

PAPER DETAILS

TITLE: SÖZLESMELERDE GENEL AHLAK KURALLARININ BELIRLENMESI

AUTHORS: Derya ATES

PAGES: 247-268

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/981575>

SÖZLEŞMELERDE GENEL AHLAK KURALLARININ BELİRLENMESİ

Determination of General Moral Rules In The Contracts

Dr. Derya ATEŞ¹

Geliş Tarihi: 28.07.2017

Kabul Tarihi: 20.09.2017

ÖZET

Kanun koyucu tarafından farklı yasal düzenlemeler içinde yer alan “genel ahlâk” kavramı, hâkim tarafından *re’sendikkate* alınması gereken, *emredici, objektif, nisbi, değişken* ve çerçev hukuk ilkesidir. Kanunda bulunan bir hükmün, hâkim tarafından somut meseleye doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı durumlarda, *intralegemkanun boşluklarının* varlığından söz edilir. Kanun koyucunun tamamen iradi ve bilinçli olarak yarattığı ve sadece normun genel çerçevesini çizdiği bu tür yetkilendirmelerde, söz konusu boşluğu doldurması gereken kişi, kendisine buyönde takdir yetkisi tanınan *hâkimdir (MK.m.4)*. Tıpkı genel ahlâk kuralı kavramında olduğu gibi. Dolayısıyla somutlaşmadıkça boşluk içeren tüm çerçeve hukuk kuralları gibi, hâkimin genel ahlâk kavramındaki bu boşluğu doldurması, yani kuralı *somutlaştırması* şarttır. Zira toplumda var olan bütün genel ahlâk kurallarının listesini oluşturmak ve uygulanmak üzere hâkime sunmak hiçbir dönemde mümkün değildir. Hukuk düzenlerinde tanınan tüm haklar ve kurallar açısından geçerli olduğu gibi genel ahlâk kuralları da aslında içeriklerinde korudukları *değerler* ile somutlaştırılabilirler. Dolayısıyla hâkimin yapması gereken; kavramın içeriğine dâhil olan değerleri bulmak ve korunmak istenen temel hukuki menfaatlerin, somut meselede amaçlarına uygun kullanılıp kullanılmadıklarını; böylece kuralın ihlal edilip edilmediğini tespit etmektir.

Buna göre korunan değerler; bir yandan MK.m.23 hükmüne ve temel hak ve özgürlüklere paralel, genel anlamı ile şahsiyeti koruduklarından “*kişisel*”; bir yandan da sosyal düzen üzerine kurulduklarından “*toplumsaldırlar*”.

ABSTRACT

The “concept of public morality” used by legislator in several legal legislations is a compulsory, objective, comparative, variable and general principles of law that should be considered ex-officio by the judge. If it is not possible for the judge to practice a rule in the law directly to a concrete situation, it is called intra legemsilence of law. It is the judge that is legitimised with judicial discretion who has to fill the mentioned gap if the legislator formed a general frame for authorisation voluntarily and consciously (CL.art.4). Same as the concept of public morality. So it is obligatory for the judge to fill the gap in this general ethics concept as it is obligatory for all the general principles of law that have gaps if it is not concretized. Because in any terms, it is impossible to submit the list all the general ethics rules in the society to the judge for practice. Same as all rights and laws that are recognised in the legal order, the general ethics rules can be concretized by the values that are preserved in their content. Hence the judge should find the values in the concept and determine if there is any breach in the law by checking whether the basic legal principles are protected and used according to their expedient. According to this; the values are “personal” due to protecting the individuals by CL.art. 23 provision and by being paralel to basic rights and freedoms; also “social” due to being established on social order. Naturally it is possible for these values to change, vary or transform in the social life continuity; or even need special protection by legal order for general ethic rules. The actuality of protecting the values by general ethic rules do not change even in situations where the legal order is perceptibly written.

¹ Dr.Derya Ateş, Türkiye Noterler Birliği Hukuki Danışman Yrd.

Elbette ki sosyal hayattaki süreklilik içinde bu değerlerin değişmesi, çeşitlenmesi ya da farklı şekillere bürünmesi, hatta birçoğunun bizzat hukuk düzeni tarafından korunarak genel ahlâk kurallarının özel koruma alanına ihtiyaç duymaması mümkündür. Ancak hukuk düzeninin somut olarak metne aldığı durumlarda dahi bu durum, değerlerin genel ahlâk kuralları tarafından da korunmaları gerektiği gerçeğini değiştirmez. Sonuç olarak önemli olan, hâkimin bu kişisel ve toplumsal menfaatleri yorum araçlarıyla, objektif ve temel hukuk ilkelerine uygun değerlendirmesi; ayrıca ulaşacağı sonucun da toplumun ortak değer yargılarına, kamusal vicdanına ters düşmeyen, az çok benzer olaylarda uygulanabilir nitelikte olmasıdır.

In summary the important issue is for the judge to evaluate these personal and social benefits through objective and basic legal principles; also his conclusions not to be opposing to the common values of the community, public conscience and to be applicable to similar situations.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme Özgürlüğü, Genel Ahlak, İntraLegem Boşluk, Hâkimin Takdir Yetkisi, Kişilik Hakları,

Keywords: Contract freedom, General ethics, Intra Legem Gap (silence of law), Judicial Discretion of the Judge, Personal Rights

I- “İntraLegem Boşluk” ve “Hâkimin Takdir Yetkisi”

Toplumsal hayattaki sürekli değişim ve gelişim içinde, mevcut hukuk kurallarının bütün hukuki olayları ve sorunları karşılaması mümkün değildir. Bu nedenle genel ve soyut hukuk kuralları kanun koyucu tarafından ne kadar mükemmele yakın düşünülse ve düzenlense de, bir noktada, sosyal hayattaki değişim ve hareketliliğe bağlı olarak eksik kalabilir. Somut olaya uygulanabilecek yazılı olan ya da olmayan hiçbir hukuk kuralının bulunmaması halinde ortaya çıkan *hukuk boşluklarında*, kanun koyucunun hâkime hukuk yaratma yetkisini tanınması da zaten bu düşüncenin bir göstergesidir (MK.m.1). Buna karşılık, somut meseleye uygulanacak yazılı bir hukuk kuralı bulunmadığı (*PreaterLegem Boşluk*) ya da kanunda bulunan hükmün hâkim tarafından meseleye olduğu gibi uygulanmasının kanunun amacına, menfaat dengelerine aykırı düştüğü durumlarda (*IntraLegem Boşluk*) ise *kanun boşluğundan* söz edilir. Bu bağlamda, çerçeve bir hüküm olarak genel ahlâk kurallarına göndermede bulunan yasal düzenlemeler de (MK.m.23, BK.m.26, m.27, m.49/ II gibi) aslında kanun dışı bir değere atıfta bulunarak “*intralegem boşluklar*” yaratırlar.

Aslında kanun koyucu bu tür boşlukları yaratırken, somut olayın özelliklerine ve şartlarına göre değerlendirme yapılmasını, böylece belirsizliğin giderilmesini istemektedir. Bu sebeple iradi ve bilinçli olarak sadece normun genel çerçevesini çizer ve bir tür yetkilendirme ile (MK.m.4) hâkimden bu

boşluğu doldurmasını ister. Dolayısıyla, genel ahlâk kurallarının korunması ile sözleşme özgürlüğü ilkesi arasındaki menfaat dengesini sağlayacak özeni göstermek hâkimin görevidir. Elbette ki hâkim bakımından bir toplumdaki bütün ahlâk kurallarının listesini çıkarmak, ardından bunlardan iyi olanları, toplumun kamusal vicdanında benimsenerek genel ahlâk kuralı halini alanları belirlemek mümkün değildir. Bu tespit ancak somut olayın bütün özellikleri içinde ve fiili durumun tüm unsurları ile yapılabilir; bunun içindir ki kanun koyucu bu görevi hâkime bırakır².

Öte yandan belirsizliği yaratan sadece genel ahlâk kavramının kendisi ve içinde koruduğu hukuki menfaatler değil; aynı zamanda kanun koyucunun meseleyi olumsuz ifadeler ile metne alıştırdır. Çünkü kanun asla genel ahlâk kurallarına uygun sözleşmelerle ilgilenmez; aykırı olanlarla ilgilenir. Sonuçta hâkim, genel ahlâk kurallarının ne olduklarını değil ancak ne olmadıklarını araştırmalıdır³. Peki ama hâkim takdir yetkisini neden, hangi sınırlar içinde ve nasıl kullanacak; bu boşluğu hangi hukuki değerler ışığı altında dolduracaktır?

Her şeyden önce hâkim, kendisine tanınan bu takdir yetkisini kanunun çizdiği sınırlar içinde, genel ahlâk kurallarının konuluş amaçlarını göz önünde bulundurarak ve MK.m.4 hükmünde de açıkça belirtildiği üzere “*hukuka ve hakkaniyete*” uygun olarak kullanmak zorundadır. O halde hâkim somut meseleyle ilgili uygulayacağı yasal hükümdeki, takdir yetkisinin kapsamının, olay için mi, olayın unsurları için mi, yoksa hukuki sonuçları için mi öngörüldüğünü tespit etmelidir. Çünkü kendisine tanınan yetki her olayda aynı unsura yönelik değildir.

Ardından, hâkimin genel ahlâk kavramındaki boşluğu doldurması ve kuralı somutlaştırmasına ihtiyaç vardır⁴. Kanun koyucunun tanıdığı bu imkân; hüküm özel bir duruma uygulanırken, içeriğinin ya da doğrudan kendisinin hâkim tarafından açıklanmasını; daha sonraki zamanlarda yeni uygulama imkânları doğduğunda ise içeriğindeki etik ilkenin güncellenmesini mümkün kılar⁵.

² Pierre Engel, sh.198 ; Reichard, sh.156.

³ Böylece aslında kanun koyucu, yasal düzenlemelerde olmayan bir kavrama “genel ahlâk olmayanlara” (lesnon-bonnesmœurs) göndermede bulunmaktadır. Zufferey-Werro, sh.87.

⁴ Genel ahlâk kuralları, dürüstlük kuralları, hakkaniyet, kişilik hakları gibi genel hukuk ilkelerinin bu tür somutlaştırılma ihtiyaçları için bkz. Deschenaux, sh.140-141; Morin, (droits), sh.84; Merz, n.29-30, Terre/Simler/Lequette, sh.278 ; Engel, sh.198 ; Reichard, sh.33.

⁵ Deschenaux, sh.142. Genel ahlâk kuralları, kanun koyucunun ahlaki yapının hukuk düzenine, girmesini istediği zamanlarda açıklanmaktadır. Bu durum özel olarak Fransızca’da genel ahlâk kavramının (*bonnesmœurs*) iyi ahlâk kuralları olarak ifade edilmesinde de kendini göstermektedir. Özellikle sözleşme hukuku alanında, genel ahlâk kuralları, sözleşme özgürlüğü ilkesinin kişinin genel menfaatini tehlikeye soktuğu durumlarda düzeltici bir araç gibidir. Zufferey-Werro, sh.87.

Sonuç olarak bir olayın genel ahlâk kurallarına aykırı olup olmaması bir hukuk meselesidir⁶ ve bunu çözmesi gereken kişi de bizzat hâkimdir.

Bu noktada bizce hâkim öncelikle *anayasal ilkeler ile temel hak ve özgürlükleri dikkate almalıdır*⁷. Yorum araçlarıyla, yine temel bir hukuk ilkesi olan dürüstlük kurallarına uygun (MK.m.2) objektif karar verirken de kişisel duygu, düşünce ve değer yargıları ile sübjektif ahlâk anlayışından uzaklaşmalıdır. Böylece sözleşmelerin genel ahlâk kurallarına aykırılık halinde geçersiz olacaklarını hükme bağlayan kanun koyucunun maddedeki *ratio legis*ine ve temelde kabul ettiği çıkarlar dengesine uygun davranacaktır. Ulaşacağı sonuç toplumun ortak değer yargılarına, kamusal vicdanına ters düşmemeli ve az çok benzer olaylarda uygulanabilir nitelikte olmalıdır⁸.

II- Genel Ahlâk Kuralları ile Korunan “Temel Hukuki Değerler”

A) Genel Olarak

Yukarıda da belirttiğimiz gibi sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri olarak genel ahlâk kavramını somutlaştırmaya çalışırken, belli bir toplumda yada toplulukta geçerli olan bütün ahlâk kurallarının listesini çıkarmak ve ihtiyaç olduğunda bunlar içinden bir seçim yapmak mümkün değildir. Bu yöndeki bir çaba bizi sadece eksik ve ahlâk kurallarındaki değişiklikler karşısında her zaman yetersiz kalacak bir sonuca götürecektir. Örneğin, bizim hukuk sistemimiz için genel ahlâk kavramı, Anayasa dışında (Any.m.28, m.141) Ceza hukuku içinde “Genel Ahlâk Aykırı Suçlar” başlığı altında düzenlenmekte (CK.m.225-229) ve suçlar; *hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkân sağlamak ile dilencilik* olarak sayılmaktadır.

⁶ Eğer gelenekler, ahlâk veya din kuralları gibi, hukuk dışı bir alandaki düzenlemeler ile çözümlenecek bir mesele söz konusu ise, bu durumda boşluk olmaz, ancak *hukuk dışı* bir alan (domaine extra-juridique, einrechtsfreier Raum) söz konusu olur. Bu kavramla ilgili bkz. Engisch, Der rechtsfreie Raum, Zeitschrift für gesamte Staatswissenschaft, sh.385 vd; Deschenaux, sh.90. Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında, hukuki bir mesele olarak görülen bu durum, Fransız hukukunda kesin olarak hâkim tarafından takdir edilecek maddi bir mesele (*question de fait*) olarak kabul edilir. Bu konuda bkz. Zufferey-Werro, sh. 88; ayrıca sh. 351, dipn.18; Roy/ Schöenenberger, sh.40.

⁷ Anayasal normların özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulanmaları irade özerkliğini ortadan kaldırmaya kadar gidebilir. Bu sebeple kurallar doğrudan değil dolaylı yoldan özel hukukta etki doğurabilecek şekilde uygulanmalıdır. Hâkim özel hukukun genel hükümlerini yorumlarken, kanundaki boşlukları doldururken, hukuk yaratırken anayasal ilkeleri ve temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak hareket edecektir. Atamer, sh.186.

⁸ Son dönemde Alman Anayasa Mahkemesi tarafından benimsenen yeni görüşe göre genel ahlâk kuralları da tıpkı kamu düzeni gibi, kötüye kullanılmaması için pozitif anayasal değer yargıları ile somutlaştırılmalıdır. Çünkü temel hakları koruma görevi sadece kanun koyucunun değil, kanunları uygulayan, yerine göre kendisine takdir yetkisi de bırakılan hâkimin görevlerindendir. bkz.Fromont, sh. 348; ayrıca Schönle, sh.67 vd.

Ancak acaba genel ahlâka aykırı hareketlerin kanun koyucu tarafından suç olarak belirlenen bu durumlarla sınırlı olduğunu söylemek doğru mudur? Aksi halde *her hak içeriğinde koruduğu değerler ile somutlaştırılabileceğine* göre; genel ve soyut olan bu kavramın içini dolduracak olan ve böylece genel ahlâk kavramını somutlaştıracak olan değerler nelerdir?

Genel ahlâk kuralları, bireylere ait sübjektif ahlaki değerlerden farklı olarak hukuk düzeninin koruması altındadır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere Anayasa ve Ceza Kanunu dışında özel hukukta, kanun koyucu bireye, “senin özgürlüklerini kimse genel ahlâk kurallarına aykırı sınırlayamaz sen bile” (MK.m.23/1); ya da “sözleşme özgürlüğünün sınırlarından biri de yapacağın sözleşmenin genel ahlâk kurallarına aykırı olmamasıdır” (BK.m.26) gibi tehditler koyarken; aslında aynı zamanda kişilere bazı “hak”lar da tanımaktadır. O halde yapılması gereken hukuk düzeni tarafından tanınan ve korunmasını isteme yönünde bireyi yetkili kılan bu menfaatler bütünü belirlemek olmalıdır. Çünkü, her ne kadar genel ahlâk kurallarının bir listesini oluşturmak mümkün değilse de; içtihat ve doktrinden yola çıkarak, kavramla korunmak istenen *hukuki menfaatler ve değerler belirlenebilir*.

Ancak bu noktada şu hususu dikkatten kaçırmamak gereklidir ki, toplumlara ait bu menfaat ve değerler; belli kültüre, dünya görüşüne bağlı olarak zamana ve mekâna göre her zaman değişime açıktır. Burada bir çelişki yoktur çünkü hukuka olduğu kadar, genel ahlâk kurallarına da nisbilik özelliğini veren zaten budur. Örneğin bugün ötenazi, kürtaj, cinsel özgürlükler ve aile yapısında yaşanmaya başlayan değişimler artık sadece batı toplumlarında değil bizim toplumumuzda da tartışılmaktadır. Çünkü korunan menfaatler, değerler değişim gösterdikçe, o topluma ait genel ahlâk anlayışı da değişmektedir. Bu sebeple aslında bugün bizim de içini doldurmaya çalıştığımız değerler Türk toplumunda bir süre sonra genel ahlâk kavramı tarafından korunmayabilir ya da tam aksine bugün için toplumda bir menfaati ifade etmeyen herhangi bir durum bundan yüz yıl sonra toplum için genel ahlâk kuralları bakımından önemli bir değer haline alabilir. Ancak kanaatimizce değişmeyecek olan, bulunan zamana ait olmak üzere “*o değer*in temel ve dokunulmaz” niteliği olacaktır ki, toplum o değeri kamusal vicdanında bireysel ahlâktan üstün tutarak genel ahlâk kuralı haline getirmiş olsun⁹.

O halde, kişilerin karşılıklı olarak girmek istedikleri sözleşme ilişkisinde, özgürlüklerinin genel ahlâk kuralları ile sınırlandırılmasında kanun koyucunun korumak istediği hukuki değerler, menfaatler nelerdir? Bu değerlere ulaşabilmek adına nasıl bir muhakeme yapılmalıdır? Her şeyden önce, BK.m.26

⁹ ATF129/2003IIIp.209=SI2003Ip.374-375;Engel, “L’évolutionRécenteDuDroitDesObligations, Lausanne, 2004, sh.14. Ayrıca bkz. Ateş, sh.251 vd.

hükmü ile sınırı çizilen *sözleşme özgürlüğü*, tıpkı diğer özgürlükler gibi kişilik kavramına dâhil olan ve hukuk düzeni tarafından korunan değerlerdendir. Kişilik haklarının da aslında, kişisel değerler bütünü üzerinde geçerli olan haklar olduğu göz önünde bulundurulduğunda; bunlara özgü nitelik ve hukuki sonuçların, kendi konusuna giren tüm değerler yönünden de geçerli olacağı çok açıktır. Bu sebeple kanun koyucu MK.m.23 ve devamında hem kişilik kavramını hem de *sadece kişi olması sebebiyle ona tanınan*; ehliyetlerini, özgürlüklerini ve maddi, manevi, ekonomik bütünlüklerini korumak istemekte; BK.m.26 hükmüyle ise, özgürlüklerinden birinin geçerlilik sınırlarını ortaya koymaktadır. Bu sebeple aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, genel ahlâk kuralları herşeyden önce anayasal düzen içinde temel hak ve özgürlükleri, yani kişilik haklarını ve dolayısıyla bu anlamda korunan tüm hukuki değerleri içermektedir.

Bu konuda *Hatemi*, genel ahlâk kurallarının içeriklerinin belirlenmesinde değil ancak, kuralların uygulanabilirlik denetimlerinde anayasal düzenin ve ilkelerin esas alınması gerektiği görüşündedir¹⁰. Ancak kanaatimizce, genel ahlâk kuralları da her ne kadar içeriğinde sosyolojik kurallar ve ahlâk kurallarını barındırır da; tıpkı kamu düzeni kavramı gibi kötüye kullanılmaması için *pozitif anayasal değer yargıları ile somutlaştırılmalıdır*¹¹. Çünkü bütün özgürlükler, her ne kadar *bireye* ait olsalar da, sosyal hayat içindeki kullanımları ortak alana müdahale edeceğinden her zaman *toplumsal* bir yön de içerirler. Kaldı ki Anayasal değerlerin bütün hukuk düzeni için üst bir denetim aracı olduğu düşünüldüğünde, genel ahlâk kuralları ile korunan değerlerin aynı zamanda anayasal teminat altında bulunmaları ve aynı denetime tabi olmaları da bizce bir çelişki oluşturmamaktadır. Kaldı ki ne bütün anayasal değerler genel ahlâk kuralları tarafından korunmakta, ne de genel ahlâk kuralları ile korunan değerlerin anayasal hükümler halinde pozitif hukukta yer alması

¹⁰ Hatemi, sh.104 vd. Yazara göre anayasal düzene aykırı ahlâk kurallarının uygulanabilmesi mümkün olmayacağından, hem kavramın sınırlarının belirlenmesinde hem de üst bir denetim aracı olarak aynı anayasal değerlerin kullanılması doğru değildir. Aynı görüş için bkz. Atamer, sh.153. Aksi görüş için bkz. Zufferey-Werro, sh.108.

¹¹ Anayasada yer alan sosyal hukuk devleti ilkesi (m.2/5), eşitlik ilkesi (m.10), çalışma ve sözleşme özgürlüğü ilkesi (m.48), tüketicinin korunması (m.172) gibi ilkeler bu yoldan özel hukuk kişileri arasında aktive edilebilecek ve sözleşme içeriğinin bir sınırını oluşturabilecektir. Bunların yanı sıra bir hukuk kurumu olarak sözleşme, evlilik, özel mülkiyet, vasiyetname, rekabet, temel hukuk ilkeleri olarak irade özerkliği, güven ilkesi, kişiliğin korunması ise kavramı somutlaştırmada devreye girebilecektir. Anayasal normların özel hukuk ilişkilerine *dolaylı* olarak uygulanmaları bugün genel olarak kabul edilen yaklaşımdır. Buna göre anayasal normların doğrudan uygulamaları, irade özgürlüğünden vazgeçme noktasına kadar gidebilir. O halde, hâkim özel hukukun genel hükümlerini yorumlarken, kanundaki boşlukları doldururken, hukuk yaratırken anayasal ilkeleri ve temel hak ve özgürlükleri dikkate alarak hareket etmelidir. Bu konu ve anayasal normların doğrudan uygulanmaları hakkındaki görüşler için bkz. Atamer, sh.186-187, özellikle dipn.244. Ayrıca Serozan, sh.272.

şartı bulunmaktadır. Bir ahlâk kuralını (ya da sosyolojik kuralı) genel ahlâk kuralı haline gelmesi, zaten toplumdaki kamusal vicdanın rahatsız edilmesiyle mümkündür, anayasal bir hükmün ihlali ile değil. O halde, kanun koyucu tarafından ortaya konulan genel ahlâk kuralları gibi çerçeve hükümlerin içini dolduracak değerlerin, temellerini anayasal değer yargılarından almaları da kaçınılmazdır¹².

Üstelik hukuk düzeninin koruduğu bir değer genel ahlâk kuralları tarafından da gözetilmesi, bu değerlerin toplumsal vicdanda da benimsendiğinin ve yazılı hukuk kuralları olmanın ötesinde toplumdaki etik alt yapıya da işlediğinin bir göstergesidir. Eğer ortak koruma alanındaki bu değerler pozitif hukuk düzeni tarafından somut hukuk normları halini almışsa ihlalleri elbette ki öncelikle hukuka aykırılık oluşturacaktır. Ancak bu durum dahi aynı değerlerin genel ahlâk kuralları tarafından da korunması sonucuna bir engel teşkil etmez. Dolayısıyla bu noktada Anayasal değerler bizce üst bir denetim aracı olmaktan önce, kavramın içeriğine dâhil, onu somutlaştıran hukuki varlıklara da işaret edebilir. Öte yandan şüphesiz ki, sözleşme özgürlüğü Anayasanın 40 ıncı maddesinde düzenlenen bir temel özgürlük olduğundan, sınırlarından biri olarak genel ahlâk kuralları kavramının da nihai olarak Anayasaya uygun olması şarttır ve bu denetim içeriğe ait değerlerden farklı bir hukuki aşamadır.

Ancak hem felsefi anlamda etik kurallarıyla örtüşen, hem de kanunların ruhu ile genel ahlâk kurallarını oluşturan bu değerler sadece insana insan olması sebebiyle tanınan kişilik hakları değil; aynı zamanda toplumsal ilişkilerin korunması için de yol gösterici olan değerlerdir. Çok çeşitli ve hiçbir zaman sınırlanmaları mümkün olmayan bu değerler toplumsal hayattaki süreklilik, teknolojik gelişim ve değişimle beraber yenilenebilir ya da zamanla yok olabilir. Doğaldır ki değerlerden bir kısmı sadece gerçek kişileri ya da sadece tüzel kişileri, bir kısmı ise, her ikisini birden ya da toplumun tamamını hakkın konusu olarak kabul edebilir.

Elbette ki bu değerleri tespit etmek ve böylece genel ahlâk kavramını somutlaştırmak görevi önüne gelen her meselede bizzat hâkime aittir. Ancak mademki hâkimin önüne bir toplumdaki bütün genel ahlâk kurallarının listesini

¹² Alman Federal Mahkemesi de, aile bireylerinin birbirlerine karşı verdikleri ve çok yüklü kefalet miktarlarını içeren kefalet sözleşmelerinin genel ahlâka aykırı oldukları yönündeki 19 Ekim 1993 tarihli kararında da aynı yöndeki görüş ifade edilmektedir. *“Anayasa, temel haklar bölümünde, hukukun her alanı için geçerli anayasa hukukuna ilişkin temel değer yargıları içermektedir. Bu değer yargıları ilgili hukuk dalına ilişkin çerçeve hükümlerin yorumlanmasında etkili olurlar. BGB § 138 ve § 242 hükümleri de, genel ahlâk kuralları ve dürüstlük kurallarına göndermede bulunurken, maddelerin Anayasal temel ilkeler ve değer yargıları ile somutlaştırılmaları gerekmektedir.”* NJW 1994, 36. Bu konuda ayrıca bkz. Ateş, sh.252 vd.

oluşturarak koyabilmek mümkün değildir, o halde hangi değerlerin korunması gerektiğinin belirlenmesi yeterli olmalıdır.

O halde genel ahlâk kuralları yönünden bu değerler, bir yandan genel anlamı ile şahsiyeti koruduklarından “*kişisel*”; bir yandan da sosyal düzen üzerine kurulduklarından “*toplumsaldırlar*”¹³. Bu sebeple biz de genel ahlâk kurallarının hangi hukuki değerleri koruduklarını, MK.m.23/II ve BK.m.26 hükümlerinin kapsamlarını da göz önünde bulundurarak, kişisel ve toplumsal değerler ayırımı ile ele almayı uygun bulmaktayız.

B)Korunan Temel Değerler

1)Kişisel Değerler

Bu değerler kişiliğe bağlı maddi, manevi ve ekonomik bütünlüğü koruyucu değerler olabilir. Aynı değerlerin hem *kişilik hakları* hem de *genel ahlâk kuralları* tarafından korunmaları ise değerlerin tahdidi olmamaları ve zaman içinde değişim göstermeleri göz önünde bulundurulduğunda bir çelişki oluşturmaz. Üstelik aşağıda da detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere zaten genel ahlâk kuralları kişilik haklarını kapsamaktadır.

Maddi değerler kişinin sadece bedensel bütünlüğüne dair olup, duygusal ya da toplumsal hayata katılımı ile ilgili olmayan değerlerdir. Bu değerlerden, her bireyin yaşaması için önemli olan fiziksel ve zihinsel fonksiyonlarına saygı ile bu değerlerin korunmasını ifade eden “*hayat hakkı*” gerçek kişiler için en temel haktır (Any.m.17/f.1). Bu sebeple özel amaçlarla insan hayatı için risk taşıyan sözleşmeler dışında; borçlunun ya da bir üçüncü kişinin hayatını tehlikeye sokacak ya da bu tür durumlara sebep olabilecek sözleşmeler BK.m.26 hükmü gereğince sadece kişilik haklarına değil aynı zamanda genel ahlâk kurallarına da aykırılık yaratır¹⁴. Zira hayat hakkının mutlak ve temel niteliği, hukuk sistemi içinde geçerli olan bütün değerler tarafından korunmayı gerektirir ki, genel ahlâk kuralları da bunlardan biridir.

Bunun içindir ki, her ne kadar kişinin hayatına son vermesi ya da buna teşebbüs etmesi herhangi bir yaptırıma tabi olmasa da; hiçbir hukuk düzeninde kişinin “*intihar hakkından*” bahsedilmez ve bir kişiyi intihar etmeye teşvik etme yönünde yapılan bütün anlaşmalar BK.m.27 hükmü gereğince sadece kişilik haklarına değil genel ahlâk kurallarına da aykırılık taşıyacağından geçersizdir¹⁵.

¹³ Hakların ve özel olarak BK.m.26 hükmünün kişisel olmalarıyla ilgili bkz. A.Bucher, sh. 138; Deschenaux/Steinauer, sh.168. Ayrıca toplumsal nitelikte ilgili bkz. Ost/Kerchove, sh.91; Zufferey-Werro, sh.171.

¹⁴ Deschenaux/Steinauer, sh.170; Tercier, (personnalité), sh.54; A.Bucher, sh.128; Engel, sh.284; Thévenaz, sh.146; Zufferey-Werro, sh.173.

¹⁵ Kişinin ölümü halinde zaten intihar eden kişinin cezalandırılmasının imkânsız hale gelmesi,

Aynı şekilde, özellikle iyileşmesi mümkün olmayan ve çok ciddi fiziksel acılar çeken hastalar için ölüm hakkı tanınıp tanınmaması yani “ötenazi (*euthanasie*)” hukuk düzenlerinde ve tıp dünyasında oldukça tartışılmaktadır. Bu konuya özellikle meslek ahlakı boyutu sebebiyle kısaca değinmek istemekteyiz. Ötenazi geleneksel olarak ikiye ayrılır. *Aktif ötenazi*, ölüm döşeğindeki bir kişinin kasıtlı olarak hayatına son verilmesini; *pasif ötenazi* ise, bir hasta veya yaralının hayatını uzatabilecek tedavi, ilaç ve teknik imkânları kabul etmemesini ifade eder. Aktif ötenazi yönündeki sözleşme, bir kimsenin, hastanın hayat hakkına aykırılık taşıyan davranışta bulunması yönündeki taahhütleri içerir ki bu davranış genel ahlâka aykırılık taşımasının da ötesinde *hukuka aykırıdır*¹⁶. Pasif ötenazi ise, hastalığın artık ölümle sonuçlanması kesin olduğunda ve kişi çok ciddi bedensel ızdıraplar çektiğinde söz konusudur. Bu durumu doktrin hastanın ayırdetme gücü olup olmamasına göre ikiye ayırarak inceler. Kişinin ayırdetme gücü varsa, her ne kadar durum *meslek ahlakı* ile bağdaşmasa da, doktorların tek başlarına tedaviye başlama ve bırakma imkânları olmadığından, bu irade¹⁷ hukuka uygun kabul edilir. Ölüm döşeğindeki kişinin isteğine saygı duyulmalıdır¹⁸ ve burada kişinin hayat hakkı üzerindeki tasarrufu söz konusudur. Hastanın ayırdetme gücü yoksa pasif ötenaziye başvurma hakkı doktora bırakılmaktadır. Güncel eğilim doktorların hastanın farazi iradesi doğrultusunda karar vermeleri gerektiği yönündedir. Diğer görüşler tek başına farazi iradenin yetmeyeceği, yakınlarının iradesi ve meselenin *meslek ahlakı* kurallarıyla beraber incelenmesi gerektiği çünkü insanlık onurunun bazen hayat hakkından daha güçlü olduğu şeklindedir¹⁹.

aslında kişinin ölüm hakkının var olması ve somutlaşması anlamına gelmez. Bu durum hukuk düzeninin çaresizliğini ifade eder. Thévenaz, sh. 148. Bkz. Dijon, Le sujet de droit en son corps, Une mise a l'épreuve du droit subjectif, Namur et Bruxelles, 1982, sh.576 vd. Bu durumun aksini ifade etmek, bir kişiyi intihar etmeye teşvik eden kişinin davranışını yasal kılacaktır ki bu, ne hukuk düzeni ne de genel ahlâk kuralları tarafından kabul edilebilecek bir durum değildir

¹⁶ Özel hukuk açısından bu tür bir davranış hukuka aykırılık taşıyacağından kişinin yakınlarının manevi tazminat talepleri söz konusu olabilir. (BK.m.56) Ceza hukuku açısından ise, durum. TCK.m.81 vd. anlamında kasden adam öldürme suçunu oluşturur. Ayrıca doktorların meslek hayatlarına başlamadan yaptıkları hipokrat yeminlerinde, kendisine başvuran kişiye öldürücü bir ilacı almasını söylemek veya bu yönde bir telkinde bulunmaya girişmek yasaklanmıştır. Hipokrat yemini § 4, Thévenaz, sh.150, dipn.29.

¹⁷ Hastanın yeterince bilgilendirildikten sonraki rızası önemlidir. Kişi artık bu yolu seçtiğinde, ayırdetme gücü de bulunsa önceden tedavi için verdiği rızalar geçerli olmayacaktır. Deschenaux/Steinauer, sh.196

¹⁸ Thévenaz, sh.150.

¹⁹ İnsanlık onuru için bkz. Pavia, La Dignité de la Personne Humaine, Cabrillac/Frison Roche/Revet, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003 içinde, sh.129-145. Ötenazi konusundaki yeni eğilimler, ötenazinin cezalandırılmaması yönünde gelişmektedir. Bazıları, aracı olarak kullanılan kişi tarafından intihar olarak görmektedir. 1976 yılında, Avrupa konseyi parlamenterler meclisi (*Assemblée parlementaire du conseil de l'Europe*)

Korunan bir diğer menfaat, hayat hakkına bağlı olan “*kişilerin bedensel bütünlükleridir*”. İnsan bedeninin dokunulmazlığı, fiziki bütünlüğü, sağlığı, bedensel kuvveti ve görünümü, normal olarak vücut işlerliğini sağlayan tüm öğeleri kapsar. Dolayısıyla hem fiziksel hem de zihinsel öğeleri içinde barındırır²⁰. Bu sebeple kişinin üzerinde tasarrufu daha fazla olan bir haktır. Bu hak, hukuk düzenlerinde hem yazılı olan (Any.m.17/f.2, MK.m.23 gibi) hem de yazılı olmayan (genel ahlâk kuralları gibi) hükümlerle ve yasaklarla korunan menfaatlerdir²¹. Sözleşmenin özel amacından doğan riskler dışında²², vücut bütünlüğü için tehlike yaratan durumlar da her zaman genel ahlâk kurallarına aykırılık yaratmaktadır. Yine Türk toplumu yönünden “taşıyıcı annelik sözleşmeleri”, yani doğacak olan çocuğun kiralık bir anne karnında büyütülmesi; aynı şekilde “çocukları olmayan çiftler için sperm ya da yumurta bağışlanması” yönündeki sözleşmeler genel ahlâka aykırıdır.

Öte yandan, toplumsal hayatın sürekliliği içinde ortaya çıkan manevi ve duygusal ilişkiler ağı, bireylerin özgürlükleri, isim hakkı, şeref ve haysiyet ile sır çevresi değerleri gibi farklı menfaatlerinin de korunması ihtiyacını doğurmaktadır. Buna göre, manevi değerlerin en önemlilerini özgürlükler oluşturur. Genel bir düzenleme ile kanun koyucu tarafından, MK.m.23/II hükmünde metne alınan özgürlükler, ancak aşırıya gitmemek kaydı ile ve hukuk düzeni ile genel ahlâk kuralları çerçevesi içinde kalınarak sınırlandırılabilirler.

Bu bağlamda, bireylerin din, politika, sanatsal görüş gibi farklı hareket alanlarına dair öncelikle bağımsız vicdani kanaatlere sahip olabilmelerini, daha

bu konuda şu kararı vermiştir: “insan hayatının uzatılması, acıları da dindirmek amacı olan tıp uygulamasında (alanında) kendiliğinden tek amaç olarak kabul edilmemelidir.” Meclise karşın Dijon, ötenazi hareketinin sahibinin ölen kişinin isteği veya sadece kendi rızası ile işlemi tamamlamasına göre ayırım yapmayı önermektedir; bu ayırımın, bir kişilik hakkına aykırılığa verilen rızanın şeklini aynı biçimde uygulayan CC.m.27/2 karşısında hiçbir önemi yoktur. Nitekim, Gauthier’in dikkate aldığı gibi, aktif ve pasif ötenazi arasındaki ayırım, hareketi imtinadan ayırmaya alışkın hukukçulara yardımcı olmaz. Bu iki ayırım tam olarak örtüşmez, madem aktif ötenazi bir hareketi gerektirmektedir, pasif ötenazi de bir harekete ihtiyaç duyar, örneğin, terapiden vazgeçmek gibi bir imtina ile işlemi kesmekte olduğu gibi. O halde gelecekte, bir hastanın hayatına aykırılık taşıyan, insan onuruna saygının teyit ettikleri dışında hukuka aykırı anlaşmalar ile; ölen kişinin hazır veya farazi iradesi gibi hukuka uygun olabilen kişiyi ölüme terk etmek amacı taşıyan imtinaları (ihmalleri) ayırmak gerekecektir. Bu çözüm klasik doktrin tarafından önerilenden farklıdır. Konu hakkında bkz. Thévenaz, sh.151 vd.

²⁰ Tercier, (personnalité), sh.55. Ayrıca bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 171.

²¹ ATF 95/1969 II sh.93; ATF 106=JdT 1970 I sh.330-337. Engel, sh. 284.

²² Örneğin, dublörlerin yaptıkları sözleşmelerde durum böyledir. Hayatlarını ya da vücut bütünlüklerini tehlikeli bir sahnede oynayarak riske atan dublörler (*coscader*) için yaptıkları taahhüdün geçerliliği kabul edilebilir. Engel, sh.284.

sonra bu fikirleri yönünde karar verebilmelerini ifade eden “*karar özgürlüğü*”²³ genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerlerdendir. Çünkü hukuk kişilerin iç dünyalarında aldıkları kararlardan çok; bunların sosyal yaşama nasıl ve hangi hukuki sonuçları doğurarak yansıdığıyla ilgilenmektedir. Bu yüzden de her ne kadar, herkes kendine ait kararları almakta özgürse de; hukuk düzeninin belirlediği sınırları aşmamak zorundadır. Medenî Kanunumuzun 23 üncü maddesinde hiç kimsenin, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen dahi olsa feragat edemeyeceğinin; kişisel özgürlüklerin aşırı sınırlanamayacağını belirtmesindeki bir sebep de zaten budur. O halde, sözleşme hukukunun temel ayaklarından birini oluşturan karar özgürlüğüne bağlı olarak, hükmün BK’nun 26 ıncı maddesiyle beraber incelenmesi gerekir. Bu anlamda, örneğin maddi bir menfaat karşılığı belli bir gruba, mesleğe girmeye ya da çıkmaya, milliyet değiştirmeye, kefil olmamaya yönelik taahhütler kişilerin karar özgürlüklerinin genel ahlâka aykırı olarak ihlali sonucu doğuracaktır²⁴.

Karar özgürlükleri içinde, bireylerin diledikleri ilahî ideale inanmalarını, bu doğrultuda ihtiyaç duydukları ibadet ve yaşam tarzlarını hayata geçirebilmelerini ifade eden “*din ve vicdan özgürlükleri*” genel ahlâk kuralları açısından önemli bir yer tutar. İnançlar kişilerin manevi bütünlüklerini meydana getiren, dinlerin statik yapılarına rağmen kişiye göre değişebilen değerlerdendir. Zira dinler değişmese bile, bireysel inançlar ve değerler farklılık gösterebilir. Din ve vicdan özgürlüğü zaman zaman, belli bir birliğe katılma veya bazı ayin ve törenlere dâhil olmayı da gerektirebilir. Ancak hiç kimse, inancına uygun olsun ya da olmasın, dini nitelikli sözleşmelere katılmaya ya da bu özgürlüklerini ihlal edecek şartları içinde barındıran bir sözleşmeye dâhil olmaya zorlanamaz²⁵.

Öte yandan kişileri diğerlerinden ayırarak bireyselleştiren ve toplumsal değeri yanında manevi değerleri de bulunan “*ad (isim) hakkı*” da yine genel ahlâk kuralları tarafından korunmaktadır. Ad kavramı dar anlamıyla kişinin sahip olduğu öz adı ve soyadını ifade ederken, geniş anlamıyla kavram, müstear ad (mahlas), lakap, ticaret unvanı (TTK.m.41-m.54), işletme adı

²³ Karar özgürlüğü, hiçbir zorlama olmadan sadece kendi iradesi altında hareket edebilmeyi ifade etmektedir. Tercier, (personnalité), sh.71. Ancak bu özgürlük de, MK.m.23 hükmündeki ilkelere uygun olmalıdır. Bir kimsenin diğerine bağımlı olarak gerçekleştirdiği bütün taahhütler batıldır. Deschenaux/Steinauer, sh.95; Grossen, sh.12. ATF 104 II 108 = JdT 1980 I 77; ATF 102 II 211; ATF 97 II 108 = JdT 1972 I 648; ATF 69 II 230; ATF 43 II 341= JdT 1917 I 627; ATF 39 II 541= SJ 1913 sh.714 vd; ATF 29 II 114a.; (ATF 104 II 108=JdT 1980 I 77) Thévenaz, sh.240.

²⁴ Engel, sh.284; Deschenaux-Steinauer, sh.90; Tercier, (RDT), sh. 138 ve Thévenaz, sh.241. Ayrıca bu konuda bkz. Ateş, sh.249 vd.

²⁵ Robert, La liberté de religion, de pensée et de croyance, Cabrillac/ Frison-Roche/Revet, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003, içinde sh. 321-339; Carbonnier, sh.133. Ayrıca din özgürlüğüyle ilgili yapılan açıklamaların mutatis mutandis, politik görüş özgürlükleri için de geçerli olduğu hakkında bkz. Thévenaz, sh.180.

(TTK.m.53) ve tüzel kişi adlarını da kapsar²⁶. MK.m.26 ve m.27’de korunması ve değiştirilmesi özel olarak düzenlenen bu kişilik hakkı, eğer seçim ve kullanma özgürlüğü genel ahlâka aykırılık sınırını aşarsa, MK.m.23/II, ya da BK.m.26 hükümlerinin kapsamına da girebilir. Burada söz konusu olan elbette ki, kişinin ad hakkının doğal olarak devredilemez niteliğinin olmasıdır. Şüphesiz ki adın belli amaçlarla “kullanımının devri” mümkündür; tıpkı ticaret unvanını ya da markanın (MarkKHK.m.60) devrinde olduğu gibi. (TK.m.49) Buna karşılık, isim hakkının kullanımını bırakma yönünde yapılan lisans sözleşmelerinde, tarafların aşırı taahhütlerden kaçınma yasağına uymaları gereklidir ki bunu belirleyecek olan, temel borcun süresi olmalıdır²⁷.

Her bireyin, ortak yaşam içinde, özel ve mesleki hayatıyla ilgili gizli kalmasını istediği hususlara dair “*özel yaşam alanları*”²⁸ da genel ahlâk kuralları tarafından korunan değerler arasındadır. Doktrinde bu alan üçe ayrılarak incelenmektedir. Bunlar, herkes tarafından izlenebilen yaşam olaylarından meydana gelen ortak yaşam alanı; kamuya açık alanlarda cereyan etmeyen ancak kişiye yakından bağlı olanlarla paylaşılan dar anlamda özel yaşam alanı ve bir kimsenin kendisi ya da güvendiği kişiler dışında herkese kapalı tutmak istediği sır alanıdır. Toplumsal yaşamın sonucu olarak ortaya çıkan, ilişkilerdeki iç içe geçmişlik, ancak her bireye böyle özgür bir alan tanınarak çözülebilir. Bir arada yaşam da böylelikle daha dengeli ve huzurlu olacaktır. Bu hak her bireye, özgürce ve hayatının her aşamasında kullanabileceği bir koruma alanı sunar.

Bu alanlar içinde genel ahlâk kuralları tarafından korundukları çok açık olan ortak yaşam alanı ve dar anlamda özel yaşam alanı dışında bazı kişiler için biraz daha dar tutulsa; ya da belli meslek gruplarına bu yönde özel bir yükümlülük getirilse bile; herkesin *sır çevresiyle* ilgili menfaatlerinin de korunması esastır. Bu sebeple bir kimsenin rızası olmadan onun özel ya da mesleki hayatını gözetlemek, bunları topluma açıklamak MK.m.24/I anlamında hukuka aykırılık teşkil edecektir. Maddenin ikinci fıkrasında belirtilen ve hukuka aykırılığı ortadan kaldıran durumlardan biriye kişinin “*rızası*”, yani özel hayatına

²⁶ Bu konuda bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 284; A.Bucher, sh.224; Tercier, (personnalité), sh.64; Thévenaz, sh.183; Zufferey-Werro, sh.175. Ayrıca, Akipek/Akıntürk, sh.440 vd. Adın korunmasıyla ilgili bkz. Deschenaux/Steinauer, sh.177 ve 284; A.Bucher, sh.136 ve 224; Tercier, (personnalité), sh.64 vd; Grossen, sh.57. Ayrıca Fransız hukukunda bkz. Carbonnier, sh.62. Ad üzerindeki hakların niteliği konusunda, Fransız hukukundaki baskın görüş bu hakkın, mülkiyet hakkı olduğu yönündedir. Buna karşılık, Türk, İsviçre ve Alman hukuklarında bu hak, kişilik hakları arasında yer alır.

²⁷ Thévenaz, sh.184.. ATF 52 II 276; JdT 1928 I 348. ATF 78 II 265, JdT 1953 I 351

²⁸ Deschenaux/Steinauer, sh.180 vd; A.Bucher, sh.130 vd; Tercier, (personnalité), sh.66 vd; Grossen, sh.90 vd; 2136.

yapılacak müdahaleye izin vermesidir²⁹. İşte bu noktada gösterilecek olan rızanın genel ahlâk kurallarına da aykırılık taşımaması gereklidir.

2)Toplumsal Değerler

İnsan, sadece maddi ve manevi bütünlüklerin oluşturduğu bir canlı değil; aynı zamanda toplumsal yaşam içindeki sosyal bir varlıktır da. Her kişinin bu sosyal hayat içinde ayrı yeri olduğu düşünüldüğünde, toplumsal yaşamdaki uyumun sağlanması ve devamı şüphesiz ki, her birinin bu alana ait menfaatlerinin korunması ile mümkün olabilir. Bu durum bir yandan toplum içinde uyumu; diğer yandan ise bireysel davranışlarda belli bir eşitliği sağlamaktadır³⁰. Ceza Kanunu kapsamında genel ahlâka aykırı suçlar olarak kabul edilen, *hayasızca hareketler, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama ve dilencilik* suçları (m.225-229) ile yine kanun içinde genel ahlâk kavramına göndermede bulunan *aile hukukundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlali*(m.233) ve *genel ahlâk açısından tehlikeli eşyaların müsaderesinde*(m.54) hep bu anlamda toplumsal değerler göz önünde bulundurulmaktadır.

Bu bağlamda aslında manevi değerlerden olan bazı özgürlüklerin toplumsal hayat içindeki etkileri onların sosyal, ekonomik ve toplumsal olarak genel ahlâk kuralları tarafından korunmaları sonucunu doğurmaktadır. Buna göre öncelikle, kişilerin bir yerde kalma, yerleşme ya da orayı terk etme serbestliğini ve kamu düzeni sınırları içinde hayatını düzenlemeyi ifade eden “*hareket özgürlüğü*” ile kısmen ilişkili olan toplumdaki “*cinsellik*” kavramı genel ahlâk kuralları içinde korunan değerlerdendir³¹.

Bu koruma bilhassa iki yönlü içeriği bulunan cinsellik alanında kendini daha fazla hissettirir. Bunlardan ilki kişinin bedenini özgürce kullanabilmesi, diğeri ise bireyin özel duygularına saygıdır³². Bireyler her ne kadar bu alanda özgürlüklere sahip olsalar da, davranışlarının sonucunda utanç, huzursuzluk, rahatsızlık duygusu içine girebilirler. Yukarıda da belirttiğimiz üzere aslında her genel ahlâk kuralının temelinde bireysel ahlâki değerler yatar. Genel ahlâk kuralları bu zemin üzerinde bazılarının zamanla toplumda yaygınlaşıp

²⁹ Tercier, sh.68; Engel, *La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 11.*; Levy, sh.213.; Thévenaz, sh. 185. ATF 102 Ia 516 (i); ATF 97 II 97 = JdT 1972 I 242; ATF 95 I 439 = JdT 1970 I 290; ATF 91 I 200=JdT 1966 I 295.

³⁰ A.Bucher, sh.130 vd; Tercier,(personnalité), sh.63 vd; Deschenaux/Steinauer, sh.176 vd.

³¹ Zufferey-Werro, sh. 174.

³² Tercier, (personnalité), sh.58. Örnek kararlar için bkz. YCGK 24.6.2003 T, E.2003/1-173, K.2003/198, Yarg. 5.CD, 15.3.2005 T, E.2004/10268 E, K.2005/1628, Yarg. 5.CD, 16.6.2003 T, E.2003/5647, K.2003/3829, Yarg. 5. CD, 7.7.2004 T, E.2004/499, K. 2004/5424. Ayrıca. ATF 107/1981 IV 122; ATF 101/1975 IV 134; ATF 94/1968 IV 50; JdT 1962 IV 98 vd.

yerleşmesi ve diğer sosyal düzen kurallarınca benimsenmeleri ile ortaya çıkar. Tıpkı cinsel özgürlüklere bağlı değerleri koruyan genel ahlâk kurallarında olduğu gibi. *Burada artık, bireysel huzursuzluklar zamanla toplumda kolektif bir hal almaktadır*³³. Çünkü toplum bu alanda, belli bir ahlâki homojenlik gösterir ki, objektif olarak genel ahlâk kurallarının içeriği belirleyecek ve ihtiyaç duyulan uyumu sağlayacak olan da budur. Bu sebeple, toplumda cinsel ahlâki yaralayan bütün anlaşmalar genel ahlâka aykırı kabul edilmektedir³⁴.

Evlilik ve aile üzerine kurulu değerler de toplumsal anlamları sebebiyle genel ahlâk kuralları tarafından korunmaktadır. Bunların başında “kişinin yakınlarıyla ilişki kurma hakkı” gelir. Çünkü aile toplum hayatı için vazgeçilemez bir unsurdur ve hem bireysel hem de kolektif değerler bütünüyle korunmalıdır. Genel ahlâk kuralları da bu değerlerden biridir. Toplumlardaki değişim ve hareketlilik aile olgusunun da zamana ve mekâna göre değiştirmekte; bu da doğal olarak genel ahlâk kurallarının nisbiliğine yansımaktadır³⁵. Bu anlamda “evlenme özgürlüğü”³⁶, ve dolayısıyla “boşanma özgürlüğü”³⁷ için de genel

³³ Cinsellik terimi genel bir kavramdır ve cinsel alanda hareket içeren tüm davranışları kapsar. Bu anlamda genel ahlâk kuralları, cinsellik alanında uygulanan genel değerler bütününe dayanır: *beden ve zihin bütünlüğü*, hareket özgürlüğü, karar özgürlüğü, *edep* gibi. Zufferey-Werro, sh.178.

³⁴ Engel, sh.290; Zufferey-Werro, sh.277,291; Deschenaux/Steinauer, sh.172; Tercier, (personnalité), sh.58; A.Bucher, sh.128. Örnek olarak bkz. Yarg. HGK. 20.3.2002 T.E.2002/13177, K.2002/206, Yarg.19.HD. 8.4.1996 T, E.1995/5994, K.1996/3549, Yarg. 4.HD, 18.2.1968 T, E.9317, K.8158, YİBGK, 14.1.1943 T, E.1943/30, K.1948/2.

³⁵ Toplumlardaki bu değişimlere rağmen, ailenin toplum içindeki temel bir hukuki değer olarak algılanması anlayışı değişmemektedir. Şu anda bilhassa Batı Avrupa’da, evlilik birliği kurulmaksızın birlikte yaşamalarda görülen artışa rağmen, ailenin sahip olduğu bu değer değişmemiştir. Elbette ki bunda ailenin hukuki bir kurum niteliği taşıması kadar, toplumda değişen bireysel ahlâk anlayışına rağmen değişmeyen temel etik değerler ile bunları etkileyen dini inanışların da etkisi büyüktür.

³⁶ Kamu hukuku ve özel hukuk alanlarında evlenme özgürlükleri hakkında bkz. Guillo, La liberté de se marier, in Présence et actualité de la constitution dans l’ordre juridique, Mélanges offerts à la Société Suisse des juristes pour son Congrès 1991, Genève, Bale, Francfort-sur-le-Main, 1991, sh.97 vd; Tercier, (personnalité) sh.62; Deschenaux/Steinauer, sh.174; A.Bucher, sh.128; Ayrıca aile hayatı hakkında bkz. Boulanger, La vie familiale, Cabrillac/Frison-Rochet/Revet, Libertés et droits fondamentaux, Paris, 2003, içinde sh.183-203; Thévenaz, sh.177 vd.

³⁷ Evlenme özgürlüğüyle ilgili hükümlerin, mutatis mutandis, boşanma özgürlüğü için de geçerli olması hakkında bkz. Tercier, (personnalité), sh.63; Thévenaz, sh.178. Ayrıca ATF 51 II 118. Öte yandan evlenme bir sözleşmedir ve bazı yazarlara göre bu durumda aslında bizzat sözleşmenin kendisi evlenme özgürlüğünün sınırlarına getirilen bir istisnadır. (Propter matrimonium libertatis matrimonii perdetur) Thévenaz, sh.179. Hatta bu konuda Deschenaux/Steinauer, evlenmenin eşlerin genel özgürlüklerini de ihlal ettiğini çünkü evliliğin bir hayat ortaklığı yarattığı ve genellikle büyük maddi ve manevi sıkıntılar verdiğini belirtmektedir. Eşler, pozitif hukuk tarafından gerçekleşmesi istenen geçerli bir sebep olmadan özgürce boşanamazlar. Bu anlamda da evlenme, CC.m.27/2 hükmünün (MK.m.23/2) bir istisnasını oluşturmaktadır. Deschenaux/Steinauer, sh.92.

ahlâka aykırılık farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Her durumda söz konusu özgürlüklere aykırılık taşıyan bütün şartlar, MK.m.27 hükmü gereğince batıl olacaktır³⁸. Örneğin, eşlerin birbirine zina yapma izni vermesi, eşlerden birinin diğeri üzerindeki bakım-yardım ödevinden feragat etmesi, eşlerden birinin çocuk sahibi olmayacağı yönündeki taahhüdü, karının kocasının gelecekte kendine karşı göstereceği kötü muamelelere karşı manevi tazminat hakkından feragat etmesi, para karşılığı boşanma talebini geri çekme taahhüdü gibi.

Kişilerin, hem özel hayatları, hem mesleki yaşamları itibarıyla toplumda kazandıkları itibar, saygınlık yani “şeref ve haysiyet”³⁹ değerleri de her ne kadar kişisel haklar içinde manevi değerler arasında yer alsalar da; genel ahlâk kuralları bakımından toplumsal değerler içinde de önem kazanırlar. Çünkü şeref kavramı; kişinin kendine ait haysiyetini ifade eden “iç onuru” ile; sosyal ortamında saygı duyulması için ihtiyacı olan bütün özellikleri ifade eden “dış onuru” aynı anda ifade etmekte ve özel hukuk bakımından her ikisi de aynı korumaya tabi olmaktadır⁴⁰. Buna göre dış haysiyet değerleri, içlerinde özellikle iki menfaati barındırırlar. *Ahlaki değerler ile*, bireylerin haysiyet değerlerinin genel ahlâka ve hukuka saygı çerçevesinde kullanılmasını şart koşarlar, ki bu durum özellikle mesleki onur, saygınlık ve güvenle ilgili işlerdeki doğru davranışları içerir. Buna karşılık *toplumsal değerler ile* de, kişini diğer tüm özelliklerini içeren ve sosyal rolünü kapsayan bir yapı ortaya koyarlar ki bu da bireyin mesleki yetenek, yatkınlık ve entelektüel birikimden toplumsallık ile bireysellik değerlerine kadar uzanan geniş bir alandaki davranışlara yön verir⁴¹. Bu sebeptendir ki *ahlakışeref ve haysiyet* kavramı, geniş anlamı ile hukuksal şeref ve haysiyeti de kapsayan, dar anlamda ise ahlaksal yükümlülüklerin yerine getirilmesine ilişkin olan değerlerdir. Hukuksal şeref ve haysiyetten farklı olarak, bu dar anlamları ile yaptırıma bağlanmayan ancak toplumdaki ahlâk kurallarına aykırı davranıldığı için tepkiler doğuran davranışlardan doğarlar. Örneğin bir kimsenin rüşvet almakla ya da dolandırıcılıkla suçlanması hukuksal olarak şeref ve haysiyet değerlerinin ihlali iken; aynı kişinin ikiyüzlülük, yalancılık ya da güvenilmezlik ile suçlanmasında ahlakışeref ve haysiyet ihlal edilmektedir. Bu değerleri oluşturan toplumlara ait değer yargılarıdır ve bunlar genel olabileceği gibi, belirli kişilere ait de olabilirler⁴².

³⁸ A.Bucher, sh.122; Grossen, sh.13.

³⁹ Bu konuda ayrıca bkz. Deschenaux/Steinauer, sh. 177 vd; A.Bucher, sh.134 vd; Grossen, sh.73a vd; Engel, La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 10; Tercier, (personnalité),sh.69 vd; Leandro, L'honneur dans le droitsuise, Genève, 1983 ; Zufferey-Werro, sh.175 vd.

⁴⁰ Tercier, (personnalité), sh.69; ATF 31/1905 II 242, JdT1906 I 2; Engel, La protection de la personnalité, Lausanne, 1985, sh. 10.

⁴¹ Grossen, sh.85

⁴² Örneğin yaşa, cinsiyete, aile şerefine, iş ve mesleğe, ticari şerefe dayalı olarak bir toplumda,

O halde, insan onuruyla direk ilişkili olması sebebiyle kimse, önceden ve kabul edilemez şekilde şerefine aykırılık oluşturacak bir taahhütte bulunamaz⁴³. Bu duruma aykırı bütün anlaşmalar batıldır. Bunun gibi, ister doğru ister yanlış olsun, bir kişiyi şahsi ya da mesleki şerefine aykırılık taşıyan bilgilerini, kamuoyuna açıklanması yönünde zorlamak da genel ahlâka aykırıdır. Bir kimsenin şeref ve haysiyetinin ihlali yönünde gösterdiği rıza, bu özgürlüğünün genel ahlâka aykırı ihlali sonucu doğurduğunda da durum aynıdır. Örneğin, mesleki olarak kendine ait olmayan bir hatayı kabullenerek açıklamak yönünde yapılan bir anlaşma⁴⁴; ya da bir kimsenin cinsel hayatı ile yaşadıklarının açıklanması, görüntülerinin yayınlanması yönünde gösterdiği rıza böyledir. Burada aynı zamanda kişinin ekonomik özgürlüğünün de ihlal edilmiş olması gerekmez. Kişinin şerefine ve haysiyetine verilen zarara gösterdiği rızanın MK.m.23/II anlamında genel ahlâka aykırılık taşıması yeterlidir⁴⁵.

Toplumsal yaşama katılım, beraberinde her birey için, kendisinin ve yakınlarının ihtiyaçlarını sağlayacak, ekonomik ve mesleki faaliyetlerde, bulunma ihtiyacını da getirmektedir. Bu sebeple her hukuk süjesinin “ekonomik faaliyette bulunma özgürlüğü (ekonomik özgürlüğü)” vardır. Bir kimsenin mesleki ve ekonomik alanda hareket etme imkânı bulamaması ya da bu imkânının kısıtlanması halinde zarar göreceği şüphesizdir⁴⁶. Bu sebeple özgürlük üçüncü kişilerin ihlallerine karşı da kanun tarafından korumaktadır. Genel olarak kişisel özgürlükleri koruyan düzenlemelerden, MK.m.23/2 hükmü dışında, BK.m. 28’de yer bulan “aşırı yararlanma”; BK.m.445’de düzenlenen rekabet yasağı; yine BK.m.182/III’de hükme bağlanan “aşırı ceza koşulunun indirimi”; ayrıca TTK.m.56 ve BK.m.57’de yer bulan “haksız rekabet” düzenlemeleri; 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun bu korunmaya örnek olarak verilebilir.

Somut olarak kanun hükümleriyle düzenlenip hukuka aykırılık oluşturan bu ve benzer durumlar dışında, “bir kimsenin ekonomik özgürlüğünün aşırı sınırlandırılması” bazı durumlarda genel ahlâk kurallarına aykırı kabul edilmektedir. Aslında her sözleşme ilişkisi tabiatı gereği, iki tarafa yüklediği borçlar ve değişimlerle (*do ut des*) tarafların ekonomik özgürlüklerini sınırlamaktadır⁴⁷.

belirli kişilere ait şeref ve haysiyet değerlerinin var olması mümkündür. Hukuksal ve ahlaksal şeref ve haysiyet hakkında örnekler ve daha fazlası için bkz. Kılıçoğlu, (basın), sh.64-68.

⁴³ Deschenaux/Steinauer, sh.178; A.Bucher, sh.134; Grossen, sh.85; Thévenaz, sh.185.

⁴⁴ Thévenaz, sh.185.

⁴⁵ Deschenaux/Steinauer, sh.99; A.Bucher, sh.122 vd. Ayrıca bu konuda bkz. YHGK 26.3.2003 T, E.2003/4-161, K.2003/201.

⁴⁶ Grossen, sh.96 vd. İsviçre Federal Mahkemesi ekonomik özgürlüğü; “Herkesin, kamu düzeni sınırları içinde, varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan ekonomik faaliyetlerde bulunma özgürlüğü vardır” şeklinde tanımlamaktadır. Bu konuda bkz. Deschenaux/Steinauer, sh.184.

⁴⁷ Bu anlamda istisnai bir durum olan “kölelik (*esaret*) anlaşmasından” söz edilmektedir. Engel, sh.285. Bu konuda bkz. Ateş, sh.252 vd.

Öte yandan, bütün sözleşmelerin temellerinde karşılıklı sosyal ilişkilere dayandığı düşünüldüğünde, ilişkiye giren taraflar arasındaki “karşılıklı iyi niyet, güven ve sadakat” değerleri de ön plana çıkmakta ve bu menfaatlerde doğal olarak genel ahlâk kurallarının koruma alanına girmektedir. Bu durum, hileli veya dürüstlüğü aykırı araçlara başvurarak kurulan bir sözleşme; kamuoyu ya da üçüncü kişileri yanıltmaya yönelik bir sözleşme veya meslek ya da görevle ilgili ödevlerin ihlaline yönelik sözleşmeler şeklinde ortaya çıkabilir. Burada dikkat çekmek isteriz ki, taraflardan biri, sözleşmenin kurulması sırasında hileli ve dürüstlüğü aykırı araçlarla, iş hayatındaki dürüstlük kurallarını ihlal ederse; bu durum genel ahlâka değil bizzat MK.m.2 gereği dürüstlük kurallarına aykırılık oluşturur ve böyle bir durumda somut olayın özelliklerine göre sözleşme öncesi sorumluluğa gitmek mümkündür⁴⁸.

III- Genel Ahlâk Kurallarını Belirlemede Kullanılabilecek Yardımcı Yöntemler

Genel ahlâk kurallarının içerdiği değerler araştırılırken, hâkime yol gösterecek olan öncelikle, toplumun sosyolojik anlamdaki gelenekleri ile asgari, orta düzeydeki, sosyal ve hukuki ahlâk anlayışı olacaktır. Ancak, bu değerlendirmeyi yapmak, hâkim için, her somut olayda beklenildiği kadar kolay olmayabilir. Acaba, tereddütte düşülen bu durumlarda, objektif değerlendirmenin yapılabilmesini sağlayacak başka yardımcı yöntemler var mıdır?

A) Zufferey-Werro’a Göre Kullanılabilecek Yöntemler

Zufferey-Werro, bu konuda hâkime “sözleşmenin tekrarlanma sıklığının”, “sözleşmeye bağlı toplumdaki kamuoyu görüşlerinin”, “geniş anlamıyla kıyasın” ve “diğer bazı yöntemlerin” yardımcı olabileceğini belirtmektedir⁴⁹.

Yazara göre bilhassa, sosyal bir grup içindeki karşılıklı ilişkilerin doğurduğu belli bir “sözleşme modelinin tekrarı, sıklığı” hâkim tarafından, davranışın ortak ve az çok kabul edilebilir olduğunu gösterdiğinden dikkate alınmalıdır. Genel ahlâk kurallarını meydana getiren gelenekler için gerekli olan ve bireyleri bu kurallara uymaya yönlendiren “zorunluluk” duygusunu yaratacak olan da bu tekrarlardır. Örneğin, uygulamada sıklıkla görülen iki doktor arasındaki müşteri devretme yönündeki anlaşmalar; yine bir ticari işletmenin müşteri çevresiyle beraber devredilmesi⁵⁰ya da, kişinin sonucunda genel ahlâka aykırı

⁴⁸ Ateş, sh.305 vd.

⁴⁹ Zufferey-Werro, sh.197-215.

⁵⁰ Bu konudaki diğer örnekler için bkz. Zufferey-Werro, sh.198 vd. Yazar bu örneklerin büyük kısmının artık kanun hükümleriyle düzenlendiğini bu sebeple hukuka aykırı olduklarını zaten genel ahlâk kurallarından hukuka aykırılığa geçişi sağlayan aşamanın da bu olduğunu söylemektedir.

bir durum yaratan sözleşmeye karşı çok uzun süre itiraz etmemesi gibi⁵¹. Genel ahlâk kurallarının içeriğini oluşturan sosyolojik kurallar, bireylerin sürekli ve kapsamlı benzer davranışları tekrarlamasından kaynaklandığı için, ihtiyaç duyulan zorunluluk duygusu da böylece sağlanmaktadır.

Gerek hukuk sosyolojisinin gerekse basın yayın araçlarının gelişimi sonucu, toplumdaki “*kamuoyu yoklamaları, araştırmalar, yapılan anketler*”, hâkim için bilhassa özel alanlardaki baskın görüşleri; toplumun belli bir zamanında ve belli bir kesimindeki hızlı, yeni örneklemeleri ortaya koymak açısından önemli verilerdir. İsviçre’de içtihatlar açısından çok kullanılan bir yöntem olmasalar da⁵²; Almanya’da bilhassa genel ahlâk kurallarının belirlenmesinde kullanılan bu yöntem⁵³, zaman zaman kanunlaştırma aşamalarında da başvurulmaktadır. Özellikle cinsel alanda, toplumdaki hızlı değişimleri yakalayabilmek adına hâkimin bu tür kamuoyu yoklamalarından yararlanarak halkın gelenek ve ahlâk anlayışındaki değişimi izlemesi, böylece bu yöndeki ihtiyaçları belirlemesi mümkündür⁵⁴.

Diğer yandan hâkim, genel ahlâk kurallarını belirlerken; anayasa hukuku hükümleri, şekli anlamdaki kanunlar ve mesleki kuralları kapsayan “*geniş anlamda kıyastan*” da yararlanabilir. Burada yazarın ifade ettiği, kanun koyucu tarafından düzenlenmiş genel ahlâk kuralı ile ilgili bir hukuk normu ve somut mesele arasında kıyas hükümlerinin uygulanabilirliğidir. Bilhassa hukuk düzeni içindeki genel bağlantıları sebebiyle, BK.m.26 ve m.27’nin, MK.m.23 ve buna bağlı, kişilik hakları, kamu düzeni gibi kavramlar hep aynı amaca hizmet ederler. Sözleşme özgürlüğünün sınırını oluşturmak. Bu konuda yazar “*Anayasal Hakların Yatay Etkileri Teorisinden (L’effet Horizontal des Droits Fondamentaux)*”

⁵¹ Örneğin, geçerli olarak kurulan bir sözleşme sonucunda kişinin ekonomik özgürlüğü ihlal edilmiş ancak bu duruma muhatap olan kişi genel ahlâka aykırılığı ileri sürmek için 20 yıl beklemişse mesele artık genel ahlâka aykırılık özelliğini kaybetmiştir. Zufferey-Werro, sh.199.

⁵² Yazar İsviçre hukuku için, bu tür kamuoyu görüşlerine dayalı kararların bulunmadığını sadece ceza hukuku alanında İsviçre Federal mahkemesinin, genel ahlâk kurallarına karşı gelmeyle ilgili, makul vatandaşların uyum (görgü) duygularını ortaya koyma amaçlı bir çalışmaya göndermede bulunmuş olduğunu ifade etmiştir. Zufferey-Werro, sh.202. Bu konuda uygulamada çok fazla örnekle karşılaşmak mümkün değildir. 1977 yılında bir İtalyan mahkemesi, ceza hukuku alanında edep kavramının aydınlatılması için özel olarak bir enstitüden anket yapmasını istemiştir. Carbonnier, (Sociologie), sh.381

⁵³ Alman mahkemeleri, bu tür kamuoyu yoklamalarının genel ahlâk kurallarının uygulanmasında birer ispat aracı olduğunu kabul etmektedirler. RGZ 167, sh 171 (177). BGH 1957, sh.426 (428); BGH 1958, sh.110 vd; BGH 1966, sh. 70 vd; BGH 1968, sh.133 vd. Zufferey-Werro, sh.202.

⁵⁴ Örneğin, İsviçre’deki 5 Haziran 2005 tarihli referandumda halka sorulan eşcinsellere yasal haklar tanınmasıyla ilgili soruya vatandaşların yüzde 58’inin ‘eşcinsel çiftlere belli alanlarda evli çiftler gibi hak tanınmasına ilişkin öneriyi kabul yönünde oy kullanmış ve ülkede 1 Ocak 2007 tarihinden itibaren eşcinsel evlilikler yasal olarak yapılmaya başlanmıştır.

yola çıkarak şu tespitleri yapmaktadır⁵⁵: Anayasada yer alan hükümler aslında her şeyden önce temel hak ve özgürlükleri koruyan hükümlerdir. Ancak bunlarla ilgili kıyas uygulanırken unutmamak gereklidir ki; bu hükümler meseleye direk uygulanamazlar. Zira bu durumda zaten hukuka aykırılık söz konusu olur. Ayrıca, hâkimin kanun koyucunun anayasal düzenlemelerinin etkisiyle de ilgisi bulunmaz. Temel hakların, genel hükümler veya belirsiz hukuki durumlarla özel hukuk meselelerini etkilemesi de aslında, normlar hiyerarşisi içindeki etkinin sonucudur. Yoksa bu hükümler genel ahlâk kurallarını belirlemek için yeterince açık değildirler. Nihayet, anayasal değerler, bireyin kişiliğinin özgür gelişimi çerçevesinde dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan hâkimin hangi çerçevede genel ahlâk kurallarına aykırılığı belirleyeceğini ortaya koymak açısından anayasal hükümler önemlidir. Bu kurumlar, yasal hükümler, genel ahlâk kavramı ile korunan değerlerle beraber dikkate alındığında, yapılacak yeterli bir açıklama hâkimi yasal çözüme hatta genel ahlâka aykırılık kavramına götürebilecektir⁵⁶.

Ayrıca bu yöntemler dışında, bilirkişi raporları, doktrin, kanun tasarı ve tasarıları, idari kararlar, basın yayın organları ve toplumdaki sosyal tepkiler, skandallar gibi diğer başka yöntemler de somut olayın özelliklerine göre hâkime genel ahlâk kuralını belirlemesinde yardımcı olabilecektir⁵⁷.

B) Eleştiriler ve Görüşümüz

Bir *davranışın* sürekli tekrarı, onu her şeyden önce, belli bir gruba ait alışkanlık; ardından gelenek ve eğer şartlar gerçekleşirse genel ahlâk kuralı kalıbına sokar. Bu noktada, bir değer kavramı içine dâhil olup olmadığı araştırılırken; tek başına yeterli bir kıstas olmayan; ancak zaten genel ahlâk kavramı için “olmazsa olmaz” bir unsur olan tekrarın, sıklığın sözleşme ilişkisi içinde ayrıca ve yeniden aranmasının pratik bir değeri ve önemi olmadığını düşünmekteyiz.

⁵⁵ Bu konuda özel olarak bkz. Besson, L'égalité horizontale: L'égalité de traitement entre particuliers, Fribourg, 2000.

⁵⁶ Yazar bu konuda İsviçre hukuku ile ilgili Anayasal hükümleri (sh.204-206); diğer şekli kanunlarla ilgili hükümleri (sh.207-213) ve deontolojik kurallarla ilgili hükümleri (sh.213-214) maddeler halinde belirlemektedir. Yazara göre, aslında bu örnekler hukuka aykırılık ile genel ahlâka aykırılık arasında benzerlikleri de ortaya koymaktadır. Temelinde genel ahlâka aykırılık sebebiyle istenmeyen bir sözleşme türü, tek bir yasal hükmün hukuk düzenine girmesi ile artık hukuka aykırı bir hal alacaktır. Bu durumun aksi de elbette ki mümkündür. Zufferey-Werro, sh.204.

⁵⁷ Bunlar sistemli yöntemler değildir, şüpheli, rastlantısal ve anlaşmanın ipuçlarını sağlayan araçlardır. Ost/Kerchove, sh.113. Bu sebeple asla tek başlarına kullanılamazlar ancak, diğer araçlarla beraber bir arada hâkime yardımcı olabilirler. Zufferey-Werro, sh.215.

Toplum içinde yapılan *anketler, kamuoyu yoklamaları ve araştırmalar* ise, bir yere kadar hâkim için yol gösterici olabilecek araçlardır. Ancak unutmamak gereklidir ki, bu tür araştırmalarda her zaman, belli gruplara yönelmek, sosyal, politik ya da dini bir görüşü öne çıkarmak eğilimi kendini gösterebilir. Bu tür bir yöntem kullanılırken son derece dikkatli olunmalıdır. Zira bu tür kamuoyu yoklamalarının en geniş tabanlı yapılanlarında dahi; örnekler her zaman katılımla sınırlı kalmaya mahkûmdur. Ancak yine de, hâkim açısından toplumdaki genel ahlâk anlayışının gösterdiği hareketliliği izleyebilme fırsatı yaratan bu tür verilerin her zaman değerlendirilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. Zira bu tür araştırmalar dikkatli ele alındıklarında, hem genel ahlâk kuralı olmaya aday değerlerin, hem de kanun koyucunun yapacağı yeni yasal düzenleme ihtiyaçlarının tespitinde hâkime yol gösterici olabilir.

Bunun yanında, hukuk düzeni tarafından *genel ahlâk kurallarının koruduğu değerlere ait somut yasal düzenlemeler* ve bağlı uygulama örnekleri her zaman için hâkime *kıyasen* genel ahlâka aykırılığı belirlemede yardımcıdır. Yargıtay da bir kararında (YİBK. 14.1.1948 T., E.20, K.2) “*Bir akdin kanuna veya ahlâka ve adaba aykırı olup olmadığı* konusu yoruma bağlı sorunlardandır. Bu yorum yapılırken yalnız Borçlar Kanununun koyduğu kurallar değil; memleketin sağlık ve intizamını, inzibatını sağlamak amacı ile konulmuş diğer mevzuat da göz önünde bulundurulur.” ifadesiyle bu durumu açıkça belirtmektedir. Zira bu hükümlerin doğrudan doğruya uygulanamadığı; ancak hâkimin önündeki meseleye kıyasen uygulanabilecek değerler dolaylı olarak genel ahlâk kavramının koruması altında girmektedir. Biz de bu konuda: Anayasanın “Cumhuriyetin nitelikleri içinde saydığı insan haklarına saygılı devlet olmak” (m.2); “dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin herkesin kanun önünde eşit olması” (m.10); “teminat altına alınan bütün kişisel, sosyal, ekonomik ve siyasi temel hak ve özgürlükler” (m.12-m.74) örnek olarak verebiliriz. Öte yandan, zaten hukuk düzeni ile ahlâk kuralları arasındaki sıkı ilişki ortaya koymaktadır ki, pek çok genel ahlâk kuralı bugün hukuksal birer norm halini almıştır ve ihlalleri hukuka aykırılığı oluşturmaktadır. Çünkü yasal düzenlemeler o toplumdaki kanun koyucunun sadece sosyal ve politik değil aynı zamanda etik anlayışlarının da izlerini taşır. O halde bu hükümlerin ve uygulama alanlarının incelenmesi; yine ülkemiz bakımından da, özellikle son yıllarda toplum üzerindeki etkileri tartışılmaz olan *basın-yayın ve medya organları, ülkede yapılan yeni kanunlaştırma çalışmaları, bilirkişi raporları ve toplumsal olaylara verilen sosyal tepkiler* de, kanaatimizce hâkim açısından somut meseleye göre yol gösterici olabilir.

KAYNAKÇA

- ATAMER, Y.:** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999.
- ATEŞ, D.:** Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007.
- BUCHER, A.:** Personnes Physiques et Protection de la Personnalité, Bale, 1995.
- CARBONNIER, J.:** Droit Civil, Introduction, Paris, 2002.
- DESCHENAUX H./STEINAUER, P.:** Personnes Physiques et tutelle, Berne, 2001.
- DESCHENAUX, H.:** Les règles de la bonne foi et l'abus de droit, Traite de droit civil suisse, Tome II/1, le titre préliminaire du code civil, droit des personnes, Fribourg, 1969.
- ENGEL, P.:** Traité des obligations en droit suisse, Berne, 1997.
- ENGEL, P.:** La protection de la personnalité, Lausanne, 1985. (*personnalité*)
- FROMONT, M.:** L'autonomie De La Volonté et Les Droits Fondamentaux en Droit Privé allemand, Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etude a la Mémoire de Prof. Alfred Rieg, Bruxelles, 2000
- GROSSEN, J/M.:** La responsabilité des tiers complice de la violation d'un contrat; Mélanges en l'honneur de Wilhelm Schöenberger, Fribourg, 1968.
- HATEMİ, H.:** Hukuka ve Ahlâka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK.65 Kuralı), İstanbul, 1976
- KILIÇOĞLU, A.:** Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara, 1982.
- LEVY, V.:** Le Droit a L'image (Définition, Protection, Exploitation), Zurich, 2002.
- MERZ, H.:** Traite de droit Privé suisse, (Traduction française, Pierre Giovannoni) VI, Tome I, Fribourg, 1993.
- MORIN, A.:** La Mise En Oeuvre Des Droits Dans La Perspective Du Droit Des Obligations, JDT 2002 III p. 80-94.
- OST, F./KERCHOVE, M.:** Les Bonnes Mœurs, lieu d'interférence du droit et de la morale, Bonnes Mœurs, discours pénaux et nationalité juridique, essai d'analyse critique, Bruxelles, 1981.
- REICHARD, C.F.:** Etudes sur les contrats immoraux, thèse, Lausanne 1914.
- ROY, Y./SCHÖENENBERGER, M/B.:** Introduction générale au droit suisse, Zurich/Bale/Genève, 2002

SCHÖNLE, H.: Lesfondementsconstitutionnels de la libertéContractuelle, PrésenceetActualitéDeLaConstitutionDansL'ordreJuridique, MélangesOfferts a la SociétésuissedesJuristespour son Congre, 1991 à Genève, Genève 1991.

SEROZAN, R.: Medeni Hukuk Genel Bölüm, İstanbul, 2004.

TERCIER, P.: Le Lenouveaudroit de la Personnalité, Zurich, 1984.

TERRE, F/SIMLER, P./LEQUETTE, Y. : DroitCivil, LesObligations, Paris, 2002.

THEVENAZ, A.: La protectioncontresoi-même, Etude de l'article 27 alinéa 2 CC, Berne, 1997.

ZUFFEREY-WERRO, J.B. : Le ContratContraireauxBonnesMœurs, Fribourg, 1988.