: The Theory of Moral Sentiments, London: Penguin Books, Anniversary Edition, 2010.

Smits, J.M.(ed.): Elgar Encyclopedia of Comparative Law, London: Edward Elgar Publishing, 2. Edition, 2012.

Sohm, R. (tr. Ledlie, J.C.): The Institutes in Roman Law, London: Oxford Clarendon Press, 1892.

Somer, P.:Yüz Soru ve Cevapta Roma Borçlar Hukuku, İstanbul:XII Levha Yayınevi, 2013.

Sommerstein, A.H. ve Bayliss, A.J.: Oath and State in Ancient Greece, Berlin : De Gruyter, 2012.

Söğütlü Erişgin, Ö.: Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Ankara: Seçkin Yayınevi, 2016.

Söllner, A.:*Bona Fides: Guter Glaube*, ZSS, Romantische Abteilung, S. 122, s.1-61.

Stapleton, C.O. ve Williams, M. R.: California Real Estate Principles, Chicago: Dearborn, 5. Edition, 2004.

Stathopoulos, M ve Karampatzos, A.: Contract Law in Greece, Athens: Kluwer Law International, 2014.

Stein, P.: Roman Law in European History, Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

Stewart, M., Warner, B. ve Portman, J.: Leases and Rental Agreements, California: Nolo, 10. Edition, 2017.

Steyn, J.:*Contract Law: Fulfilling the Reasonable Expectations of Honest Men,*The Law Quarterly Review, C. 113, Yıl: 1997, s. 433-475, (Contract Law).

Steyn, J.:*The Role of Good Faith and Fair Dealing in Contract Law*, The Denning Law Journal, C. 6, S. 1, Yıl: 1991, s. 131-174, (Good Faith).

Stolls, H.: Die Lehre Von Der Leistungsstörungen, Berlin: Duncher & Humbold, 1994.

Summers, R.S.:*The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General Account,* (ed. Zimmermann, R. ve Whittaker, S.) "Good Faith in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 118-145, (America).

Summers, R.S.:*"Good Faith" in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code,* Virginia Law Review, C. 54, Yıl: 1968, s. 195-267, (UCC).

Summers, R.S:*The Duty of Good Faith: Its Recognition and Conceptualization,* Cornell Law Review, C. 67, S. 4, Yıl: 1982, s. 810-841, (Good Faith).

Tahiroğlu, B. ve Erdoğmuş, B.: Roma Hukuku Dersleri, İstanbul: Der Yayınevi, 22. Baskı, 2014, (Roma Hukuku).

Tahiroğlu, B.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul: Der Yayınevi, 2014.

Talamanca, M.:*La Bona Fides Nei Giuristi Romani: "Leerformeln" E Valori Dell'Ordinamento*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 4, Padova: CEDAM, 2003, s. 1-312, (Bona Fides).

Talamanca, M.: Istituzioni di Diritto Romano,Milano: Giuffrè, 2001, (Diritto Romano).

Tandoğan, H.: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, İstanbul: Vedat Kitabevi, 5. Bası, 2010.

Tandoğan, H.:Türk Mes'uliyet Hukuku Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet, Ankara: 1965.

Tekinay, S.S.: Medeni Hukuka Giriş Dersleri, İstanbul: İÜHFY, 1978.

Tella, y, J, F, M. (tr. Peter Muckley): Equity and Law, Boston*:* Martinus Hıjhoff Publishers, 2005.

Tercier, P. ve Pichonnaz, P.: Le Droit des Obligations, Zurich: Schultess, 5. Édition, 2012.

Tercier, P.: Traité de Droit Privé Suisse, II/1, Bâle: Helbing Lichtenhahn, 2008.

Terré, F., Simler, P. ve Lequette, Y.: Droit Civil, Les Obligations, Paris: Dalloz, 2013.

Teubner, G.:*Legal Irritants: Good Faith in British Law or How Unifying Law Ends Up in with New Divergences,* The Modern Law Review, C. 61, S.1, Yıl: 1998.

Thayer, J.B.:*Parol Evidence Rule*, Harvard Law Review, C.6, S.7, Yıl: 1892-1893, s. 325-348.

Thier, A.:*Legal History* in (ed. Hondius, E, Grigoleit, C.) "Unexpected Circumstances in European Contract Law", New York: Cambridge University Press, 2011, s. 15-32.

Tommaso, D.M.:*Frazionabilità della Domanda e Principio di Buona Fede*, (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 1, Padova: CEDAM, 2003, s. 430-457.

Topçuoğlu, H.: Kanuna Karşı Hile, İzmit: 1950.

Trakman, L.: The Law of Merchant: The Evolution of Commercial Law, New York: Rothman, 1983.

Treitel, G.H.: The Law of Contract, London: Sweet & Maxwell, 11. Edition, 2003.

Trofimoff, H.:*La Cause Dans l'exception et la Querelle Non Numeratae Pecuniae,* (Ed. Kaiser, W., Schermaier, M. J., Thür, G.) ZSS, Romanistische Abteilung, C.103, S.1, Yıl: 1986, s. 209-261.

Tunçomağ, K.:Türk Borçlar Hukuku, C. I, Genel Hükümler, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları, 1976.

Turpin, C.C.:*Bonae Fidei Iudicia,* The Cambridge Law Journal, C.. 23, S. 2, Yıl: 1965, s. 260-270.

Ulmer, P., Brandner, H. E. Ve Hensen, H. D.:AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB und zum UKlaG Mit kommentierten Vertragstypen, Klauseln und speziellen AGB-Werken, 11. Auflage, Köln: 2011.

Ulusan, İ.: Medenî Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2. Tıpkı Bası, 2012.

Umur, Z.:Eşya Hukuku, İstanbul:Filiz Kitabevi, 1983, (Eşya Hukuku).

Umur, Z.: Roma Hukuku Ders Notları, İstanbul: Beta Yayınevi, 3. Baskı, 2010, (Roma Hukuku).

Umur, Z.: Roma Hukuku Lügatı, İstanbul: İÜHF Yayınları, 1975, (Lügat).

Umur, Z.: Roma Hukukunda İktisabi Müruru Zamanda Hüsnüniyet,İstanbul: İsmail Akgün Matbaası, 1956, (Hüsnüniyet).

Uoqing, L.:*A Comparative Study of the Doctrine of Estoppel: A Civilian Contractarian Approach in China,* Canberra Law Review, C.1, Yıl: 2010, s. 1-28.

Uygur, G.:*Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?*, AÜHFD, C. 52, S.3, Yıl: 2003, s. 145-175.

Vamvoukos, A.: Termination of Treaties in International Law:the Doctrines of Rebus Sic Stantibus and Desuetude, New York: Oxford University Press, 1985.

Vigneron, S.:*Le Rejet de Bonne Foi en Droit Anglais*, (ed. Robin-Olivier, S ve Fasquelles, D.), "Les Echanges Entre Les Droits: L'Expérience Communautaire", Bruxelles: Bruylant, 2008, s. 307-331.

Villey, M.: La Formation de la Pensée Juridique Moderne: Cours d'Histoire et de la Philosophie du Droit, Paris: Montchrétier, 1975, (Pensée Juridique).

Villey, M.: Le Droit Romain, Paris: Puf, 2012, (Droit Romain).

Vogenauer, S.: Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Oxford: Oxford University Press, 2. Edition, 2015, (Unidroit).

Vogenauer, S.:*General Principles of Contract Law in Transnational Instruments*, (ed. Vogenauer, S. ve Gullifer, Z), "English and European Perspectives on Contract and Commercial Law: Essays in Honour of Hugh Beale", Oxford: Hart Publishing, 2014, s. 291-319, (General Principles).

Wacke, A.:*Wettbewerbsfreiheit und Konkurrenzverbotklauseln im Antiken und Modernen Recht*, ZSS, C. 99, S. 1, Yıl: 1982, s. 188-215.

Waldstein, W.:*Entscheidungsgrundlagen der Römischen Juristen*, (ed. Temporini, H.) "Aufstieg und Niedergang der RömischenWelt", Teil 2, Band 15, Berlin: De Grutyer, 1976, s. 3-100.

Waldstein, W.: Entscheidungsgrundlagen der Römischen Juristen in Aufstieg und Niedergang der römischen Welt, II, Berlin: Walter de Gruyter, 1976.

Wallbank, F.: Polybius, Rome and the Hellenistic World, Essays and Reflections, Cambridge: Cambridge University Press, 2002.

Walt, S.D.:*The Modest Rule of Good Faith in Uniform Sales Law*, Boston University International Law Journal, C.33, Yıl: 2015, s. 37-73.

Warren, M.:*Good Faith: Where Are We At?,* Melbourne University Law Review, Yıl: 2010, s. 344-350.

Watson, A.: Legal Transplants An Approach to Comparative Law, Georgia: University of Georgia Press, 1974.

Werro, F. ve Belser, E.M.:*Switzerland*, (ed. Bonell, M.J.) "A New Approach to International Commercial Contracts: The Unidroit Principles of International Commercial Contracts", Boston: Kluwer Law International, 1999, s. 331-378.

Whittaker, S. ve Zimmermann, R.:*Surveying the Legal Landscape* in (ed.Zimmermann, R. ve Whittaker, S.) "Good Faith in European Contract Law", Cambridge: Cambridge University Press, 2000, s. 7-63.

Wieacker, F.:*Offene Wertungen,* ZSS, Romanistische Abteilung, C. 94, Yıl: 1977, s. 1-42, (Offene Wertungen).

Wieacker, F.: Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbgesselschaft, Weimar: 1936, (Societas).

Wieacker, F.: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des §242 BGB, Tübingen: 1956, (BGB).

Wieacker, F:*Zum Ürsprung der Bonae Fidei Iudicia,* ZSS, Romanistische Abteilung, C. 80, S. 1, Yıl: 1963, s. 1–41, (Bonae Fidei Iudicia).

Wightman, J.:*Good Faith and Pluralism in the Law of Contracts*, (ed. Brownsword, R., Hird, N, Howell, Ashgate, G.) "Good Faith in Contract Concept and Context", Dartmouth: Ashgate, 1998, s. 41-67.

Wilson, A. (ed. Lando, O. Ve Beale, H.): The Principles of European Contract Law. Part I: Performance, Non Performance and Remedies, London: Dordrecht, 1995.

Wilson, J.D.:*Baldus de Ubaldis,* The Yale Law Journal, C. 12, Yıl: 1902, s. 8-20.

Wolf, M. ve Neuner, J.: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, München: C. H. Beck, 10. Auflage, 2012.

Wolff, H.J.: Roman Law An Historical Introduction, Oklahoma: University of Oklahoma Press, 1951.

Yavuz, C.: Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, İstanbul: Beta Yayınevi, 12. Baskı, 2013.

Yenisey Doğan, K. ve Öztürk Ö.:İşçinin Sözleşme Sonrası Ticari Sırları Saklama Yükünlülüğü, Devrim Ulucan'a Armağan, İstanbul: 2008.

Yüksel, M.:*Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişkisine Sosyolojik Bir Bakış,*AÜSBFD, C. 57, S.1, Yıl: 2002, s.177-195.

von Gierke, O.: Deutsches Privatrecht, Leipzig: 1895.

von Jhering, R.: Culpa in Contrahendo Bei Nichtigen Oder Nicht zur Perfection Gelangten Verträgen. Jherings Jahrbücher, Band 4, 1861, (Culpa in Contrahendo).

von Jhering, R.: Geist des Römisches Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1.Band, Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1865, (Römisches Recht).

von Lübtow, U.:*De Iustitia Et Iure*, ZSS, Romantische Abteilung, S. 108, Yıl: 1948, s. 458-565.

von Tuhr, A. ve Peter, H.: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, Zürih: Schulthess, 1979.

von Tuhr, A. (çev. Edege, C.): Borçlar Hukuku, Cilt I-II, Ankara: Yargıtay Yayınları, 1952.

Zablocki, J.:*Ex Fide Bona Nella Formula Del Commodato,* (ed. Burdese, A., Garofalo, L.) "Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto

Burdese", Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, Vol. 4, Padova: CEDAM, 2003, s. 453-463.

Zeller, B. ve Andersen, C.B.:*Good Faith: The Gordion Knot of International Commerce*, Pace International Law Review, C. 28, Yıl: 2016, s. 1-28.

Zeller, B.:*Protecting Reliance: Equitable Estoppel and the CISG,* European Journal of Law Reform. C.9, S.4, Yıl: 2007, s. 641-653.

Zimmermann, R.: The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition, Oxford: Oxford University Press, 1996.

Zumbansen, P.:*The Law of Contracts* (ed. Reimann, M. ve Zekoll, J.) "Introduction to German Law", The Hague: Kluwer Law International, 2005, s. 179-205.

Zwalwe, W.J. ve Koops, E: Law & Equity: Approaches in Roman Law and Common Law, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden: 2014.