

ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞMESEL BONA FIDES (DÜRÜSTLÜK KURALI) KAVRAMI VE ÇAĞDAŞ HUKUKA ETKİSİ*

THE CONCEPT OF CONTRACTUAL BONA FIDES (GOOD FAITH) IN ROMAN LAW and ITS EFFECT ON CONTEMPORARY LAW

Talya Şans UÇARYILMAZ**

"I fight fairly and in good faith"

"Dürüstçe ve iyiniyetle savaşıyorum"

Edmond François Valentin About

Özet: Bona fides, dürüstlük ve sadakat etik değerlerinin hukuk kuralı haline gelmesinin temel örneklerindedir. Roma usul hukukunda doğmuş, daha sonra sözleşmeler bakımından önemle uygulanmaya başlamış olan ilke, çağdaş sözleşmeler hukukunda dürüstlük kuralı olarak karşımıza çıkmakta ve sözleşmeleri yorumlayıcı, tamamlayıcı, düzeltici ve borç doğurucu işlevler göstermektedir. Bu işlevleri dolayısıyla geçmişten bu yana pek çok farklı doktrinin doğuşuna da kaynaklık etmiş olan bona fides, sadece ulusal hukuklar bakımından değil değişen sosyo-ekonomik paradigma neticesinde uluslararası metinler açısından da büyük rol oynamaya başlamıştır. Nitekim bona fides, hukukun küreselleşmesi için ihtiyaç duyulan ulusal hukuk kurallarının katılığını aşacak esnekliğe sahiptir.

Anahtar Kelimeler: Bona Fides, Sadakat, Dürüstlük Kuralı, Çelişkili Davranış Yasağı, Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, Dürüst İş Yapma

Abstract: Bona fides is one of the essential examples of the transition of ethical values into legal rules. The principle which was born in the Roman procedural law and which has started to be utilized in contracts, is reflected as the rule of good faith in contemporary contract law and contains interpretative, supplementary, corrective and creative functions in terms of obligations and contracts. Bona fides as the source of many different doctrines from past to present because of such functions, has started to play a major role

* Bu makale İ.D. Bilkent Üniversitesi Ekonomi ve Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında yazılmakta olan "Roma Hukukundan Günümüze Bona Fides İlkesi" konulu doktora tez çalışmasından türetilmiştir.

** Arş. Gör., İ.D. Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

not only for the national laws but also for supranational legal texts after the change of the socio-economical paradigm. Indeed, bona fides has the elasticity which is needed to overcome the firmness of national legal rules for the globalization of law.

Keywords: Bona Fides, Fidelity, Good Faith, the Prohibition of Inconsistent Behaviour, the Prohibition of Abuse of Rights, Fair Dealing

GİRİŞ

İyiniyet ile dürüstlük kuralı kavramlarını bünyesinde barındıran *bona fides* Roma hukukundan bu yana hukukun ayrılmaz bir parçası olmuş etik ilkelerdendir. *Bona fides* kavramı ortadan kaldığı takdirde kişiler arasındaki tüm etkileşimler var olmayı kesecektir.¹ Zira Roma hukukunun iktibasının devamında ulusal kodifikasyonlarda yer alan doğal hukuk etkisi etik değerlerin önemini her daim korumasına hizmet etmiş, sosyal barış ve uyumu sağlamak adına bu değerler pozitif hukukun da önemli bir parçası haline gelmiştir. Sözleşmeler hukukunda dürüstlük kuralı biçiminde karşımıza çıkan objektif *bona fides*, günümüzde önemini gün geçtikçe artırmaktadır.

Bona fides'in sabit bir anlamı mevcut olmayıp adeta amorf bir yapıya sahip olduğu söylenmektedir.² Keza "*bona fides*" ifadesi özünde totolojik bir kavramdır. Sayısız çağdaş hukuk sisteminde yer alan bu kavramın net bir tanımının olmayışı, yerine getirdiği işlevleri de etkilemektedir. *Bona fides*'in önemi, sadece iyiniyet ya da dürüstlük kuralının değil, Roma hukukundan gelen ve çağdaş hukuk sistemlerini şekillendiren pek çok yavru prensibin esasında bu ilkeye dayanmasında yatar.³ Roma hukukunun asırlarca yaşamasının yanı sıra modern hukukların güncelliklerini kaybetmemeleri de esasında böylesi etik ilkenin varlığına dayanmaktadır.⁴

¹ John F. O'Connor, *Good Faith in International Law*, Dartmouth Publishing Company Limited, Brookfield, 1991, s. 56

² Friedrich K. Juenger, "Listening To Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts", *Tulane Law Review*, C. 69, 1995, s. 1253-1258, s. 1254

³ Fritz Schulz (Çev. Belgin Erdoğmuş), "Roma Hukuku'nun Prensiplerinden Sadakat", *İÜHFD*, C. 48, S. 1-4, 1995, s. 380-398, s. 391

⁴ Martin J. Schermaier, "Bona Fides in Roman Contract Law" (ed. Reinhard Zimmermann ve Simon Whittaker), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 92

Bona fides sözleşmeler hukukuna hâkim olan ve sözleşmelerin kurulması, ifası ve ifa sonrası aşamalarında karşımıza çıkan; yorumlayıcı, tamamlayıcı, düzeltici ve borç doğurucu işlevler taşıyan bir etik ilkedir. 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 sözleşmeler hukukunda büyük önem vermektedir.⁵ İngiliz ve Amerikan mahkemelerinde özü itibariyle *bona fides* ile aynı fonksiyona hizmet eden çeşitli araçlar kullanılmaktadır. Bu sebeple *bona fides*, hukuk sistemlerini birbirine yaklaştıracı bir özellik de gösterir.

Son yıllarda küreselleşme ile sosyo-ekonomik paradigmanın değişmesinin etkisi doğrultusunda hukukun ulusallığı da giderek bulanıklaşmakta, özellikle uluslararası "kanunlaştırmalar" ile getirilen küresel hukuk kuralları ile değişen bu ihtiyaçlara cevap vermek istenmektedir. *Bona fides*, sadece ulusal hukuk düzenleri bakımından değil, küresel dünyada, özellikle de *lex mercatoria* için büyük önem taşımakta ve *lex mercatoria*'nın temel ilkeleri arasında sayılmaktadır. CISG (*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods/ Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması*) açıkça *bona fides* ilkesini sözleşmeler hukukunun ana ilkelelerinden kabul etmemekle beraber, PECL (*Principles of European Contract Law/Avrupa Sözleşme Hukuku İlkeleri*) ile UNIDROIT ilkeleri *bona fides*'i sözleşme hukukunun temel prensipleri arasında düzenlemektedir. Bu sebeple Roma hukukunda doğan ve gelişen *bona fides* kavramı gün geçtikçe önemi artan, hukukun uyumlaştırılmasına hizmet eden ve bu nedenle hem tarihsel hem de uygulama bakımından önem taşıyan bir yapıya sahiptir.

I. Fides Kavramı ve Bona Fides'in Ortaya Çıkışı

"*Bona fides*" ifadesi Latince iyi anlamına gelen "*bona*" ve sadakat anlamına gelen "*fides*" kelimelerinden oluşmaktadır. Roma'da çoğunlukla Tanrılara saygıyı ifade eden *pietas* kişiler arasındaki ilişkilerde *fides* biçimini almış ve sözleşmelere sadakat anlamında kullanılmıştır.⁶ Etimolojisi dini karakterine bağlı olan ve laik bir kavram olarak

⁵ Carter v. Boehm (1766) 3 Burr. 1905. (97 E.R. 1162)

⁶ Pierre Boyancé, "Les Romains, Peuple de la Fides", Bulletin de l'Association Guil-

değerlendirilemeyen *Fides* Roma medeniyetinde insanların sağ elinde yaşadığına inanılan sadakat, inanç ve dürüstlük Tanrıçasını sembolize etmiştir.⁷ Bu Tanrıça *tacitum in pectore numen* yani insanın iç dünyasındaki sadakat erdemini simgelemektedir.⁸ Roma dininde erdemlerin büyük Tanrısal varlıklardan türediğine inanılmış, sadakat erdemini ifade eden *Fides*'in de *Jupiter*'den doğduğu düşünülmüştür.⁹ Roma dinine göre *Fides*, insanların içinde taşıdığı Tanrıdır.¹⁰

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, özellikle de savaşlar, uluslararası ilişkiler ve devlet içi özel ilişkiler bakımından da büyük önem taşımıştır.¹¹ *Fides* sözcüğünden türemiş olan *foedus* sözcüğü Roma'da halklar arasında yapılan ikili anlaşmaları ifade etmiş olup bu anlaşmalar sözleşen taraflar arasında barışçıl ilişkiler kurmayı hedeflemiştir.¹² *Fides*'in ve buna bağlı olarak verilen sözlerin ahlaki, siyasi ve dini ilişkileri garanti altına aldığına inanan Romalılar Tanrıların verilen sözlerin yerine getirilmesini sağlamak için ilişkilere müdahale ettikleri evrensel bir düzen getirmişlerdir.¹³ Bu 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.¹⁴

-
- laume Budé, *Lettres d'Humanité*, S. 23, 1964, s. 419-435, s. 419
- 7 Roma'da organların ve uzuvların Tanrısal varlıklarla ilişkili olduklarına inanılmıştır. Örneğin Memoria kulak, Genius ise alın ile bağlantılandırılmıştır. Boyancé. Op. Cit. s. 425
- 8 Gérard Freyburger, *Fides: Étude Sémantique et Religieuse Depuis les Origines jusqu'à l'Époque Augustéenne*, Les Belles Lettres, Collection d'Études Anciennes, Paris, 1986, s. 228 vd.
- 9 Harold Mattingly, "The Roman 'Virtues'", *The Harvard Theological Review*, C. 30, S. 2, 1937, s. 103-117, s.106
- 10 Öte yandan *fides*'in pre-Romanist döneme dayandığını söyleyen tarihçiler de mevcuttur. Boyancé. Op. Cit. s. 425
- 11 Freyburger. Loc. Cit.
- 12 Filippo Gallo, "Bona Fides E Ius Gentium" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 115-153, s. 131
- 13 Boyancé. Op. Cit. s. 429-430
- 14 Leonid Kofanov, "Il Carattere Religioso-Giuridico della Fides Romana Nei Secoli V-III A.C. sull'Interpretazione di Polibio 6-56, 6-15" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 333-345, s. 342. Emanuele Severino, La

Roma'nın Krallık Dönemi'nde yeminle güçlendirilmiş bir vaadi yerine getirmemenin, yani sadakatsiz davranmanın cezası Tanrılara kurban edilmek olmuş, bundan dolayı *fides* borcun kaynağı olarak görülme-ye başlanmıştır.¹⁵ Yunan ve Roma medeniyetlerinde önemli *virtus* (erdem)'lerden sayılan *fides*, hakkaniyetin ve adaletin sağlanmasına hizmet etmiştir.¹⁶

Fides geçirdiği evrim neticesinde ise özellikle ticari ilişkiler vasıtasıyla hukukî boyuta taşınmış, teknik hukukî bir kurum olan *bona fides*'i doğurmuştur.¹⁷ *Fides* öncelikle dürüst bir insanın sahip olduğu sadakat erdemini ifade etmiş, daha sonra dürüst davranışları içerisine almaya başlayarak hukukî bir anlam edinmiştir.¹⁸ *Bona fides*'e ilk olarak Cato'nun *De Agricultura* adlı eserinde rastlanmakta olup bu eserde de *bona fides* dürüstlük anlamında kullanılmıştır.¹⁹ *Bona fides* ifadesi, durumun gerçeğe uygunluğu ve gerçekleştirilmesi gereken davranışlar, bu bağlamda da objektif ve sübjektif iyiniyet anlamında kullanılmıştır.²⁰ Romanist *bona fides*, ortak dilin hukuka yansımalarıyla gelişmiş ve objektif anlamıyla evrimleşerek çağımızın dürüstlük kuralının temelini oluşturmuştur.²¹

Fides'i karşılayan erdemler antik çağlardan bu yana pek çok farklı kültür tarafından da benimsenmiş, kişilerin asgari bir sosyal düzen içerisinde yaşayabilmeleri için, asgari ölçüde yardımlaşmaya ihtiyaç-

-
- 15 Buona Fede Sui Fondamenti della Morale, Bur Saggi, Milano, 2008, s. 26
 Özlem Söğütlü Erişgin, Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 69. Max Kaser, Rolf Knütel ve Sebastian Lohsse, Römisches Privatrecht, C.H. Beck, 21. Auflage, München, 2017, s. 72
- 16 Severino. Op. Cit. s. 21
- 17 Boyancé. Op. Cit. s. 435
- 18 Ricardo Cardilli, "La Buona Fede come Principio di Diritto dei Contratti: Diritto Romano e America Latina" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 283-367, s. 322
- 19 Cato, De Agricultura, 14.3
- 20 Wojciech Dajczak, "La Liberta di Applicazione della Clausola Generale della Buona Fede: Osservazioni Sulla Prospettiva Del Diritto Romano" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 409-429, s. 416
- 21 Pietro Bonfante, Scritti Giuridici Varii, III, Obligazioni, Communione e Possesso, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926, s. 745

ları olduğundan sosyal bir gruba dâhil olmanın beraberinde bir kişinin karşısındakine güvenmesi, karşı tarafın ise kendisine güvenilen konuda bu güvene uygun şekilde hareket etmesi gibi kimi yükümlülükler ve bu yükümlülüklerin ifası mecburiyetini getirdiği kabul edilmiştir.²² Roma'dan günümüze *bona fides* verilen sözlerin tutulacağı, bu nedenle de sosyal ve ticari hayatın devam edeceğinin garantisidir.²³ Her ne kadar teknik ve hukukî bir anlam taşıması nedeniyle kökeni olan Roma hukuku çerçevesinde incelenmekte de olsa *bona fides* başta Çin ve Hint kültürü olmak üzere doğu kültürlerinde, bunlara ek olarak da Musevi, Hristiyan ve İslam felsefesinde yer bulduğundan evrensel bir genel ilke olarak değerlendirilmektedir.²⁴

Roma hukuk tarihinde *bona fides*'in gelişimi bu kavramın Roma usûl hukukuna dayanması ile sosyal değerler bu kavram yardımı ile hukuk düzenine alınması açısından incelenmektedir.²⁵ Gerek uluslar gerekse 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 mevcuttur.²⁶ Antik Yunan mitolojisinde adalet tanrıçasını ifade eden *diké* de kozmik bir güç olarak ele alınmış, bu Tanrıçanın yalanlar ve yalancı şahitliklere karşı iyiniyet ve dürüstlüğü koruduğu kabul edilmiştir.²⁷ *Bona fides*,

²² O'Connor. Op. Cit. s. 5-6

²³ Bununla beraber gerek Roma gerekse günümüz hukukunda *fides*'in öngördüğü dürüstlük ölçüsü dostlar arası değil, rakipler arası dürüstlüktür. Boyancé. Loc. Cit. Alfredo M. Rabello, "Buona Fede e Responsabilità Precontrattuale Nel Diritto Israeliano alla Luce del Diritto Comparato" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 3, Padova, 2003, s. 125-228, s. 144

²⁴ Stephen Hay ve Ainslie T. Embree, *Sources of Indian Tradition*, Columbia University Press, Vol I, New York, 1988, s. 217. Wingsit Chan ve Richard J. Lufrano, *Sources of Chinese Tradition*, Columbia University Press, Vol: I, New York, 1999, s. 32. Saffet Köse, "Hukuk Mu Ahlak Mı?: İslam Noktaı Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme", *İslam Araştırmaları Dergisi*, S. 17, 2011, s. 15-50, s. 35

²⁵ Arzu Oğuz, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Lex Mercatoria-Unidroit İlkeleri'nin Niteliği", *AÜHFD*, C. 50, S. 3, 2011, s. 11-53, s. 15

²⁶ Alan Sommerstein ve Andrew Bayliss, *Oath and State in Ancient Greece*, De Gruyter, Berlin, 2012, s. 150

²⁷ Homeros ve Hesiodos *diké*'yi adil olma ve hileden kaçınma, doğruluk ve dürüstlük anlamında kullanmaktadır. Micheal Gagarin, "Diké in the Works and Days", *Classical Philology*, C. 88, S. 2, 1973, s. 81-94, s. 81. Matthew Dickie, "Diké as a

erdemlerin en yücesi olarak görülen ve kişilerin doğru düşünmelerini, doğru söylemelerini ve doğru davranmalarını sağlayan *lógos* kavramı ile de ilişkili görülmüştür.²⁸ Sokrates ve Aristoteles'in eserleri incelendiğinde dürüstlük kuralının önemli ölçüde yer kapladığı göze çarpmakta, karşılıklı güven ilişkisi çerçevesinde güçlü tarafa yükletilen zayıf tarafı koruma ve aldatmama zorunluluğu eserlerde belirtilmektedir.²⁹ Sözüünü tutmanın erdemi üzerinde sıklıkla duran Aristoteles ölçülülük anlamında ele alınan felsefi bir kavram olan *epieikeia*'yı dürüstlük, adilane davranmak ve hakkaniyet kavramlarıyla ilişkilendirmiştir.³⁰ Stoacı Okul mensupları da *epieikeia*'nın bilge olmayan insanlar için gerekli bir erdem olduğunu savunmuştur.³¹ Keza *fides*'in Cumhuriyet Dönemi'nin ortalarından itibaren dini karakterinden arınıp laikleşmeye başlamasında Stoacı felsefe etkili olmuş, *bona fides* ise stoicist bir anlam taşımaya başlamıştır.³²

Roma tarihinde *bona fides* ile *boni mores* (iyi ahlak) kavramları da bir arada kullanılmış, adilane davranmak ve dürüstlük gibi çeşitli hukuki prensipler bu kavramlardan türemiş ve gelişmiştir.³³ Quintus Mucius Scaevola³⁴, güven ve dürüstlüğüün ifadesi olan *bona fides*'i "*summa vis*", bir diğer ifade ile en büyük güç olarak nitelendirmiş ve kavramı kişinin çevresine karşı dürüst ve vefalı olması anlamına kavuşturmuştur.³⁵ Cicero da *fides*'i her türlü hukuki iletişimin ön şartı olarak *fundamentum iustitiae* (adaletin temeli) olarak görmüştür. Cicero'ya göre sözün tutulmasını gerektiren husus *fides* (sadakat) ve *veritas* (gerçeklik)'tir.³⁶ *Fides*, güven ilişkileri bakımından toplumun etik değerlerine ve algı-

Moral Term in Homer and Hesiod", *Classical Philology*, C. 73, S. 2, 1978, s. 91-101, s. 91

²⁸ Severino. Op. Cit. s. 70

²⁹ Dimitrios Kremalis, "Good Faith in Greek Employment Law", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, C. 32, 2010-2011, s. 630-662, s. 631

³⁰ Aristoteles, *Éthica Nicomachea*, 4.7, Max Hamburger, *Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory*, Biblio and Tannen, New York, 1965, s. 93

³¹ John M. Rist, *The Stoics*, California University Press, California, 1978, s. 267

³² Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 69. Michel Villey, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne: Cours d'Histoire et de la Philosophie du Droit*, Montchrétier, Paris, 1975, s.66

³³ Kremalis. Loc. Cit.

³⁴ Quintus Mucius Scaevola, Roma'da M.Ö. 140-M.Ö. 82 yılları arasında Pontifex Maximus yani dönemin en büyük din adamı olarak görev yapmıştır.

³⁵ Oğuz. Loc. Cit.

³⁶ Schermaier. Op. Cit. s.78, 89

sına dayanan spesifik bir davranış yükümlülüğü getirmekte ve *bona fides* kavramında somutlaşarak hukukî bir boyut kazanmaktadır. Cicero'nun *De Officiis* (Görevler Üzerine) adlı eserinin 1. 23. paragrafı uyarınca;

“Fundamentum autem est iustitiae fides, id est dictorum conventorum-que constantia et veritas. Ex quo, quamquam hoc videbitur fortasse cuiusdam durius, tamen audeamus imitari Stoicos, qui studiose exquirunt, unde verba sint ducta, credamusque, quia fiat, quod dictum est appellatam fidem...”

“Adaletin temeli verilen sözlere ve yapılan anlaşmalara sadakati ifade eden *bona fides*'tir. Stoacılar etimolojik olarak *fides*'in *fiat* sözcüğünden türediğini öne sürmüşlerdir Zira sözünü tutan kişinin söz vermiş oldukları “yapılacaktır.” Bu etimoloji filolojik olarak doğru olmasa da *fides*'in sadece inanç ya da güvenden ziyade hareketlerle gösterilebileceğini yansıtmaktadır...”

Cicero'nun metinlerinde *fides*'in güven ve güvenilirlik olmak üzere iki anlamı mevcut olup bunlardan birisi aktif birisi ise pasif anlam taşımaktadır. Pasif anlamı, verilen sözü tutmayı ve karşı taraf hakkında düşünceli davranmayı gerektirmektedir.³⁷ *De Officiis*'in 3. 104. paragrafı uyarınca;

“...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 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 böyle bir şey yoktur, ancak adalet ve sadakat yükümlülüklerini ilgilendirir.”³⁸

³⁷ Nitekim Alman hukukunda dürüstlük kuralını karşılayan *Treu und Glauben* kavramı da aktif ve pasif anlamlar içermekte ve bir bütün olarak değerlendirilmektedir. Schermaier. Op. Cit. s. 79

³⁸ Bu metinde mevcut olan *fides* olgusunun sözleşmeler hukuku anlamında sadakat kavramından farklı gözüktüğü de ileri sürülmüştür. Öte yandan *bona fides* yerine *fides*'den bahsedilmesine karşılık burada *fides* kavramı dini değil, etik bir nitelik taşımaktadır. Keza etik kavramlar teknik kavramlara dönüşmekte olup bunun en önemli örneği *bona fides*'tir. Cicero *Epistulae ad Atticum* (*Atticus'a Mektuplar*) VI.1.15. paragrafında kavramı açıkça hukukî anlamı ile kullanmaktadır. Schermaier. Op. Cit. s. 78. Severino. Op. Cit. s. 47

Cicero, metinlerinde *dolus*'un karşıtı olarak kullandığı *bene agere*'nin de önemine değinmektedir.³⁹ *Inter partes* işlemlerde basiretli, özenli, iyi bir adam yani *bonus vir*⁴⁰ olarak davranmayı ifade eden *bene agere* kavramı karşı tarafın korunmaya değer menfaatlerinin korunması ve onlara saygı duyulmasını gerektirmektedir.⁴¹ Nitekim düşünüre göre “*ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione*” “iyi insanlardan olanlar iyi ve hileden uzak davranmalıdır.”⁴² Cicero'ya göre *bona fides*, Roma hukukunu *ius strictum* yani katı hukuk kurallarına körü körüne bağlılıktan kurtaran pratik bir ilke görevi görmüş, katı şekilciliğın yerini ticari hayatın gelişmesiyle daha esnek kurallara bırakması bir bakıma *bona fides* prensibi ile mümkün olmuştur.⁴³ Bir başka deyişle doğıl hukuk okuluna mensup olan Cicero da *bona fides* kavramından *aequitas* (hakkaniyet)'in sağlanması amacıyla yararlanıldığını belirtmiştir. Roma hukukunun katı ve formal kurallara dayanan yapısı muğlak hukuki ilkeler içeren değer yargılarına dayalı adalet anlayışına olan ihtiyacı artırmıştır. Bu ilkelere en önemlisi ise *bona fides*'dir.⁴⁴ Doğıl hukuk, *veritas* (gerçek)'in ne olduğunu araştırmayı hedeflemekte olup bu akıma göre *fides*, *veritas*'a ulaşılmasını sağlayacaktır.⁴⁵ Nitekim *fides*, taraflar arası ilişkilerde şüphenin giderilmesini, bir diğere deyişle tarafların davranışlarının öngörülebilmesini sağlamaktadır.⁴⁶

³⁹ Schermaier. Op. Cit. s. 69

⁴⁰ Fernández de Buján, “De Los Arbitria Bonae Fidei Pretorios A Los Iudicia Bonae Fidei Civiles” (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 31-59, s. 45

⁴¹ Schermaier. Op. Cit. s 82

⁴² Cicero. De Officiis. 3.70. Giuseppe Falcone, “La Formula “Ut Inter Bonos Bene Agier Oportet et Sine Fraudatione E La Nozione di ‘Vir Bonus’”, Fundamina, C. 20, S.1, 2014, s. 258-279, s. 258

⁴³ Richard Bauman, Lawyers in Roman Transitional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic and Triumvirate, C.H. Beck, München, 1985, s. 9

⁴⁴ Oğuz. Op. Cit. s. 18

⁴⁵ Brian Bix, “Natural Law Theory: The Modern Tradition” (ed. Jules Coleman ve Scott Shapiro), The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy, Oxford University Press, Oxford, 2002, s. 63

⁴⁶ Severino. Op. Cit. s. 119

II. Bona Fides ve Aequitas İlişkisi

Celsus'a ait olan D. 1.1.1 pr. uyarınca "*ius est ars boni et aequi*"⁴⁷ yani "hukuk iyiyi ve hakkaniyetli olanı bulma sanatı" olup adaletin sağlanması için gereken ölçü somut olay adaletini sağlayan hakkaniyet kavramıdır.⁴⁸ Zira Roma hukukundan günümüze gelen "*summum ius summa iniuria*"⁴⁹ düşüncesine göre katı ve şekilci hukuk kurallarının içerdikleri olgular önceden bilinmeyen tüm somut olaylara aynı biçimde uygulanması adaletten çok adaletsizlik yaratmaya yarayacaktır.⁵⁰ *Bona fides*'in yöneldiği yegâne amaç en üst moral ide olarak adalet olup gerçek adaletle ulaşmak için ise hakkaniyetin sağlanması gerekmektedir.⁵¹

Aequitas içerisinde iki basit anlamı barındırmaktadır. Bunlardan ilki *fides* yani söze bağlılık iken ikincisi ise belirli davranış standartlarına uymayı ifade etmektedir.⁵² Gaius'un *Institutiones*'inde de belirli metinler bakımından "*ex aequo et bono*" ile "*bona fides*" aynı anlamda ele alınmıştır. Gaius'un 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

⁴⁷ D. 1.1.1 pr.

⁴⁸ 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 olup neticede adaleti sağlamaktadırlar. Cengiz Koçhisarlıoğlu ve Özlem Söğütlü Erişgin, Roma Özel Hukuku Uygulamaları, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016, s. 10. Villey, Op. Cit. s. 48. Herbert Hausmaninger ve Walter Selb, Römisches Privatrecht, Böhlau, Wien, 2001, s. 28

⁴⁹ Cicero, De Officiis, 1. 33. Kadir Gürten, Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Adalet Yayınevi, Ankara, 2008, s. 29

⁵⁰ William W. Buckland, A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinians, Cambridge University Press, Cambridge, 1950, s. 55

⁵¹ Adnan Gürüz, "Adalet Kavramı", (ed. Adnan Gürüz) Anayasa Yargısı-Anayasa mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 13-20, s. 13

⁵² Schermaier. Op. Cit. s. 88

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 incelendiğinde aslında hakkaniyetin gereklerinden kas-
tın *bona fides*'in gerekleri olduğu sonucuna varılmaktadır. Zira ifanın ölçütü hakkaniyet değil, *bona fides* olup *bona fides*'e uygun ifa hakka-
niyetin ve bu sayede adaletin sağlanmasına hizmet etmektedir.⁵³ *Bona fides* ile beraber hukukun ruhunu ifade eden *animus*, fayda anlamında kullanılan *utilitas* ve dürüstlük yani *honestas* ilkeleri hakkaniyet kavra-
mından türemiş olan diğer ilkelerdir.⁵⁴ *Bona fides* ile *aequitas* arasındaki ilişki *Digesta* metinlerinde de açıkça göze çarpmaktadır. Tryphonus'a ait D. 16.3.31.pr uyarınca “*bona fides quae in contractibus exigitur aequita-
tem summam desiderat*” yani “sözleşmelerde dikkate alınması gereken *bona fides*, hakkaniyetin en yüksek ölçüsünün mevcudiyetini gerekti-
rir” denilmektedir.⁵⁵ Buna göre *aequitas* menfaatlerin dengelenmesini ifade etmekte, *bona fides* ise buna eş tutulmaktadır.⁵⁶ *Postklassator*'lar-
dan Baldus da “*bona fides aequitatem desiderat*” yani “*bona fides* hakka-
niyeti gerektirir” diyerek bu düşüncüyü devam ettirmiştir.⁵⁷ Öğretide Baldus'un da *aequitas* ile *bona fides*'i aynı anlamda kullandığı ileri sü-
rilmektedir.⁵⁸

⁵³ Gaius, *Institutiones*, 3.155

⁵⁴ Fritz Pringsheim'a göre *aequitas* ve *bona fides* arasında doğrudan bir ilişki yok-
tur. Buna göre *aequitas* hukukun eleştirilmesi ve yorumlanması için bir araçtır. Öte yandan bu işlevlerin gerçekleşmesi için de alt mekanizmalara ihtiyaç olup bunlardan en önemlisi *bona fides*'tir. Maria y. J. F. Tella, (çev. Peter Muckley) *Equity and Law*, Martinus Hijhoff Publishers, Boston, 2005, s. 29. Fritz Pringsheim, “*Aequitas und Bona Fides*”, *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette*, Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, C. 33, S. 2, 1931, s 183-214, s. 194

⁵⁵ Klasik Hukuk Dönemi sonundan itibaren *bona fides* yerini dereceli olarak *aequi-
tas naturalis* (doğal hakkaniyet)'e bırakmıştır. Bu durumun pek çok sebebi olduğu düşünülebilse de kuşkusuz aralarında en önemlisi *bona fides* kavramının formula usûlü ile sıkı sıkıya bağlı oluşudur. Formula usûlü kullanılmamaya başlandıktan itibaren *bona fides* kurumu da diğer etik ilkelerle bir rekabete girmiştir. Schermaier. Op. Cit. s. 89

⁵⁶ Francesco Busnelli, “*Note in Tema Di Buona Fede ed Equità*” (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 225-257, s. 226

⁵⁷ Norbert Horn, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Böhlau, Köln, 1968, s. 103

⁵⁸ Busnelli. Op. Cit. s. 227

Kanonik hukukçular, *bona fides*'i Hristiyan ahlakçılığı çerçevesinde açıklamaya çalışmışlardır. Bu açıdan *bona fides* iyiniyet ve iyi irade anlamında kullanılmıştır.⁵⁹ Buna karşılık *postglossator*'lardan Baldus'un *bona fides* görüşleri Aristoteles'in görüşlerine dayanmış, genellikle *bona fides*, *aequitas* ile aynı anlamda kullanılmıştır.⁶⁰ Baldus'a göre *aequitas* dürüstlük kuralına uygun davranışlar için kuralların kuralı yani adeta bir "*regula regulorum*" sayılmıştır. Keza Baldus öncesi *ius commune* hukukçuları da *bona fides* ile *aequitas* kavramlarını aynı anlamda ele alarak bu kavramların hukukî ilişki içerisindeki tarafların sözlerini tutması, bir tarafın diğerini yanıltmaması ve son olarak her iki tarafın açıkça üstlenilmemiş dahi olsa, dürüst bir kişinin yükleneceği borçlarla bağlanması olmak üzere üç unsuru içerdiğini belirlemişlerdir. Baldus da *bona fides* bakımından söze bağlılığın önemine dikkat çekmiştir. Buna göre *dolus* halinde *bona fides*'e ihanet edilmekte olup *aequitas* tesis edilememekte, böylelikle de sözleşme ile amaçlanan karşılıklı adalet gerçekleşmemektedir. Baldus'a göre *bona fides* bir sözleşmenin bağlayıcı olup olmadığının tespiti ve tarafların borçlarının içeriği ile bunların yerine getirilip getirilmediğinin belirlenmesi açısından dikkate alınmalıdır.⁶¹ *Bona fides*, *dolus*'un yokluğu ve tarafların doğal hakkaniyete uygun davranması olmak üzere iki anlamı içerir.⁶² Bu durum, "*bonam fidem in contractibus considerari aequum est*" yani "sözleşmelerde dürüstlük kuralının dikkate alınması hakkaniyet gereğidir" şeklinde açıklanmıştır.⁶³

Doğal hukukçulara göre hakkaniyet hâkim tarafından yorumlanan doğal hukuktan başka bir şey değildir.⁶⁴ Doğal hukukun yorum-

⁵⁹ Hostiensis (Ed. Enrico de Susa), *Decretalium Commentaria*, No: 11, 1581. X2, 26, 17

⁶⁰ Dove J. Wilson, "Baldus de Ubaldis", *The Yale Law Journal*, C. 12, 1902, s. 8-20, s. 17. Kenneth Pennington, "Baldus de Ubaldis", *Rivista Internazionale Di Dritto Comune*, C. 8, 1997, s. 35-61, s.39

⁶¹ James Gordley, "Good Faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune", (ed. Reinhard Zimmermann ve ve Simon Whittaker) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 94, s. 108-109

⁶² Horn. Loc. Cit.

⁶³ Gian Paolo Masetto, "Brevi Note Sull'Evoluzione Storica della Buona Fede Oggettiva", in (ed. Francesco Macario, Marco N. Miletta) *Tradizione Civilistica e Complessità del Sistema: Valutazioni Storiche e Prospettive della Parte Generale del Contratto*, Foggia, Milano, 2006, s. 295

⁶⁴ Jeffrie Coleman ve Jules Murphy, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, Colorado, 1989, s. 14

lanması aşamasında ise etik bir ilke olan *bona fides* kavramına başvurulmaktadır. Hukuk dışı değer yargılarına dayanan *bona fides*, başta Yunan filozofların düşünceleri çerçevesinde önce Yunan sonra Roma toplumunca benimsenmiş ve Roma sözleşmeler hukukunu büyük ölçüde etkilemiş, daha sonra ise *glossator*'lar tarafından şematize edilerek günümüzdeki halini almıştır.⁶⁵ *Bona fides*, içerisinde doğruluk, dürüstlük ve sadakati taşıyan bir üst değer olup, doğal hukuka dayanan sosyal ve etik değerlerin hukuk alanına girmesini sağlayarak hukukun genel ilkesi mertebesine ulaşmıştır.⁶⁶

III. Bona Fides'in Roma Usûl Hukukunda Gelişimi

A. Iudicia Bonae Fidei

Ius praetorium'un *ius civile*'yi ayrıntılandırarak açıklamak ve uygulanmasını kolaylaştırmak, *ius civile*'de yer alan boşlukları doldurmak ve düzenlenmemiş konularda kurallar koymak ile *ius civile*'yi düzelterek artık sosyal ihtiyaçlara karşılık vermediği ölçüde kuralların değiştirilmesini sağlamak olmak üzere üç işlevi mevcut olmuştur.⁶⁷ Özellikle boşlukları doldurmak ve yeni kurallar getirmek işlevleri bakımından ise *praetor*'lar *bona fides*'i büyük ölçüde dikkate almışlardır. *Bona fides* ilkesi *praetor edictum*'ları sayesinde *formula* usûlü ile hukuk alanına geçiş yapmış, *iudicia bonae fidei* denilen iyiniyet davalarına eklenen "*ex fide bona*" kaydı sayesinde uygulanmaya başlamıştır.⁶⁸ Bir diğer deyişle, Roma maddi hukukunun gelişimi, usûl hukukuna paralel olmuştur.⁶⁹

⁶⁵ Gordley, Op. Cit. s. 104. Hausmaninger ve Selb, Op. Cit. s. 56

⁶⁶ İonna Kuçuradi, İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 60. Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 77. Martin Hesselink, "The Concept of Good Faith" (ed. Arthur Hartkamp ve Ewoud Hondius) Towards a European Civil Code, Kluwer Law International, Boston, 2004, s. 473

⁶⁷ Özcan Karadeniz Çelebican, Roma Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 103

⁶⁸ Söğütlü Erişgin, Op. Cit. s. 70

⁶⁹ Roma usûl hukukunun evrimi Klasik Hukuk Dönemi uyarınca uygulanmış olan Ordo Iudiciorum Privatorum (Özel Mahkemeler Sistemi) ile önceleri istisnai hallerde uygulanan ama zamanla kural haline gelen Cognitio Extra Ordinem (Sistem Dışı Yargılama) sistemlerini içermektedir. Ordo Iudiciorum Privatorum, en eski usûl olan legis actio usûlü ile öğretilerdeki hâkim görüşüne göre M.Ö.3. yüzyılda lex aebutia ile kabul edilen formula usûlü uygulamalarını içerisinde barındırmıştır. Vincenzo Arangio-Ruiz, Istuzioni Dei Dritto Romano, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 40. Edizione, Napoli, 2012, s. 123. Max Kaser, Die Lex Aebutia, Giuffrè,

Roma hukukçularının çoğunluğu *iudicia bonae fidei*'yi *formula* usûlü ile ilişkilendirmekte ve bunların kökeninin M.Ö. 3. yüzyıla dek uzandığını kabul etmektedirler. Roma usûl hukukunda uygulanmış sistemlerden bir tanesi olan *formula* usûlü uyarınca *praetor*'larca spesifik durumlar için verilmiş özel dava kalıplarını ifade eden *formula*'lar hazırlanmış ve *praetor*'lar tarafından atanan yargıçlar somut olayı verilen dava *formula*'sına uyarlayarak çözmüştür. Ayrıca her sene yeni *praetor*'larca *formula*'lar ilan edilmiş, böylece mevcut davaların sayısı artmış ve içerikleri genişlemiş, bu ise Roma hukukunun gelişmesine katkı sağlamıştır.⁷⁰

Formula'lar *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* ve *adiudicatio* olmak üzere dört ayrı bölümden oluşmaktadır.⁷¹ *Demonstratio*, bir dava *formula*'sının davanın sebebini açıklayan kısmı iken, *formula*'nın en önemli kısmı olan *intentio* ise davacının iddiasını ve talebini yansıtmakta, *condemnatio* da *intentio*'daki şartlı cümleyi sonuca bağlayarak yargıca davalıyı beraat ettirme ya da onu mahkûm etme yetkisi vermektedir.⁷² Roma hukukunda *formula*'larda belirtilmiş fiili olgulara ve hukuki esaslara sıkı sıkıya bağlı olan davalara *actiones stricti iuris* (dar hukuk davaları) adı verilmiştir. Öte yandan Cumhuriyet Dönemi'nin sonlarından itibaren bazı borç ilişkilerinin içerikleri, "davalının davacıya dürüstlük kuralı gereği vermesi ya da yapması gereken her şey", yani "*quidquid numerius negidius aulo agerio dare facere oportet ex fide bona*" şeklinde *formula incerta* olarak ifade edilmiş olup yargıca geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Yargıcın *bona fides* yardımıyla zihninde ideal bir

Milano, 1950, s. 50. Ziya Umur, Roma Hukuku Ders Notları: Usûl Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s. 217 vd. Belgin Erdoğan ve Bülent Tahiroğlu, Roma Usûl Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 1997, s. 15 vd. Andreas B. Schwarz, (Çev. Türkan Rado) Roma Hukuku Dersleri, İÜHFY, İstanbul, 1963, s. 287 vd. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 443. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 369

⁷⁰ Schermaier. Op. Cit. s. 72-74

⁷¹ *Adiudicatio* davaya bakan yargıca örneğin tartışmalı mülkiyetin kime ait olacağına karar vermesinin öğütlendiği kısım olup buna genellikle *actio familiae eriscundae*, *actio communi dividundo* ve *actio finium regundorum* gibi taksim davalarında rastlanılmıştır. Gaius, *Institutiones*, 4. 39. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 383. Umur. Op. Cit. s. 255-256. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 127.

⁷² Umur. Op. Cit. s. 256. Villey. Op. Cit. s. 38. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 126. John T. Abdy ve Brian Walker, *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*, Clark, New Jersey, 2005, s. 298 vd. Andrew Borkowski, *Roman Law*, Blackstone Press Limited, London, 2001, s. 74

davranış modeli yaratarak karar verdiği ve *ex fide bona* kaydını içeren bu davalar ise *iudicia bonae fidei* olarak adlandırılmıştır.⁷³

Ex fide bona kaydı sadece *dare* (verme) değil aynı zamanda *facere* (yapma) yükümlülüğünü de içermektedir. Bununla beraber *condemnatio* ise *dare* yani verme yükümlülüğüne ilişkin olabilir, bu durumun nedeni olarak ise *fides*'in sorumluluğun kaynağı olması gösterilmiştir.⁷⁴ Borcun ve ifanın kapsamını belirlemek adına kullanılan ölçüt, *bona fides* olmuştur. Bu davaların doğuş nedeni dar hukuk davalarının hakkaniyeti sağlamakta yetersiz kalışı ve *bona fides*'in sağlanmasına duyulan gereksinimdir.

Iudicia bonae fidei bakımından yargıç, davalının ifa yükümlülüğünü *bona fides*'e göre belirlemiş ve *bona fides*'e göre gerekli olan tüm savunmalar yapılabilmektedir.⁷⁵ *Bonae fidei iudicia*'nın doğuşunda *peregrinus*'lar ile yapılan ticaretin dolaylı olarak önemli bir rol oynadığı söylenmektedir.⁷⁶ Bununla beraber *praetor*'ların faaliyetleri ile dar hukuk davalarının çoğu iyiniyet davası halini almış olup zamanla *iudicia bonae fidei* oldukça çoğalmıştır.⁷⁷ Özellikle Iustinianus Dönemi'nde *mutuum* (tüketim ödencü) ve *stipulatio* sözleşmelerinden doğan davalar haricinde davaların tümü *iudicium bonae fidei* halini almıştır.

Cicero'nun *De Officiis* eserinin 3. 70. paragrafı uyarınca *iudicium bonae fidei*'den bahsetmekte ve güvene dayalı ilişkiler bakımından *bona fides*'in öneminin altı çizilmektedir.⁷⁸

"nam quanti verba illa: Uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatus-ve 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

⁷³ Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 71. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 230. Cardilli. Op. Cit. s. 72. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 107. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 298. Umur. Op. Cit. s. 262. Gallo. Op. Cit. s. 132

⁷⁴ Franz Wieacker, "Zum Ursprung der Bonae Fidei Iudicia", Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung, C. 80, S. 1, 1963, s. 1-41, s. 35

⁷⁵ Schermaier. Op. Cit. s. 84. Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 71

⁷⁶ Nitekim formula usulü yabancılarla olan ticari ilişkilerde yabancılara legis actio sisteminin uygulanamaması sebebiyle ortaya çıkmıştır. *Iudicia bonae fidei* ise formula usulü sayesinde gelişmiş olmakla beraber aslında doğuş nedeni hukuki ilişkilerde tarafların menfaatlerinin dengelenmesidir. Villey. Op. Cit. s. 29. Schermaier. Op. Cit. s.82-85

⁷⁷ Karadeniz Çelebican. Op. Cit. s. 342

⁷⁸ Schermaier. Op. Cit. s. 82

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 uğramayacağıma 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 bir 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 halde, yargıcın her bir bireyin karşısındaki olan borcunun kapsamına karar verme yetisine sahip olmasını gerektirdiğini söyledi."

Metinde *formula'*nın iki önemli parçası olan *fides* ve *bene agere* kavramlarından bahsedilmektedir. *Iudicia bonae fidei'*nin üç unsuru mevcut olup bunlar güvene dayalı ilişkilerin maddi içeriğine işaret eden *bene agere*, verilmiş bir sözün bağlayıcı gücü ve yargıcın iki tarafın menfaatlerini dengelemek hususunda sahip olduğu *officium'*dur. Bu üç olgu, *iudiciae bonae fidei'*nin gelişimine hizmet etmiştir.⁷⁹

Hâkim görüşüne göre tüm *bonae fidei iudicia* tipleri, aynı anda ortaya çıkmış olup bir başka düşünceye göre ise iki türlü *bonae fidei iudicia* mevcuttur. Bunlardan ilkinde bizatihi borcun sebebi *bona fides* iken diğerinde *bona fides* sadece yargıcın takdir yetkisini kullanırken faydalandığı bir araç konumundadır.⁸⁰ Öte yandan sorumluluğun kaynağının *bona fides* olup olmamasından bağımsız olarak yargıç *bona fides'*i esas almakla iki halde de aynı sonuca varacaktır.

⁷⁹ Ibid.s. 83

⁸⁰ Wieacker. Loc. Cit.

Iudicia bonae fidei' nin Roma hukukunda pratik önemi de büyüktür. Örneğin sözleşmesel faiz borcunun *stipulatio* ile belirlenmesi halinde, dar hukuk davası açılabilmiş, buna karşılık *bonae fidei iudicia'* lar kapsamında faize otomatik olarak hükmedilebilmiştir.⁸¹ Yine *iudicia bonae fidei* ile istenebilecek olan zarar; sadece fiili zararı ifade eden *damnum emergens* olmayıp yoksun kalınan kâr kalemini oluşturan *lucrum cessans* yani sözleşme gereği gibi ifa edilseydi elde edilebilecek yararların elde edilememesi ile uğranılan zararı da *bona fides* ve *aequitas* uyarınca içerisine almaktadır.⁸² Öte yandan Roma hukukunda *iudicium bona fidei* bakımından olay bazında yaklaşım mevcut olmuş, *praetor'* lar *formula* usûlü uyarınca her bir olayı kendi koşulları altında değerlendirmiş ve önceden düzenlenmemiş olasılıklar bakımından *ex fide bona* davranılıp davranılmadığının tespitini ayrı ayrı yapmıştır.⁸³

Cicero, *tutela* (vesayet), *societas* (ortaklık), *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* 4. 62 uyarınca *emptio venditio* (alım satım), *locatio conductio* (kira-hizmet ve eser), *negotiorum gestio* (vekâletsiz iş görme), *mandatum* (vekâlet), *depositum* (saklama), *fiducia* (inançlı işlem), *societas* (ortaklık), *tutela* (vesayet)' dan doğan davalar ile *actio rei uxoriae*⁸⁴ ı *iudicia bonae fidei* olarak saymıştır. Bir diğer deyişle iyiniyet davalarının uygulama alanı Klasik Hukuk Dönemi'nde genişlemiştir.⁸⁵ *Institutiones* 4.6.28 metni ise bu davalara *actio familiae eriscundae* ile *actio communi dividundo* gibi yargıca benzer bir takdir yetkisi genişliği tanıyan ancak *bona fides'* e dayanmayan davaların da dâhil edildiğini gözler önüne sermektedir. Öte yandan bunlar açık bir *bona fides* klozu taşımamaktadırlar.⁸⁶

⁸¹ Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 204

⁸² Keza *delicta* bakımından güven ve gözetim eksikliğinden dolayı gerçekleşen her tür zarar da *bonae fidei iudicia* ile tazmin edilebilmiştir. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 230. Borkowski. Op. Cit. s. 331

⁸³ Javier Del Granado, "The Genius of Roman Law From a Law and Economics Perspective", *San Diego International Law Journal*, C. 13, 2011, s. 301-329, s. 315

⁸⁴ *Actio rei uxoriae*, kocanın karısına ait olan ve evlilik sırasında beraberinde getirdiği malvarlığını ifade eden cihazi (dos) yönetimine ilişkin bir davadır.

⁸⁵ Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 95

⁸⁶ Carlo Augusto Cannata, "Bona fides E Strutture Processuali" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore*

Özellikle Post Klasik Dönem’de netleşen bir ayrıma göre *iducia stricti iuris*’e vücut veren sözleşmeler *contracti/negotia stricti iuris* (dar hukuk sözleşmeleri) adını alırken *iudicia bonae fidei*’ye vücut verenler ise *contracti/negotia bonae fidei* (iyiniyet sözleşmeleri) olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Buna göre *obligationes consensu contractae* doğuran rızai sözleşmelerin hepsi iyiniyet sözleşmesi iken özellikle *stipulatio* ve *mutuum* (tüketim ödücü) sözleşmeleri dar hukuk sözleşmesi olarak kalmışlardır.⁸⁷ *Contracti bonae fidei* kapsamında güvenin ihlalinden ötürü ise diğer yaptırımlara ek olarak kişilerin toplumdaki saygınlıklarını yitirmesine neden olan *infamia* yaptırımı söz konusu olmuştur.⁸⁸ Bu ayrımın bir önemi de irade fesatlarında ortaya çıkmış; *stricti iuris* sözleşmeler bakımından şekilcilik önemliyken *bonae fidei* sözleşmeler bakımından ise yanılma, aldatma ya da korkutma daha kolay dikkate alınmıştır.⁸⁹ Keza *bonae fidei iudicia*’ya vücut veren iyiniyet sözleşmeleri bakımından, sözleşmede özel olarak herhangi bir hususun kararlaştırılmamış olması halinde tarafların sözleşmenin doğası ve dürüstlük kuralı gereği içermesi gereken borçları da ifa etmeleri gerektiği, bir diğer ifade ile açıkça kararlaştırmadıkları hükümlerle de bağlı olacakları kabul edilmiştir.⁹⁰

Bonae fidei sözleşmeler bakımından borçlunun taahhüdünün içeriği dürüstlük kuralına göre belirlenirken *stricti iuris* sözleşmelerde borçlunun taahhüdünün içeriği verilen söz kapsamında belirli olmuş, dolayısıyla *bonae fidei* borçlar *incertae* iken *stricti iuris* borçlar ise *certae* olmuşlardır.⁹¹ Yine, borcu sona erdiren hallerden *compensatio* (takas) Klasik Hukuk Dönemi’nde yalnızca iyiniyet sözleşmelerinden doğan borçlar bakımından kabul edilmiştir. Zira karşılıklı aynı türden iki borçtan bir tanesinin az olan nispetinde sona erdirilmesi esasında karşı

di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 257-273, s. 259

⁸⁷ Türkan Rado, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006, s. 64. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 200. Gallo. Op. Cit. s. 146

⁸⁸ Karadeniz Çelebican. Op. Cit. s. 173

⁸⁹ Borkowski. Op. Cit. s. 257

⁹⁰ Öte yandan *ius gentium* ve Kanonik hukuka göre bu durum her tür sözleşme bakımından geçerli iken Klasik Dönem Roma hukukunda sadece iyiniyet sözleşmeleri bakımından esas olmuştur. Bu açıdan bir görüşe göre *ius civile*, *ius gentium* ile çelişmektedir. Öte yandan *ius gentium* ve *ius naturale*’nin *bona fides*’e etkisi büyüktür. Gordley. Op. Cit. s. 105

⁹¹ David Johnston, Roman Law in Context, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, s. 78

alacaklının menfaatini koruduğundan bu kurumun kökeni *bona fides'*e dayandırılmaktadır.⁹²

Bonae fidei iudicia öncesinde yargıcın *officium'*u yalnızca kuralın *formula'*da yazıp yazmadığına bakmakla sınırlı olmuştur. *Ex fide bona* klozu ise yargıca taraflar arasındaki ilişkiyi değerlendirebilme imkânı vermiş; hukuki ilişkinin kökeni, etkileri, tarafların davranışları ve onları çevreleyen şartlar göz önüne alınarak önceden mevcut olan şekilcilik, getirilen değerler sistemi ile dağıtılmıştır.⁹³ *Ex fide bona* kaydı yargıcın takdir alanını bir hayli genişletmiş, öte yandan uygulamada keyfiliğe yol açmamıştır.⁹⁴ Nitekim toplumun sadakat ve güven erdemlerine verdiği önemin de etkisiyle Roma hukukunda olay bazında yeknesak ve somut bir *bona fides* anlayışı yerleşmiş, bu anlayış kesin objektif bir kriter oluşturmuş ve çeşitli parametreler etkisinde değişmemiştir.⁹⁵

*Bonae fidei iudicia'*nın gelişiminde dolaylı olarak *ius gentium* ve *ius naturale'*nin de etkisi büyüktür.⁹⁶ Yunan felsefesine dayanan *ius naturale*, etik değerlere dayanan ve içgüdüsel bir ahlakiliği içerisinde barındıran *ratio summa* (ortak akıl)'nın yansıması olan kurallar bütünü olarak görülmüştür.⁹⁷ Doğal hukukun temel unsurlarından bir tanesi "başkasının hakkını gözetmek" iken *bonae fidei iudicia* uygulamaları ise

⁹² Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 326. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 318. Filippo Nappi, "Buona Fede Ed Equità nell'Estinzione Dell'Obbligazione per Compensazione (Considerazioni sula Funzione di Grantia della Compensazione" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 475-496, s. 483. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 325. Pascal Pichonnaz, "Quelques Aspects de la Bonne Foi (Objective) dans la Compensatio En Cas de Faillité à Rome et Aujourd'hui" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 105-123, s. 105 vd.

⁹³ Alexander Beck, "Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht", *Aequitas und Bona Fides: Festgabe für 70. Geburtstag von August Simonius, Helbing & Lichtenhahn*, Basel, 1955, s. 23 vd. Schermaier. Op. Cit. s. 84

⁹⁴ Umur. Loc. Cit.

⁹⁵ Cannata. Op. Cit. s. 260

⁹⁶ Mario Talamanca, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 2016, s. 116 vd.

⁹⁷ D.1.1.11. Buckland. Loc. Cit. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 39. Cicero, *De Officiis*, 1. 10-24

ius naturale'nin bu özelliğine dayanmıştır.⁹⁸ Keza *ius gentium* normları oluşturulurken de *ius naturale* ve toplumsal davranış kurallarına işaret eden *mores civitatis* esas alınmış, çoğunlukla bu iki kavram aynı anlamda kullanılmıştır. *Ius naturale* uyarınca *ius gentium*'a göre sözleşmelerde *bona fides*'in gözetilmesi *aequitas*'ın sağlanabilmesi için gerekli olup *bona fides*'in gereği olan söze bağlılık kökenini tüm insanlık için bağlayıcı hukuk kuralları olan *ius gentium*'da bulmaktadır.⁹⁹ *Ius gentium* hem *formula* usûlünün gelişimine hizmet etmesi hem de *ius naturale*'ye dayanması sebebiyle *bona fides*'in ilkesel olarak benimsenmesine büyük katkı sağlamıştır.¹⁰⁰

B. Exceptio Doli

Formula usûlü kapsamında *praetor*'ların hukuki koruma yolları sadece *actiones* (davalar) ile sınırlı olmamış, *exceptio* (def'i), *restitutio in integrum* (eski hale getirme), *denegatio actionis* (davanın reddi) gibi vasıtalar da *bona fides*'in gözetilmesini sağlamıştır.¹⁰¹ Buna göre *praetor*'lar *ius civile*'ye göre geçerli olan bazı işlemlerin hüküm ve sonuç doğurmasını *bona fides* gereğince tarafın dava açma talebinin reddi ya da karşı tarafa verilen bir def'i hakkı vasıtasıyla önleyebilmiştir.¹⁰²

Roma hukukunda hile def'ine işaret eden *exceptio doli* kavramı, *bona fides*'e uygunluğu denetleyen en önemli mekanizmalardan olmuştur.¹⁰³ Cicero'nun *De Officiis* isimli eserinin 3. 61. paragrafı uyarınca "aut cum dicitur inter bonos bene agier, quicquam agi dolose aut malitiose potest?" "ya da sözleşmede dürüst taraflar arasında dürüst işlem ilkesinin düzenlenmesine karşılık hileli ya da bu ilkeye aykırı davranılabilir mi?" ifadesi göze çarpmakta ve bu ifadenin usûle ilişkin iki önemli sonuç doğurduğu kabul edilmektedir.¹⁰⁴ Bunlardan ilki *dolus* teşkil eden

⁹⁸ Bülent Tahiroğlu, Roma Borçlar Hukuku, Der Yayınları, İstanbul, 2016, s. 114 vd.

⁹⁹ Buján. Op. Cit. s. 43. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 25

¹⁰⁰ Buckland. Loc. Cit. Haluk Emiroğlu, *Ius Gentium* (Kavimler Hukuku), Değişim Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 127, s. 134. Kaser. Op. Cit. s. 20 vd.

¹⁰¹ Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 453. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 377

¹⁰² Gürten. Op. Cit.. s. 125 vd.

¹⁰³ Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 4

^Dajczak. Op. Cit. s. 413. Villey. Op. Cit. s. 121. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 286.

Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 103, 105

¹⁰⁴ Schermaier. Op. Cit. s. 87

her bir davranışın suçlu taraf hakkında sonuç doğuracağıdır.¹⁰⁵ İkinci sonuç ise yargıcın hileli tarafın bir sözleşmeye ilişkin olarak davasını engelleyen ve *bona fidei iudiciae* kapsamında değerlendirilen *exceptio doli* kurumunun varlığıdır.¹⁰⁶

Dolus, esasında *ius praetorium* tarafından tanınan *delictum* (haksız fiil)'lerden bir tanesidir.¹⁰⁷ *Labeo dolus'* u çıkar elde etmek için karşı tarafı tuzağa düşürme olarak açıklamış olup *dolus*, özellikle de *dolus malus*, karşı tarafı aldatmaya yönelik her türlü kurnaz, kötüniyetli, dürüstlük kuralına uymayan davranış olarak ele alınmıştır.¹⁰⁸ *Exceptio doli* de bir davranışı cezalandırmaktan ziyade kişinin iddiasının kabulü halinde ortaya çıkabilecek eşitsizliği ya da adaletsizliği giderme amacına hizmet etmiş, böylelikle dürüstlük kuralına uygunluğun denetlenmesine olanak sağlamış, kimi zaman bir haksız fiil olarak *dolus* olmasa da *exceptio doli* söz konusu olabilmektedir. Bu durum ise davranışın içeriğinde bizatihi *dolus* barındırması yani "*res ipse in se dolum habet*" biçiminde adlandırılmıştır.¹⁰⁹ Roma hukukunda *exceptio doli*'nin *formula'sı* "*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*"¹¹⁰ "eğer hiçbir şey davacının hilesiyle ile yapılmadıysa" biçimindedir. Buna göre tarafların dava esnasında *bona fides'*e aykırı düşen ve genellikle *contro bonos mores* sayılan her davranışı (*negotia turpia*) da *exceptio doli* ile karşıla-

¹⁰⁵ Dolus ifa ya da dava esnasında mevcut olabilmektedir. Post Klasik Dönem'de ise sözleşme kurulurken mevcut olan dolus haline dolus in contrahendo adı verilmiş, bu durum ise sözleşmenin ifa imkânsızlığı nedeniyle baştan itibaren imkânsız olduğu halleri ifade etmiştir. Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 205. Talamanca. Op. Cit. s. 137. Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996, s. 668

¹⁰⁶ Schermaier. Loc. Cit.

¹⁰⁷ *Exceptio doli*'nin kökeni kimi yazarlarca C. Aquilius Gallus'un *actio de dolo*'yu yaratması ile ilişkilendirilmektedir. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 72. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 103. Berthold Kupisch, "Exceptio Doli Generalis und Iudicium Bonae Fidei Zur Frage der Inhärenz bei Vertr ägen nach Treu und Glauben" (ed. Theodor Baums, Johannes Wertenbruch), *Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, s. 402

¹⁰⁸ D.4.3.1.2. Zimmermann. Op. Cit. s.665. Cannata. Op. Cit. s. 272. Kaser, Knütel ve Lohsse. Op. Cit. s. 223

¹⁰⁹ Gordley. Op. Cit. s 102. Simon Whittaker ve Reinhard Zimmermann, "Surveying the Legal Landscape" (ed. Simon Whittaker ve Reinhard Zimmermann) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 16

¹¹⁰ Zimmermann. Op. Cit. s. 667. Gaius, *Institutiones*, 4. 119. Otto Lenel, *Das Edictum Perpetuum*, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Dritte verbesserte Auflage, Leipzig, 1927, s. 512

şabilmiştir.¹¹¹ Roma hukukunda *dolus, bona fides*'in zıt kavramı olarak ele alınmıştır. Paulus'a ait D. 17.2.3.3 uyarınca "*fides bona contraria est fraudi et dolo.*" "*bona fides, hile ve aldatmanın karşısındadır.*"¹¹²

Exceptio doli, Roma hukukunda *exceptio doli praeteriti* ve *exceptio doli generalis* olmak üzere iki biçimde karşımıza çıkmış olup *exceptio doli praeteriti* bir hakkın kazanılması sırasında, *exceptio doli generalis* ise bir hakkın dava yolu ile kullanılması esnasında bahsedilmiştir. Önceleri alacaklının kusuru ya da hilesinin mevcudiyeti halinde bu def'iler kullanılmış iken zamanla bundan bağımsız olarak hakkaniyet ve dolayısıyla *bona fides*'e aykırı görülen hallerde mağdur olan tarafa *exceptio doli*'ye başvuru imkânı verilmiştir. *Ius commune* Dönemi'nde ise davacının her türlü haksızlığına karşı davalıya *exceptio doli generalis* tanınmış, yine, dava açılmasını beklemeksizin *actio doli generalis* açıp mağduriyeti ileri sürme hakkı da mevcut olmuştur.¹¹³ *Ius commune* Dönemi'nde *exceptio doli generalis* doktrini altında *in fraudem legis agere* (kanuna karşı hile) kurumu da dikkate alınmaya başlanmış, *nemo auditur turpitudinem suam allegans* (kimse dürüstlük kuralına aykırı olarak elde ettiği hakka dayanamaz) ilkesi de bu çerçevede kabul edilmiştir. *Exceptio doli generalis* için özel ya da geçmişe ilişkin bir kasıt aranmamış, bilakis genel ve aktüel kasıt da yeterli olmuştur.¹¹⁴ Öğretide *exceptio doli*'nin usûli fonksiyonu aşarak maddi hukuka ilişkin bir fonksiyon kazandığı belirtilmektedir.¹¹⁵ Bu nedenle bu kurum *bona fides* ilkesinin yaradılışında adeta bir mihenk taşı görevi görmektedir.

¹¹¹ Zimmermann. Op. Cit. s. 668. Hausmaninger ve Selb. Op. Cit. s. 234. Schermaier. Op. Cit. s. 87

¹¹² Antonio Palma, "Violazione del Criterio Della Buona Fede E Risarcibilità del Danno Conseguente: Brevi Profili Comparatistici" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 27-49, s. 32

¹¹³ Henri Deschenaux, Schweizerisches Privatrecht II, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1988, s. 147

¹¹⁴ Dalla Massara Tommaso, "Frazionabilità della Domanda e Principio di Buona Fede" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 430-457, s. 441

¹¹⁵ Cicero, Topica, 65, 6. Adolf Berger, The Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Transactions of the Philadelphia Philosophical Society, Philadelphia, 1953, s. 459

IV. Bona Fides'in Çağdaş Hukuka Geçişi

A. Kavramsal Olarak Dürüstlük Kuralı

Roma hukukunda *bona fides* ilkesi objektif ve sübjektif olarak iki ayrı bağlamda kullanılmış olup bir yanı ile sadakat ve vefayı ifade ederken bir yanı ile de inanç ve güvenin korunması anlamına gelmektedir. *Bona fides*'in ifade ettiği bu iki durumun *ius commune* devrinden itibaren ise dürüstlük kuralı ile iyiniyet olmak üzere ikiye ayrıldığı görülmektedir.¹¹⁶ Sözleşmeler bakımından önem taşıyan ise *bona fides*'in objektif yansıması olan dürüstlük kuralıdır.¹¹⁷ Taraflar arası sadakat ile *fair dealing* yani “dürüst davranış/dürüst iş yapma”¹¹⁸ kavramlarını barındıran *bona fides* ise şekillendirdiği hukuki kurumlar ve do-

¹¹⁶ Öte yandan dürüstlük kuralı ile iyiniyet birbirinden bağımsız değerlendirilemez. Anlam ve işlevleri farklı olmasına rağmen hem dürüstlük kuralının hem de iyiniyetin altında namuslu ve dürüst davranma fikri yatmakta olup aslında sübjektif iyiniyetin temelinde de objektif bona fides vardır. Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 24. Kemal Oğuzman ve Nami Barlas, Medeni Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 239. Seyfullah Edis, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, AÜHFY, 6. Bası, Ankara, 1997, s. 271

¹¹⁷ Bu düalizm esasında Türk-İsviçre hukukunda da mevcuttur. Bu durum özellikle 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi devrinde kendini göstermiştir. Kanununun 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 hallerde asil olan, onun vücududur. Ancak, icabı hale göre kendisinden beklenen ihtimamı sarfetmeyen kimse hüsnüniyet iddiasında bulunamaz.” ifadesi yer almıştır. Bu terminoloji dürüstlük kuralı kavramının objektif hüsnüniyet, iyiniyet kavramının ise sübjektif hüsnüniyet olarak ele alınmasına sebep olmuştur. 2001 yılında yürürlüğe girmiş olan 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ise terminolojide bir düzeltmeye giderek objektif-sübjektif iyiniyet ayrımını ortadan kaldırmıştır. Fransız ve İtalyan hukukunda da eski kanuna paralel olarak “bonne foi objective” / “buona fede oggettiva” ve “bonne foi subjective” / “buona fede soggettiva” ayrımı mevcuttur. Buna karşılık Alman hukuku BGB bünyesinde objektif bir kavram olan “Treu und Glauben” ile sübjektif iyiniyeti ifade eden “Guter Glaube” arasında bir ayrım yapmaktadır. Bununla beraber özellikle Ortaçağ kaynaklarında Treu und Glauben kavramının bona fides karşılığında kullanıldığı bilinmektedir. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 18. Alain Bénabent, Droit Civil: Les Obligations, Montchrestier, Paris, 2005, s. 214

¹¹⁸ Fair dealing kavramı öğretice kimi zaman “dürüst davranma” olarak tercüme edilmektedir. Bu ifadenin “dürüst iş yapma” şeklinde anlaşılması da mümkün olup İtalyanca correttezza olarak adlandırılan kavram hem TMK 2 anlamında dürüstlük kuralını hem de dürüst davranma yükümlülüğünü içermektedir. Öte yandan bona fides tüm bu kavramları karşılayan genel bir ilke olduğundan çalışmada bu teknik kavramların üst başlığı olarak Latince “bona fides” ifadesi kullanılmaktadır. Oğuz. Op. Cit. s. 11

ğurduğu yavru kurallar ile Kıt'a Avrupası Medenî Hukuku'na miras kalmıştır.¹¹⁹

Objektif *bona fides*'in çağdaş medenî hukuklara geçişi *exceptio doli* kurumu ile gerçekleşmiş ve *bona fides* uygulamaları somutlaşmaya başlamıştır.¹²⁰ *Exceptio doli* Roma hukukunda hakkını kötüye kullanan tarafın hukuk düzeni tarafından himaye edilmeyeceğinin ileri sürülmesini ifade etmiş olup çağdaş hukuklarda ise dürüstlük kuralı ile bir madalyonun iki yarısı olarak değerlendirilen hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak düzenlenmektedir.¹²¹ Bir kimsenin hakkını açıkça dürüstlük kurallarına aykırı kullanması sonucunda bir başkasına zarar vermesi ya da zarar verme tehlikesi¹²² yaratması durumunda ortaya çıkan üstün ve genel bir hukuk ilkesi olarak tanımlanan hakkın kötüye kullanılması yasağının kökeni de kuşkusuz Romanist *bona fides* ilkesidir.¹²³ Keza bu yasak çok farklı hukuk sisteminin ortak paydada bu-

¹¹⁹ Schermaier. Op. Cit. s. 89

¹²⁰ Çağdaş hukuklar bakımından *exceptio doli* teknik anlamda bir def'i olarak görülmemekte, dürüstlük kuralına aykırılık olarak değerlendirilmektedir. Keza *exceptio doli* generalis, diğer def'ilerin aksine hâkim tarafından ex officio dikkate alınmaktadır. D. 19.1.13.8. Dieter Medicus ve Jens Petersen, Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller, 11. Auflage, Heidelberg, 2016, s. 51

¹²¹ Türk-İsviçre medenî hukukunda dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağı iki ayrı hüküm olarak düzenlenmektedir. TMK 2/II (ZGB 2 II)'de yer alan "bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz" ifadesi ile hakkın açıkça kötüye kullanılması yasaklanmakta olup Türk-İsviçre hukuku uyarınca Alman ve Fransız hukukunda olmayan hakkın "açıkça" kötüye kullanılması gerekliliği ile hakkın kötüye kullanılması yasağının genel hükümlerde düzenlenişi dikkat çekmektedir. Alman öğretisinde ise *exceptio doli*'nin Treu und Glauben'in en önemli kısmı olduğu kabul edilmekte olup bu kurum BGB § 242 çerçevesinde uygulama alanı bulmaktadır. Berger. Loc. Cit. Klaus Luig, "Il Ruolo della Buona Fede Nella Giurisprudenza della Carte dell'Impero Prima e Dopo L'Entrate in Vigore del BGB dell'Anno 1900" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 417-424, s. 418

¹²² Oğuzman ve Barlas'a göre zarar koşulu gerekmezken Akipek ve Akıntürk bu koşulun gerektiğini savunmaktadır. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 178. Jale Akipek, Turgut Akıntürk ve Derya Ateş, Türk Medenî Hukuku I, Başlangıç Hükümleri, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016, s.145 vd.

¹²³ Roma hukukunda "male enim nostro iure uti non debemus" olarak dile getirilen bu kural *bona fides*'in bir yansıması olarak ilk etapta komşuluk hukuku bakımından postglossatorlar'ca geliştirilen *aemulatio* ilkesi ile ortaya çıkmıştır. Öte yandan *exceptio doli* kavramı günümüz hukukundaki hakkın kötüye kullanılmasını yasağına evrilmiş, *aemulatio* ise komşuluk hukukuna özgü kalmıştır. Salvatore Riccobono (Çev. Ziya Umur.) "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazariyesi", *ÜHFM*, C. 22, S. 1-4, 1957, s. 350-397, s. 351. Derya Ateş, "Sözleşmelerde Dürüst-

luşmasını sağlayan *lex mercatoria* metinlerinde de *bona fides* **yükümlülüğüne dayandırılmaktadır**.¹²⁴ Buna ek olarak gerek Anglo-Amerikan hukuk sistemi bakımından gerekse *lex mercatoria* araçları bakımından çok önem taşıyan şekle aykırılığın hakkın kötüye kullanılması sayılması ile çelişkili davranış yasağı halleri (*venire contra factum proprium*) de *bona fides*'den doğmaktadır.¹²⁵ Bu nedenle *bona fides* hakkın kötüye kullanılması yasağı bakımından farklı hukuk sistemlerini birbirine bağlayan bir köprü görevi görmektedir.¹²⁶

Çağdaş medenî kanunlarda bulunan *bona fides* hükümleri, içeriğinde etik bir ilke barındıran genel norm (*Blankettnorm*) niteliğindedir.¹²⁷ Bu tür normlara içeriklerinin tamamının ancak uygulamayla somutlaşacağı normlar olan “*open norm*” ya da “*open ended norm*” adı da verilmektedir.¹²⁸ Genel norm, içeriğini oluşturan normatif olgu unsurlarının belirsiz olduğu ve bu durumun ancak normun somut olaya uygulanması evresinde aşıldığı normdur.¹²⁹ Bir norma genel norm diyebilmek için, normun içeriğinde yer alan unsurların anlamlarının

lük Kuralı”, *TBB Dergisi*, S. 72, 2007, s. 75-93, s. 82. Umberto Breccia, *Dritto Privato III*, Padova, 1997, s. 30

¹²⁴ UNIDROIT ilkeleri bakımından hakkın kötüye kullanılması yasağı ayrıca düzenlenmemiş, *bona fides*'in içeriğine dâhil olarak görülmüştür. Micheal Bonell, Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law, Giuffrè, Milano, 1987, s. 65-94, s. 84. Stefan Vogenauer, Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Oxford University Press, 2nd Edition, Oxford, 2015, s. 181-182

¹²⁵ Anglo-Amerikan hukukunda mevcut olan estoppel mekanizması, Kıt'a Avrupası hukuku uyarınca benimsenen hakkın kötüye kullanılması yasağı ile aynı amaca hizmet etmektedir. Farklı sistemlerin dayandığı ortak payda ise *bona fides*'tir. Leigh Anenson, “The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation”, *The Review of Litigation*, C. 27, S. 3, 2008, s. 377-440, s. 388. Martin J. Schermaier, “Bona Fides im Römischen Vertragsrecht” (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 3, Padova, 2003, s. 387-416, s. 411

¹²⁶ Keza *lex mercatoria* araçlarında da çelişkili davranış yasağının örneklerine rastlanmaktadır. CISG 29(2), 16(2)b ya da UNIDROIT ilkeleri 1.8. maddeler bunlardan birkaçıdır.

¹²⁷ Genel norm ile kastedilen *lex generalis* yani genel hüküm olmayıp Alman literatüründe “Blankettnorm” ya da “Generalklausel” olarak adlandırılan genel kuraldır. Osman Berat Gürzumar, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006, s. 36. Necip Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, Cilt I, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014, s. 501

¹²⁸ Vogenauer. Op. Cit. s. 176

¹²⁹ Ibid.

zaman, yer, içerisinde bulunulan teknolojik paradigma, sosyal çevre gibi pek çok farklı etmene göre değişebilir olması ve normun içeriğinin anlamlandırılmasında hukuk dışı disiplinlere başvurulması gerekmektedir.¹³⁰ Genel normlar bakımından çoğunlukla yorum boşlukları (*Erkenntnislücken*) ya da hüküm içi boşluklar ortaya çıkmaktadır.¹³¹ Bir kanun hükmünün olaya uygulanması için gerekli tüm unsurların barındırılmadığı, hâkime araştırma yükümlülüğü yüklenen hallerde kanun koyucu tarafından planlanmış hüküm içi boşluklardan söz edilmektedir.¹³² Bu halde ise hâkimin takdir alanı genişlemekte, dürüstlük kuralına ilişkin hükümler de bu sebeple eleştirilmektedir. Buna ek olarak öğretide bir görüş, *bona fides*'in işlevlerinin hâkimlerin beklenen görevleri olduğunu ve *bona fides*'in alt kategorilerinin Alman hukukunda olduğu gibi *Fallgruppen* biçiminde oluşturulmasıyla bunların paralel bir hukuk sistemine dönüşeceğini savunmaktadır.¹³³ Öte yandan bu eleştiriler, *bona fides*'e yönelik pratik ihtiyacı reddetmemekte, bu nedenle sadece teorik öneme sahip olmaktadır. *Bona fides*'in uygulanmasında aşırıya kaçılmaması, uygulamanın keyfiliğe yol açmaması gerektiği elbette unutulmamalı; dürüstlük kuralı yalnızca zorunlu hallerde, açıkça bir hakkaniyet ihlali olan yerlerde uygulanmalıdır. Dürüstlük kuralının bu niteliği, onun hukukun genel ilkesi olma vasfı ile çelişmez.

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.¹³⁴ Hakların kullanılmasında ve borçların yerine getirilmesinde düzenleyici bir norm olarak karşımıza çıkan dürüstlük kuralı hukuka ahlaki ve etik bir temel kazandırmaktadır.¹³⁵ Von Tuhr'a göre de *bona fides*, borçların çoğunun ifasına ve ifasına ilişkin kararlar bakımından taraflara ve hâkime emredilmiştir.¹³⁶ Keza dürüstlük kuralının yasal düzenle-

¹³⁰ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 30

¹³¹ Gürzumar. Op. Cit. s. 34

¹³² Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 71

¹³³ Hesselink. Op. Cit. s. 492

¹³⁴ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 30

¹³⁵ Şener Akyol, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006, s. 3

¹³⁶ Roma hukukunda var olan *exceptio doli generalis* (genel hile def'i)'in *bona*

meye bağlanmış olması dahi gerekmediği ve bundan ötürü genel bir hukuk ilkesi olarak değerlendirilmesi gerektiği de öğretilerde savunulmaktadır.¹³⁷ Dürüstlük kuralı hem borçlu hem de alacaklıya yüklenmiş olan ve hukuki işlemler ile kanundan doğan hak ve borçların kapsamının belirlenmesinde büyük rol oynayan bir prensip olup özellikle sözleşmelerin yorumu, tamamlanması, düzeltilmesi ya da yan edimlerin belirlenmesi bakımından günümüz borçlar hukuku uygulamasında önem taşımaktadır.¹³⁸

Dürüstlük kuralı Türk Medenî Kanunu (TMK)'nin 2. maddesi uyarınca düzenlenmektedir. Buna göre "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" Dürüstlük kuralının ne olduğu hakkında ise kanunda herhangi bir belirleme yapılmamıştır. Dürüstlük kuralı muğlak ve esnek bir yapıya sahip olduğundan ancak karşıt anlamlarının tespitiyle tanımlanabilecek ve spesifik uygulamaların çeşitliliği sayesinde anlaşılabilir olacaktır.¹³⁹ Örneğin maldaki ayıbı hileli olarak gizleyen bir satıcının varlığı, *bona fides* gereği "maldaki maddi gerçekleri bütünüyle açıklamak" gerektiği sonucuna varılmasını sağlayacak; keyfi olarak sözleşmeyi sona erdirme yetkisini kullanan birinin varlığı da "sözleşmenin *bona fides* uyarınca sebepsiz yere sona erdirilemeyeceği" kanısına varılması sonucunu

fides'in emrediciliğini ifade ettiği kabul edilmektedir. Dürüstlük kuralının uygulanmasının taraflarca kararlaştırılarak bertaraf edilebilip edilemeyeceği sorunu ise kuralın kamu düzenine ilişkin sayılıp sayılmayacağı ile ilgili olup hâkim görüşüne göre *bona fides* kamu düzeni ve genel ahlak ile ilişkili sayıldığından bu hükmün uygulanmayacağı kararlaştırılmamaktadır. Keza PECL 1.201. ve UNIDROIT ilkeleri 1.7. maddeler uyarınca da tarafların *bona fides*'i sözleşme ile bertaraf edemeyecekleri düzenlenmektedir. YHGK 12.05.1965, 5-D-4/203. Andreas Von Tuhr, (çev. Cevat Edege) Borçlar Hukuku, Cilt I-II, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1952, s. 53. Gallo. Op. Cit. s. 647. Harry Flechtner, "Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, 2001, s. 296-336, s. 306. Ole Lando, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", *American Journal of Comparative Law*, S. 35, 2005, s. 379-401, s. 391

¹³⁷ Nami Barlas, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", *İÜHFĐ*, C. 55, S. 3, 1997, s. 191-208, s. 200

¹³⁸ Akyol. Op. Cit. s. 6. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 13

¹³⁹ Robert Summers, "The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General Account" (ed. Reinhard Zimmermann ve Simon Whittaker) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 127

doğuracaktır.¹⁴⁰ Bu durum sadece Kıt'a Avrupası hukuklarında değil, Anglo-Amerikan hukukunda da aynı şekilde değerlendirilmektedir.¹⁴¹ Kıt'a Avrupası'ndaki kadar kompakt ve genel olmasa da, Anglo-Amerikan hukukunda da hakkaniyet kavramı ile yoğrulmuş bir *bona fides* doktrini, sözleşmelerin ifasında karşımıza çıkmakta olup *bona fides* genelde zıt kanıt yöntemi kullanılmak suretiyle *bad faith* yani kötüniyet ya da dürüstlük kuralına aykırı davranışların dışlanmasıyla açıklanmaktadır.¹⁴² Buna göre *good faith* ya da *bona fides* dışlayıcı bir kural olarak görülmekte olup tüm *mala fides* hallerinin dışlanması suretiyle ulaşılabilen bir bilinç yapısını ifade etmektedir.¹⁴³

Roma hukukunda bireysel olarak düzenlenen *bona fides*'in göz önünde tutulduğu haller, zamanla Kıt'a Avrupası hukuku bakımından genel bir *bona fides* yükümlülüğüne evrilmiştir. Bununla beraber Türk-İsviçre hukukunda TMK 2 / ZGB 2 uyarınca düzenlenen *bona fides*, Alman hukukunda ise Romanist geleneğe daha yakın olarak konu bazında parçalı olarak ele alınmaktadır.¹⁴⁴ Bununla beraber her

¹⁴⁰ Ibid.

¹⁴¹ Hesselink. Op. Cit. s. 498

¹⁴² Dürüstlük kuralının sadece dürüst olmayan davranışları dışladığını ve bunların da çoklukla ahlaka aykırılık teşkil ettiği belirtilmektedir. Ancak dürüstlük kuralı, dürüstlük erdeminden daha geniş bir kavramı ifade etmekte olup sözleşmesel *bona fides*, her zaman ahlaka aykırı olmak zorunda değildir. Summers. Op. Cit. s. 128

¹⁴³ Robert Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, C. 54, 1968, s. 195-267, s. 206

¹⁴⁴ BGB § 242 kuralı, borçlar hukukuna ilişkin ikinci kısmında bulunmakta ve kanun lâfzî olarak yorumlandığında, yalnızca sözleşmelerin ifası bahsinde borçlu açısından önem taşımaktadır. Buna karşılık son gelişmelerle, bu hükmün adeta bir genel hüküm mertebesine yükseldiği de söylenmektedir. İtalyan hukukunda ise sözleşmelerin ifası aşamasında uyulması gereken ilkelerden bir tanesinin *bona fides* olduğu C.c. 1375 uyarınca açıkça düzenlenmiş, yeni dönem İtalyan pratiği de *bona fides*'in genel bir norm olarak uygulanma sıklığını artırmıştır. Keza Fransız C. Civ. Art. 1134 III uyarınca da sözleşmelerin dürüstlük kuralına uygun olarak ifa edilmesi gerekmektedir. Günter Roth, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, II, C.H. Beck, München, 2016, s. 141 vd. Gordley. Op. Cit. s. 116. Cardilli. Op. Cit. s. 123. Rudolf Gmür, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch Verglichen mit Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, Bern, 1965, s. 50. Paolo Gallo, "Buona Fede Oggettiva E Trasformazioni del Contratto" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 2, Padova, 2003, s. 154-189, s. 159. Jacques Flour, Jean-Luc Aubert ve Eric Savaux, *Les Obligations: L'acte Juridique*, Armand Colin, Paris, 2004, s. 289 vd.

ne kadar genel bir yükümlülük olarak düzenlenmemiş olsa dahi Anglo-Amerikan hukukundaki yeni gelişmeler ise sözleşmeler bakımından *bona fides*'in giderek daha çok dikkate alındığını göstermektedir.¹⁴⁵ İçerisinde dağınık halde bulunan münferit düzenlemelere ek olarak UNIDROIT ilkeleri 1.7. ya da PECL 1.201. maddeler gibi *lex mercatoria* kaynakları incelendiğinde de sözleşmeler bakımından genel bir *bona fides* yükümlülüğünün varlığı göze çarpmaktadır.¹⁴⁶ CISG bakımından durum tartışmalı olmakla beraber, hâkim görüş ise *bona fides*'in antlaşmanın ruhunun dayandığı genel ilkelerden olduğu yönündedir. Her ne kadar antlaşmayı kaleme alanlar açıkça *bona fides* ilkesine değinmemiş olsalar da aynı kişilerce taraflar arasındaki ilişkilerin dürüstlük kuralına uygun olması gerektiğinin doğanın bir kanunu gibi açık olduğunun altı çizilmektedir.¹⁴⁷ Keza antlaşmanın Alman BGB'de yer alan *Treu und Glauben* kavramından yola çıkılarak düzenlenen 7(1) hükmünün dürüstlük kuralına atf verdiği de kabul edilmektedir. 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.¹⁴⁸

¹⁴⁵ Buna örnek olarak 1979 yılında İngiliz hukukunda kabul edilen Sale of Goods Act, Amerikan hukukunda 1960'larda yürürlüğe giren UCC (Uniform Commercial Code)'nin genel bir *bona fides* yükümlülüğü yükleyen 1.304. maddesi ile Restatement (2nd) of Contracts içerisinde yer alan § 205. paragraf gösterilmektedir. Steven Burton, “Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith”, Harvard Law Review, C. 94, S. 2, 1980, s. 369-404, s. 373

¹⁴⁶ *Lex mercatoria* metinlerinde genel olarak dürüstlük kuralı (good faith) ve “dürüst iş yapma” (fair dealing) kavramları beraberce kullanılmaktadır. Öte yandan Romanist *bona fides* kurumunun bu ikiliyi birlikte içerdiği söylenebilir. Nitekim bu ikirciklilik aslında Anglo-Amerikan hukuku ile Kit'a Avrupası hukukunu uyumlaştırma arzusundan doğmakta olup esasında genel bir *bona fides* kavramının yeterli olduğu savunulmaktadır. Oğuz. Op. Cit. s. 117. Franco Ferrari, “Uluslararası İçtihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler” (çev. Candan Yasan Tepetaş) (ed. Yeşim Atamer) Milletlerarası Satım Hukuku, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012, s. 62. Bonell. Op. Cit. s. 85. Vogenauer. Op. Cit. s. 174. Antonio Palazzo, “Promesse Gratuite E Affidamento” (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 3, Padova, 2003, s. 1-25, s. 10. Gallo. Op. Cit. s. 608

¹⁴⁷ Flechtner. Op. Cit. s. 310. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 13

¹⁴⁸ Ingeborg Schwenzer ve Pascal Hachem, “Article 7 of the CISG” (ed. Peter Schlechtriem ve Ingeborg Schwenzer) Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods(CISG), Oxford University Press, 4th edition, Oxford, 2016, s. 96 Bonell. Op. Cit. s. 68

B. Bona Fides'in İşlevleri ve Ortaya Çıkardığı Yavru Doktrinler

Her ne kadar Roma hukukunda münferit durumlar bakımından gözlemlenebilse de, çağdaş medenî hukuklar bakımından *bona fides* sözleşme görüşmelerinde, sözleşmelerin ifasında ya da ifa sonrası aşamalarda karşımıza çıkmakta ve yorumlayıcı, tamamlayıcı, düzeltici ve yeni borç yaratıcı işlevler göstermektedir.¹⁴⁹ Dürüstlük kuralı, Alman hukukunda *Fallgruppen* denilen olay grupları çerçevesinde çeşitli yavru doktrinler de ortaya çıkarmış ve bu şekilde sistematize edilmiştir. Bir diğer deyişle *bona fides*'in bir iç sistemi (*Binnensystem*) olduğu kabul edilmektedir. Örneğin *clausula rebus sic standibus, culpa in contrahendo*, güven sorumluluğu, fiili sözleşme ilişkileri, üçüncü kişiyi koruyucu etkili sözleşmeler ile tarafların bilgi verme, aydınlatma, iş birliği yapma yükümlülükleri dürüstlük kuralına dayanmaktadır.¹⁵⁰ Esasında ortaya çıkan bu yavru doktrinler ise dürüstlük kuralının sayılan bu dört işlevinden doğmakta, öte yandan hukukî önemleri sebebiyle ayrı birer kural olarak düzenlenmektedir.

Bona fides'in en önemli işlevi yorumlayıcı işlevi olup Roma hukukundan günümüze irade beyanlarının ve sözleşmelerin yorumunda dürüstlük kuralı dikkate alınmaktadır. Özellikle Cumhuriyet Dönemi sonlarında Yunan felsefesinin de etkisiyle *verba* (sözlere)'ya mı *voluntas* (irade)'a mı önem verileceği tartışması doğmuş, buna bağlı olarak amaçsal yoruma verilen önem artmış, amaçsal yorum yaparken de özellikle *aequitas* ve dolayısıyla *bona fides*'e başvurulmuştur.¹⁵¹ *Bona fides*'in bu işlevi M.S. 1. yüzyılda Roma hukuk pratiği tarafından sıkça kullanılmaya başlanmış ve özellikle Klasik Sonrası Dönem'de sözleşmelerin bağlayıcı olup olmadığı sorunu *bona fides*'in yorumlayıcı işlevi uyarınca çözülmüştür.¹⁵² Baldus da *bona fides*'in herşeyden önce bir yorum ilkesi olduğunu kabul etmiş, dahası Roma hukukunda *iudex*

¹⁴⁹ Hüseyin Altaş, *Medenî Hukuk Başlanguç Hükümleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015, s. 270

¹⁵⁰ Hans Bernd Schäfer ve Hüseyin Can Aksoy, "Alive and Well, The Good Faith Principle in Turkish Contract Law", *European Journal of Law and Economics*, C. 42, S. 1, 2016, s. 73-101, s. 88

¹⁵¹ D.1.3.19. D.50.16.219. Söğütlü Erişgin. Op. Cit. s. 90-93. Arangio-Ruiz. Op. Cit. s. 38. Wojciech Dajczak, "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, 1997, s.71-84, s.70

¹⁵² D. 16.3.31.1. D. 50.17.23. Dajczak. Op. Cit. s. 78

(yargıç)'e tarafların iradesi hilafına yorum yapma imkânını tanıyan vasıta da yine *aequitas* ve *bona fides* olmuştur.¹⁵³

Çağdaş hukukta *bona fides*'in yorumlayıcı işlevi ise kendisini özellikle irade beyanlarının ve sözleşmelerin güven ilkesine göre yorumunda göstermektedir. Beyanı esas alan beyan teorisi (*Erklärungstheorie*) ile beyan sahiplerinin gerçek iradelerinin araştırılmasına yönelik Pandekt kökenli irade teorisinin (*Willenstheorie*) taraflar arasında adil bir menfaat dengesi kurmadığından bahisle irade beyanlarının *bona fides*'e göre yorumlanması gerektiği öğretide kabul edilmeye başlanmış, bu doğrultuda *bona fides*'e dayanan ve irade beyanlarının hem irade beyanında bulunan tarafın hem de karşı tarafın bu açıklamaya dürüstlük kuralına göre vereceği anlamın dikkate alınarak yorumlanmasını ifade eden güven teorisi ya da ilkesi (*Vertrauensstheorie*, *Vertrauensprinzip*, *principe de la confiance*) doğmuştur.¹⁵⁴ Sözleşmelerin dürüstlük kuralına göre yorumlanması kuralı BGB § 157.¹⁵⁵, Fransız C Civ. Art. 1135., İtalyan C.c. 1366. maddelerinde açıkça düzenlenmekte olup Anglo-Amerikan hukukunda da Kıt'a Avrupası'nda mevcut olan genel *bona fides* yükümlülüğü ve güven ilkesi uyarınca varılan sonuçlara farklı doktrinlerin uygulanmasıyla ulaşılabilmektedir.¹⁵⁶ Buna paralel olarak, uluslararası metinler bakımından da sözleşmelerin yorumunda *bona fides*'in öneminin altı çizilmekte, *bona fides*'e uyma yükümlülüğünü düzenleyen UNIDROIT ilkelerinin 1.7.¹⁵⁷, Avrupa sözleşme hukukunun yeknesaklaştırılmasını amaçlayan DCFR (*Draft Common Frame of Reference / Ortak Referans Çerçevesi Taslağı*)'ın II-8:102. ve PECL'nin 1.106.

¹⁵³ Jean François Romain, *La Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, s. 139

¹⁵⁴ Akyol. Op. Cit. s. 27. Fikret Eren, *Borçlar Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2017, s. 152. Ernst Zeller, *Treu und Glauben und Rechmissbrauchverbot*, Schulthess, Zurich, 1981, s. 144 vd. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 281. Burcu Kalkan Oğuztürk, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008, s. 45

¹⁵⁵ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 19. Basil Markesinis, Hannes Unberath ve Angus C. Johnston, *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*, Hart Publishing, Oxford, 2006, s. 126. Gordley. Op. Cit. s. 116

¹⁵⁶ Akyol. Op. Cit. s. 45. Robert Summers, "The Conceptualisation of Good Faith in American Contract Law: A General Account", (Reinhard Zimmermann ve Simon Whittaker) *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 123

¹⁵⁷ UNIDROIT ilkeleri 4.6. madde ise *contra proferentem* kuralını ifade etmekte olup taraflardan birisi tarafından hazırlanan sözleşme hükümleri açık değilse, hazırlayan taraf aleyhine bir yorumun tercih edileceğini düzenlemekte, bu açıdan *bona fides* ilkesini güvence altına almaktadır

maddeleri uyarınca hukuki işlemlerin yorumunda dürüstlük kuralına uyma yükümlülüğü özel olarak düzenlenmektedir.¹⁵⁸

Bona fides'in bir diğer işlevi ise tamamlayıcılıktır. Labeo *bona fides*'i sözleşmenin tamamlanması için gerekli erdemli davranışlar olarak tanımlamıştır.¹⁵⁹ Sözleşmeler de tıpkı kanular gibi içerisinde boşluklar bulundurabilmekte olup hukuki ilişkide ortaya çıkabilecek bütün sorunların çözümüne ait esasların o sözleşmede yer almaması mümkündür.¹⁶⁰ Roma'dan bu yana ise sözleşmelerde *lacuna* (boşluk) olması halinde *aequitas* ve *bona fides*'e başvurulmaktadır.¹⁶¹ Roma hukukunda taraflar sözleşme ile üstlendikleri yükümlülükleri açıkça düzenlemiş iseler *bene agere* borcu gereği *bona fides*'e uygun ve sadakatli bir şekilde davranmaları gerekmiştir. Öte yandan bu yükümlülükler açıkça düzenlenmemişse de sözleşme taraflarının *bona fide* davranmaları beklenmektedir.¹⁶² Bu bağlamda tarafların üzerinde açıkça anlaşmadıkları bazı noktalarla da bağlı olabilecekleri kabul edilmiştir. 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.”

Ius commune hukukçuları da Klasik Roma hukukunda uygulanan kuralları, açık hükümler olmadığında sözleşmeye *bona fides* ve *aequitas* gereği dâhil edilecek olan koşulların sözleşmenin doğasından kaynaklanması gerektiği şeklinde şematize etmişlerdir. Buna göre sözleşmenin tipini belirleyen ve tarafların değişiklik yapamayacakları unsurları

¹⁵⁸ 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.

¹⁵⁹ Flechtner. Op. Cit. s. 307. Oğuz. Op. Cit. s. 118. Vogenauer. Op. Cit. s. 169

¹⁶⁰ Gallo. Op. Cit. s. 615. Dazjck. Op. Cit. s. 417

¹⁶¹ Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 288

¹⁶² Muckley. Op. Cit. s. 24

¹⁶² Del Granado. Op. Cit. s. 315

ifade eden *radix originalis*'e ilişkin noktalar üzerinde anlaşılması halinde sözleşme kurulmamış olacak, sözleşmenin tamamlanması da gündeme gelmeyecektir.¹⁶³ Çağdaş borçlar hukukunda *essentialia negotii* denilen bu hükümler objektif esaslı noktaları ifade etmektedir.¹⁶⁴ *Radix originalis*'in uzantıları olan olağan hükümler ya da *naturalia negotii* ise sözleşmenin doğasından gelen ve sözleşmenin içeriğine varsayımsal olarak dâhil görülen hükümler olup taraflar istemeleri halinde bu hükümlerin aksini kararlaştırabilmişlerdir.¹⁶⁵ Sözleşmenin olağan hükümlerinin sözleşmenin içeriğine dâhil edilmesi, *bona fides* ve *aequitas* uyarınca sözleşmenin tamamlanmasını ifade eder.¹⁶⁶ Sözleşmenin doğası ötesinde yer alan arızî hükümleri ise *accidentalialia negotii* olarak şematize edilmiş olup bunlar sadece taraflarca açıkça kararlaştırılmaları halinde bağlayıcıdır.¹⁶⁷ Arızî hükümler tarafların iradesi ile olağan hükümlerden sapma ya da onları tamamlama işlevi gösterirler.

Naturalia ve *accidentalialia negotii*, taraflarca kararlaştırılıp subjektif esaslı nokta haline getirilebilecektir. Öte yandan aksi halde bunlara ikinci derece ya da yan nokta adı verilmekte olup bunların hiç müzakere edilmemesi halinde objektif yan nokta, müzakere edilmekle beraber aslî nokta haline getirilmemesi halinde ise subjektif yan nokta söz konusu olmaktadır.¹⁶⁸ Eğer taraflar böylesi bir noktayı hiç müzakere etmez ya da müzakere edip sonuca bağlamaz ancak daha sonra bu sorunun çözülmesi konusunda anlaşılırsa bu halde sözleşmede *lacuna* mevcut olmakta, bu nedenle sözleşmenin tamamlanması faaliyeti *bona fides* ve *aequitas* uyarınca gerçekleştirilmektedir.

¹⁶³ Gordley, Op. Cit. s 63

¹⁶⁴ Objektif esaslı noktaların yanı sıra taraflar anlaşarak bazı yan noktaları sözleşmenin zorunlu koşulu haline getirebilmekte olup bunlara ise subjektif esaslı nokta adı verilmektedir. Kocayusufpaşaoğlu, Op. Cit. s. 174. Eren, Op. Cit. s. 250. Hausmaninger ve Selb, Op. Cit. s. 229. Arangio-Ruiz, Op. Cit. s. 83

¹⁶⁵ James Gordley, "Good Faith in Contract Law in the Medieval Ius Commune", (ed. Reinhard Zimmermann ve Simon Whittaker) Good Faith in European Contract Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, s. 101. Hausmaninger ve Selb, Op. Cit. s. 230. James Gordley, The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine, Clarendon Press, Oxford, 1993, s. 63. Kocayusufpaşaoğlu, Op. Cit. s. 175. Eren, Op. Cit. s. 249. Lâle Sirmen, Türk Özel Hukukunda Şart, BTHAE, Ankara, 1992, s. 13

¹⁶⁶ Çağdaş hukukta ise sözleşmelerin olağan hükümleri genellikle kanunun yedek hukuk kurallarına bağlanmıştır.

¹⁶⁷ Arangio-Ruiz, Op. Cit. s. 8. Gordley, Loc. Cit. Kocayusufpaşaoğlu, Loc. Cit.

¹⁶⁸ Eren, Op. Cit. s. 249

Çağdaş hukukçular da Roma hukukçularının bu düzenlemelerini esas almıştır. Öğretide bir görüşe göre tarafların objektif ve sübjektif bakımdan esaslı noktaları üzerinde anlaştığı bir sözleşme içerisinde bir boşluk bulunması halinde boşluğun doldurulması için öncelikle yedek (tamamlayıcı) hukuk kurallarına başvurulması gerekmekte, yedek hukuk kuralı bulunmadığı takdirde ise boşluk dürüstlük kuralına göre tarafların farazi iradesi tespit edilerek doldurulmaktadır.¹⁶⁹ Öte yandan bir başka görüşe göre ise boşlukların yedek hukuk kurallarıyla mı yoksa dürüstlük kuralı ve bu çerçevede güven ilkesi ile mi doldurulacağına hâkim karar verecektir.¹⁷⁰ Ancak her halde boşluk doldurma bakımından *bona fides* gözetilmekte, güven ilkesi dürüstlük kuralının tamamlayıcı işlevini de yerine getirmektedir.¹⁷¹ UNIDROIT ilkeleri 4.8. madde uyarınca da bir sözleşmede tarafların hak ve borçlarını belirlemek konusunda önem taşıyan bir nokta için belirleme yapılmadığı takdirde koşullar gereği uygun bir sözleşme hükmü ile söz konusu boşluk doldurulmakta, “uygun bir hüküm” belirlenirken de tarafların iradeleri, sözleşmenin doğası ve amacı, dürüstlük kuralı ve “dürüst iş yapma” ile makullük standartları dikkate alınmaktadır. Bu hüküm hazırlanırken Amerikan ve Alman hukukundan faydalanılmış olup bu açıdan da söz konusu standartlar hukuku küreselleştirme görevi görmektedir.¹⁷² Yine, DCFR II-9:101. maddesinde de sözleşmedeki boşlukların *bona fides* ve “dürüst iş yapma” ilkeleri ile doldurulacağı ve bu sayede sözleşmenin tamamlanacağı altı çizilmektedir.

Bona fides'in bir başka işlevi düzelticilik olup bu işlev sayesinde dürüstlük kuralına aykırı hükümler düzeltilmekte ve dürüstlük kuralına uygun hale getirilmektedir.¹⁷³ Düzeltici işleve sahip *bona fides*'in taraf iradelerine aykırı sonuçlar doğurabileceği M.S. I. yüzyılda kabul

¹⁶⁹ Edis. Op. Cit. s. 309. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 289

¹⁷⁰ Edis, boşluk doldurmada teamüllerin dikkate alınması gerektiğini savunmaktadır. Buna göre taraflar üzerinde uyuşmadıkları noktaları hayatın olağan akışına göre makul ve dürüst orta zekâlı bir vatandaş olarak nasıl dolduracak idilerse hâkim bu şekilde bir düzenleme getirmelidir. Edis. Op. Cit. s. 310

¹⁷¹ Marilyn Warren, “Good Faith: Where Are We At?” *Melbourne University Law Review*, 2010, s. 344 -350, s. 349

¹⁷² Vogenauer. Op. Cit. s. 536

¹⁷³ Paolo Gallo, *Contratto E Buona Fede in Senso Oggettivo e Trasformazioni del Contratto*, Seconda Edizione, UTET Giuridica, Roma, 2014, s. 606. Dajczak. Op. Cit. s. 417-418

edilmiş olup özellikle Seneca'nın eserlerinde gözlemlenmektedir.¹⁷⁴ Keza *exceptio doli generalis*'in *strictum ius*'u düzeltici işleve sahip olduğu konusunda da tartışma mevcut değildir.¹⁷⁵ Bunun gibi, dürüstlük kuralının düzeltici fonksiyonu Roma hukukunda *praetor*'larca yapılan *ius civile*'nin katılığının giderilmesi faaliyetine de benzemekte olup bu bakımdan *praetor*'ların en çok kullandıkları araç ise *bona fides* ile harmanlanmış *aequitas* olmuştur.¹⁷⁶

Alman ve İtalyan hukukçular da *bona fides* ve *aequitas*'ın medenî hukuku düzeltici yönünü (*iuris civilis corrigendi causa*) kabul etmektedirler.¹⁷⁷ Bu durumun en önemli örneği sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasıdır. Yine tahvil ya da çevirme (konversiyon) kurumunun da bu işlevin bir sonucu olduğu söylenebilir. Nitekim bu halde hükümsüz bir hukuki işlem yerine kendisine yakın hüküm ve sonuçları doğuran geçerli bir hukuki işlem konularak *bona fides* gözetilmektedir.¹⁷⁸ Her ne kadar sözleşmesel *bona fides*, *pacta sunt servanda* (ahde vefa) kuralının temel doğruluğuna uyulmasını gerektirmekte olsa dahi sözleşmesel ilişkilerde kimi zaman öngörülmesi mümkün olmayan yeni parametreler ortaya çıkabilmekte ve bu sözleşmenin taraflarını zarara uğratmaktadır. *Pacta sunt servanda*'nın doğurduğu kurallardan bir tanesi olan *clausula rebus sic stantibus* doktrinine göre sözleşme ancak bağitlandığı sırada mevcut olan koşullar aynı kaldığı sürece bağlayıcıdır.¹⁷⁹ Kökenini Roma hukukunda bulan kural gereğince belirli şartların mevcudiyeti halinde sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanabileceği kabul edilmektedir.¹⁸⁰ Africanus'a ait D. 46.3.38.pr uyarınca;

“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

¹⁷⁴ Seneca, De Beneficiis, 4.21.6

¹⁷⁵ Tommaso. Op. Cit. s. 444

¹⁷⁶ Whittaker ve Zimmermann. Loc. Cit.

¹⁷⁷ Busnelli. Op. Cit. s. 234. Gallo. Op. Cit. s. 634- 635

¹⁷⁸ Akipek ve Akıntürk'e göre tahvil kurumu *bona fides*'in tamamlayıcı fonksiyonuna ilişkindir. Öte yandan sağlıklı bir hukuki işleme sağlık kazandırdığından düzeltici fonksiyonunun ağır bastığı söylenebilir. Akipek, Akıntürk ve Ateş. Op. Cit. s. 176 vd.

¹⁷⁹ Zimmermann. Op. Cit. s. 579

¹⁸⁰ Cicero, De Officiis, 1.31

enim inesse haec conventio stipulationi videtur " si in eadem causa maneat".

"Birisi bir şeyin kendisine ya da Titius'a verileceğini akdederse, Julianus der ki; *stipulatio*'nun yapıldığı anki ile aynı durumda olan o anki şartlara göre ödemenin hukuka uygun olarak Titius'a yapılmasının daha iyi olduğu söylenir. Ama evlat edinilirse, sürgüne gönderilirse, ateşten ve sudan yasaklanırsa ya da köle olursa, ödeme Titius'a hukuka uygun olarak yapılamaz denir. *Stipulatio* "eğer aynı hukuki durumda kalırsa" şeklinde zımni bir anlaşma içerir."

Öğretide söz konusu metin sözleşmelerin "tüm koşulların aynı kalmasına bağlı" (*si in eadem causa maneat*) olarak ifa edileceğine dair bir zımni kayıt içerdiği şeklinde yorumlanmakta ve bunun *clausula rebus sic stantibus* kuralının kökenini teşkil ettiği savunulmaktadır.¹⁸¹ Kökenini Roma hukukunda bulan bu fikre göre bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin ediminin ifasının önceden öngörülmesi beklenmeyen bir nedenle katlanılamayacak derecede zorlaşması halinde hukuk düzeni sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını kabul etmektedir.¹⁸² Türk-İsviçre hukuk öğretisi ve özellikle İsviçre Federal Mahkemesi kararları da sözleşmenin kurulma anı ile ifa anı arasında sözleşme şartlarının önemli ölçüde değişmesi, yani işlem temelinin kısmen veya tamamen çökmesi halinde dürüstlük kuralına dayanarak uyarlamayı kabul etmektedir.¹⁸³

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu (TBK) ise "Aşırı İfa Güçlüğü" başlıklı 138. maddede konuya ilişkin bir düzenleme getirmiştir. 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"

¹⁸¹ Cardilli. Op. Cit. s. 207-208

¹⁸² Ahmet Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017, s. 339 vd.

¹⁸³ Kurum, konuya ilişkin bir düzenlemenin yer almadığı 818 sayılı eski Borçlar Kanunu döneminden beri kabul edilmektedir. Jacques Bischoff, Vertragrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich, 1983, s.31. Eren. Op. Cit. s. 499. Akipek, Akıntürk ve Ateş. Op. Cit. s. 175. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 301. Necip Kocayusufpaşaoğlu, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?" Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s.507

de 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.” Bu madde uyarınca dürüstlük kuralından, ifanın borçlu bakımından meydana getireceği dezavantajın ağırlığının ölçülmesinde yararlanılmaktadır.

Fransız hukukunda ise bu durum öncelikle Fransız Danıştayın olan *Conseil d'Etat* tarafından öngörülemezlik (*l'imprévision*) teorisi olarak kabul edilmiş, daha sonra ise medenî hukuk tarafından benimsenmiştir.¹⁸⁴ Alman öğretisinde böylesi bir durumda işlem temelinin çökmesinin (*Wegfall der Geschäftsgrundlage*) söz konusu olduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁵ Özellikle I. Dünya Savaşı sonrasında öncelikle imkânsızlık teorisi uygulanmaya başlanmış, daha sonra ise *extra legem* olarak yaratılan işlem temelinin çökmesi ilkesi ağırlıkla kabul görmüş ve bu kurum *bona fides*'e dayandırılmıştır.¹⁸⁶ *Lex mercatoria* kapsamında işlem temelinin çökmesi doktrini ise UNIDROIT ilkelerinin 6.2.1. ve devamı ile PECL 6.2.2. maddelerinde Anglo-Amerikan hukuku kökenli *hardship* terimi ile ifade edilen özel klovlar ile düzenlenmekte olup bu durumun pratik ihtiyaçlar sebebiyle *bona fides*'in yarattığı orantılılık ilkesinden doğduğu kabul edilmektedir.¹⁸⁷

Bona fides'in en verimli işlevi ise borç doğurucu işlevidir. Roma hukukundan bu yanda *bona fides*'in sözleşmenin taraflarına bir takım yan yükümlülükler yükleyeceği düşüncesi mevcut olmuştur. Özellikle bir sözleşmede bilgi verme yükümlülüğünün varlığı çok eski zamanlardan beri kabul edilmiş, *ius commune* hukukçuları da sözleşme ile üstlenilen zımni yükümlülükleri yerine getirme borcunu *bona fides*'in bir parçası olarak görmüşlerdir.¹⁸⁸

¹⁸⁴ Edis. Op. Cit. s. 313

¹⁸⁵ Gerhard Dannemann, An Introduction to German Civil and Commercial Law, The British Institute of International and Commercial Law, London, 1993, s. 31. Zimmermann. Op. Cit. s. 581. Akyol. Op. Cit. s. 85

¹⁸⁶ Medicus ve Peterson. Op. Cit. s. 20. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 26. Oğuz. Op. Cit. s. 115

¹⁸⁷ Lando. Op. Cit. s. 399

¹⁸⁸ Cicero, De Officiis, 3.50. Gordley. Op. Cit. s. 103

Çağdaş hukukta da sözleşmenin kurulmasıyla çeşitli yan edim yükümlülüklerinin doğduğu kabul edilmekte olup bunların bir kısmı doğrudan dürüstlük kuralından doğmaktadır.¹⁸⁹ Keza taraflar arasında sözleşmenin kurulması ile ya da salt işlem temasından dolayı ikincil nitelikte bağımsız bir güven ilişkisi meydana gelmekte ve bu ilişkiden dürüstlük kuralına dayanan ve *bona fides*'ten doğan yan borçların bir kısmını oluşturan çeşitli koruma ya da davranış yükümlükleri doğmaktadır.¹⁹⁰ Türk-İsviçre hukukunda olduğu gibi, Alman hukukunda da büyük önem taşıyan güven ilişkisi ve güven ilişkisinden doğan koruma yükümlülükleri (*Schutzpflichten*) dürüstlük kuralı gereğince sözleşmenin içeriğinde zımnen mevcut olduğu varsayılan yükümlülüklerdir.¹⁹¹ Bilgi verme, gerçek anlamda koruma, katılma ve işbirliği yükümlülükleri gibi koruma yükümlülükleri Kıt'a Avrupası'nda kuralların kraliçesi *bona fides*'e dayanmaktadır.¹⁹²

UNIDROIT ilkeleri 5.1.2. madde de 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. Keza PECL 6.102. madde uyarınca da bir sözleşmenin zımni olarak bazı hükümler içerebileceği ve bunların sözleşmenin doğası ve amacı ile *bona fides*'ten kaynaklanabileceği düzenlenmektedir. Her ne kadar bu CISG'de yer almayan bir düzenleme olsa da öğretilerde PECL'in küresel sözleşme hukukunun genel ilkelerini düzenlediği, *bona fides*'in ise bunlardan birisi olduğu yorumu yapılmaktadır.¹⁹³

¹⁸⁹ Anke Sessler, Die Lehre Von Der Leistungsstörngen: Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des Allgemeinen Schuldrechts, Duncker & Humbold, Berlin, 1994, s. 26

¹⁹⁰ Esasında *bona fides*'in borç doğurucu işlevi, tamamlayıcılık işlevi ile büyük oranda örtüşmektedir. Öte yandan bu işlevler çağdaş hukuklarda farklı kurallara vücut verdiğiinden ayrı ayrı ele alınmaktadır. Çiğdem Kırcı, Bilgi Vermekten Dolayı Üçüncü Kişiy Karşı Sorumluluk, BTHAE, Ankara, 2004, s. 112. Akyol. Op. Cit. s. 45. Oğuzman ve Barlas. Op. Cit. s. 293

¹⁹¹ Akyol. Op. Cit. s. 46-47. Karl Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, C.H. Beck, München, 1987, s. 10. Eren. Op. Cit. s. 41

¹⁹² Karabağ Bulut. Op. Cit. s. 68. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 19. Gallo. Op. Cit. s. 617-621. Eren. Op. Cit. s. 41

¹⁹³ Bonell. Op. Cit. s. 251. Vogenauer. Op. Cit. s. 541. John Felemegas, "Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, 2001, s. 399-406, s. 404

Bona fides'e dayanan güven ilişkisi sözleşmenin kurulmasından önceki aşamada *culpa in contrahendo* sorumluluğuna yol açmaktadır.¹⁹⁴ Her ne kadar kimi zaman Romanist bir kavram olarak değerlendirilmese de, Bizans Dönemi'nde *culpa in contrahendo* sorumluluğunun uygulandığı öğretilerde savunulmaktadır.¹⁹⁵ Keza Tahiroğlu da sözleşmenin kurulmasından önce tarafların birbirlerine karşı dürüst davranma ve gerçek durumu gizlememe yükümlülükleri olduğunu belirtmektedir.¹⁹⁶ Roma hukukunda bu aşamada tarafların hileli bir davranışta bulunmaları halinde *actio doli* açılabilmesi kabul edilmiş olup Klasik Dönem'de bu davanın açılabilmesi için kasıt aranırken Iustinianus döneminde ihmâl de yeterli bulunmuştur.¹⁹⁷ Bu durum ise *culpa in contrahendo* kurumunun kökeninin *bona fides* olduğunu göstermektedir.¹⁹⁸ Keza *culpa in contrahendo* salt haklı güvenin ihlaline dayalı bir sorumluluk olan ve *bona fides'e* dayanan güven sorumluluğunu da doğurmuştur.¹⁹⁹

¹⁹⁴ Von Tuhr. Op. Cit. s. 187. Eren. Op. Cit. s. 1152. Rudolph Von Jhering, *Culpa in Contrahendo Bei Nichtigen Oder Nicht Zur Perfection Gelangten Verträgen*, Jherings Jahrbücher, Band 4, 1861, s. 11

¹⁹⁵ 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. metni buna kanıt olarak gösterilmektedir. Jhering. Op. Cit. s. 9

¹⁹⁶ Tahiroğlu. Op. Cit. s. 50

¹⁹⁷ D. 4.3.18.3. Steven Mirmina, "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, 1992, s. 77-108, s. 82

¹⁹⁸ Culpa in contrahendo sorumluluğunun kaynağı eski tarihlerden beri tartışılmış, haksız fiil ve sözleşmesel sorumluluk olmak üzere uzun yıllar ikili sorumluluk anlayışı mevcut olmuştur. Haksız fiil sorumluluğunun kabulü halinde zarar gören tarafın ispat yükü ve zamanışı dezavantajından ötürü adaletli sonuçlar doğmayacağından ve ortada kurulmuş bir sözleşme de olmadığından öğretilerde culpa in contrahendo'nun kendine özgü bir yapısı olan ve dürüstlük kuralına dayanan özel bir sorumluluk türü olduğu da savunulmuştur. Günümüzde bu kavramın edim yükümlülüklerinden bağımsız kanuni bir sorumluluk kaynağı olarak benimsenmesi de mümkündür. Bazı yazarlar ise culpa in contrahendo kavramını fiili sözleşme ilişkilerinin bir türü olarak görmektedirler. Günter Haupt, "Über faktische Vertragsverhältnisse", *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, Band II, Leipzig, 1943, s. 9. Haluk Tandoğan, *Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*, Ankara, 1965, s. 5 vd. Eren. Op. Cit. s. 1155. Huriye Reyhan Demircioğlu, "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, s. 221-224. Kalkan Oğuztürk. Op. Cit. s. 102

¹⁹⁹ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verilen *Swissair* kararıyla geliştirilen güven sorumluluğu, 2010'dan bu yana Türk Yargıtay'ı tarafından da kabul edilmekte-

Bona fides'in borç doğurucu işlevi pek çok hukuk sisteminde kabul edilmekte olup Alman hukukunda sözleşmelerin ifasında *bona fides*'e uyulmasının önemini düzenleyen BGB § 242 hükmünün sözleşme öncesi aşamada da uygulanacağı *culpa in contrahendo* hükmü yasalaşmadan önce uzun yıllar boyu kabul edilmiştir.²⁰⁰ Türk-İsviçre hukukunda *bona fides* ilkesinin genel hükümler arasında bulunması ise sözleşme öncesi ilişkiler bakımından dürüstlük kuralına çok daha güçlü bir kanunî dayanak sağlamaktadır.²⁰¹ Öte yandan İtalyan C.c. 1337. maddesi ise sözleşme öncesi aşamada *bona fides* ilkesinin gözetilmesi gerektiğini, tarafların müzakerelerde ve sözleşmelerin kaleme alınmasında dürüstlük kuralına uygun davranmalarının zorunlu olduğunu açıkça düzenlemektedir.²⁰² İngiliz hukukunda sözleşme müzakerelerinde *bona fides*'e ilişkin genel bir ödev mevcut değildir.²⁰³ Öte yandan 1776 yılında verilmiş *Carter v. Boehme* kararında, Lord Mansfield, sigorta sözleşmelerinde überrima fidei'nin bir tarafın özel olarak bildiklerini diğer taraftan saklaması ve onu sözleşme müzakereleri içine çekmesini, yani onun cehaletinden yararlanmasını yasakladığına hükmetmiştir.²⁰⁴ Kural olarak Amerikan hukukunda öngörülen *bona fides* yükümlülüğü de müzakere kısmına uzamamakta, öte yandan *estoppel* mekanizması çoğunlukla aynı neticeyi sağlamaktadır.²⁰⁵ *Lex mercatoria* kaynakları da çoklukla *culpa in contrahendo* kurumunu düzenlemektedir. UNIDROIT ilkeleri 1.7. madde *bona fides*'e uygun davranma yükümlülüğünü söz-

dir. BGE 120 II 331. Yrg. HGK E. 210/9-39, 2012/19-670. Pınar Çağlayan Aksoy, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini, XII Levha Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 203

²⁰⁰ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 24. Bernd Hüpers, Karl Larenz- Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, Berliner Wissenschafts Verlag, Band 49, Berlin, 2008, s. 362

²⁰¹ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 51

²⁰² Rodolfo Sacco, Introduzione al Diritto Comparato, Giappichelli, Torino, 1990, s. 259. Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 53. Gallo. Op. Cit. s. 160

²⁰³ Whittaker ve Zimmermann. Op. Cit. s. 39

²⁰⁴ Carter v. Boehme: [1776]3 Burr 1905

²⁰⁵ Estoppel mekanizmasının da içerisinde bulunduğu, "equitable doctrines" olarak anılan hakkaniyeti sağlama mekanizmaları İngiliz hukukunda 17. yüzyıldan bu yana uygulanmaktadır. Waiver doktrini de bu kapsamda uygulanabilmektedir. Flechtner. Op. Cit. s. 306. Anna Maria De Vita, "Buona Fede E Common Law: Attrazione Non Fatale Nella Storia del Contratto" (ed. Alberto Burdese ve Luigi Garofalo) Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese, CEDAM, Vol. 1, Padova, 2003, s. 459-488, s. 480

leşme müzakereleri bakımından da kabul etmekte, yine 2.2.15. madde *culpa in contrahendo* sorumluluğunu özel olarak düzenlemektedir.²⁰⁶ Buna ek olarak DCFR II-301. ile PECL 2.301. maddeler de sözleşme öncesi dönemde dürüstlük kuralına işaret etmekte olup bir tarafın dürüstlük kuralı ve “dürüst iş yapma” ilkelerine aykırı biçimde müzakeretmiş ya da müzakereleri sona erdirmiş olması halinde diğer tarafın zararını ödemekle yükümlü olduğunu düzenlemektedir.

SONUÇ

Dürüstlük kuralı çerçevesinde *bona fides*, sosyal ilişkiler sayesinde birbirleri ile temasa geçen kişilerin aralarındaki bilinçli ilişkiyi vurgulamakta, bireylerin bu tür sosyal ilişkilerinde yer alması gereken bağlılığın ise devlet tarafından korunuyor olması özel hukuk ilişkilerinin temeli olarak görülmektedir. Roma hukukunda doğan ve gelişen *bona fides*'e günümüz hukukunda verilen önem gitgide artmaktadır. Zira sözleşmeler hukukunu domine eden ilkelerin başında gelen *bona fides* farklı isimler altında veya farklı doktrinler aracılığıyla dahi olsa pek çok kültür tarafından benimsenmiş olup pek çok hukuk sistemini birbirine bağlayacak güçtedir.²⁰⁷ Romanist gelenek ile Kıt'a Avrupası hukukunca benimsenen *bona fides*, bu yönüyle Kıt'a Avrupası hukukunu birleştirici ve yeknesaklaştırıcı bir yapıya sahiptir. Bununla beraber Anglo-Amerikan hukuk sistemi ile de Kıt'a Avrupası hukuk sistemlerini uyumlu hale getirebilmeye elverişli olan bu ilke muğlaklığı ve amorf yapısı sebebiyle çağımızın küreselleşen ekonomisinde pek çok hukuki tıkanıklığı çözebilecek durumdadır. Nitekim *bona fides* ilkesinin dayandığı temel değerler tüm çağdaş hukuk sistemlerince kabul

²⁰⁶ CISG, sözleşme öncesi aşama için taraflara özel bir *culpa in contrahendo* yükümlülüğü öngörmemektedir. Almanya, Viyana Konferansı'nda bir *culpa in contrahendo* klozu eklemeyi teklif etmiş ancak teklif reddedilerek uygulamanın kanunlar ihtilafı kuralları çerçevesinde ulusal hukuklara bırakılmasına karar verilmiştir. United Nations Conference on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna, 10 Mart-11 Nisan 1980. Diane M. Goderre, “International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention”, *University of Cincinnati Law Review*, C. 66, 1997, s. 258-281

²⁰⁷ Alan Watson, *Legal Transplants An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia, 1974, s. 23-24

edilmiştir.²⁰⁸ Bu nedenle uluslararası ticarete çok önem taşıyan ve gerekli esnekliği sağlayan *bona fides* sözleşmelerde, UNCITRAL'in model kanunlarında ve pek çok hakem kararında esas alınmaktadır.²⁰⁹ Roma hukukundan günümüze gelen *bona fides* hukukun içine nüfuz etmiş bir etik ilke olup bu ilkenin genel hüküm olarak kabulü kanunların çağa ayak uydurmalarını sağlayacaktır. Toplumsal hayatın işleyişinde kişilerin birbirlerine güven duyması ve sözleşmesel ilişkilerinde sadakat ile hareket etmeleri gereği geçmişten günümüze azalmaya uğramamakta, bilakis artmaktadır. Keza *bona fides*'in işlevlerinden ve uygulamalarından türeyen ve çağımızda ayrı birer hukuk kuralı halini almış yavru doktrinler de bunun bir kanıtını oluşturmaktadır. Bu nedenle Roma hukukundan günümüze gelen *bona fides*'in gelecekte farklı hukuk sistemlerinin uyumlaştırılması ile hukukun küreselleştirilmesine yardımcı olacak joker hukuk kurallarından bir tanesi haline geleceği düşünülmektedir.

Kaynakça

- Abdy John T. ve Walker Brian, *The Commentaries of Gaius and Rules of Ulpian*, Clark, New Jersey, 2005
- Akipek Jale, Akıntürk Turgut ve Ateş Derya, *Türk Medenî Hukuku I, Başlangıç Hükümleri*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2016
- Akkanat Halil, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010
- Akyol Şener, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2006
- Altaş Hüseyin, *Medenî Hukuk Başlangıç Hükümleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2015
- Anenson Leigh, "The Triumph of Equity: Equitable Estoppel in Modern Litigation", *The Review of Litigation*, C. 27, S. 3, 2008, s. 377-440
- Aral Vecdi, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992
- Arangio-Ruiz Vincenzo, *Istuzioni Dei Dritto Romano*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 40. Edizione, Napoli, 2012
- Ateş Derya, "Sözleşmelerde Dürüstlük Kuralı", *TBB Dergisi*, S. 72, 2007, s. 75-93

²⁰⁸ Robert Summers, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provisions of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, C. 54, S. 2, 1968, s. 195-267, s. 196 vd.

²⁰⁹ Oğuz. Op. Cit. s. 43

- Bauman Richard, *Lawyers in Roman Transitional Politics: A Study of the Roman Jurists in Their Political Setting in the Late Republic and Triumvirate*, C.H. Beck, München, 1985
- Barlas Nami, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağının Alman Medeni Kanunundaki Düzenleme Tarzı ve Eleştirisi", *İÜHFD*, C. 55, S. 3, 1997, s. 191-208
- Beck Alexander, "Zu den Grundprinzipien der Bona Fides im Römischen Vertragsrecht", *Aequitas und Bona Fides: Festgabe für 70.Geburtstag von August Simoni*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1955
- Bénabent Alain, *Droit Civil: Les Obligations*, Montchrestier, Paris, 2005
- Berger Adolf, *The Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Transactions of the Philadelphia Philosophical Society, Philadelphia, 1953
- Bischoff Jacques, *Vertragrisiko und Clausula Rebus Sic Stantibus Risikoordnung in Verträgen bei veränderten Verhältnissen*, Zürcher Studien zum Privatrecht, Zürich, 1983
- Bix Brian, "Natural Law Theory: The Modern Tradition" (ed. Jules Coleman ve Scott Shapiro), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 2002
- Bonell Micheal, *Bianca-Bonell Commentary on the International Sales Law*, Giuffrè, Milano, 1987
- Bonfante Pietro, *Scritti Giuridici Varii, III, Obligazioni, Communion e Possesso*, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926
- Borkowski Andrew, *Roman Law*, Blackstone Press Limited, London, 2001
- Boyancé Pierre, "Les Romains, Peuple de la Fides", *Bulletin de l'Association Guillaume Budé, Lettres d'Humanité*, S. 23, 1964, s. 419-435
- Buckland William W., *A Text Book of Roman Law: From Augustus to Justinians*, Cambridge University Press, Cambridge, 1950
- Burdese Alberto ve Garofalo Luigi (ed.) *Il Ruolo della Buona Fede Oggettiva nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese*, CEDAM, Vol. 1-2-3-4, Padova, 2003
- Burton Steven, "Breach of Contract and the Common Law Duty to Perform in Good Faith", *Harvard Law Review*, C. 94, S. 2, 1980, s. 369-404
- Breccia Umberto, *Dritto Privato III*, Padova, 1997 Chan Wingtsit ve Lufano Richard J., *Sources of Chinese Tradition*, Columbia University Press, Vol: I, New York, 1999
- Coleman Jeffrie ve Murphy Jules, *Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence*, Westview Press, Colorado, 1989
- Çağlayan Aksoy Pınar, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Unsurları Çerçevesinde Salt Malvarlığı Zararlarının Tazmini*, XII Levha Kitabevi, İstanbul, 2016
- Dannemann Gerhard, *An Introduction to German Civil and Commercial Law*, The British Institute of International and Commercial Law, London, 1993

- Dajczak Wojciech, "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, 1997, s. 71-84
- Del Granado Javier, "The Genius of Roman Law From a Law and Economics Perspective", *San Diego International Law Journal*, C. 13, 2011, s. 301-329
- Demircioğlu Huriye Reyhan, "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
- Deschenaux Henri, *Schweizerisches Privarecht II*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 1988
- Dickie Matthew, "Diké as a Moral Term in Homer and Hesiod", *Classical Philology*, C. 73, S. 2, 1978, s. 91-101
- Edis Seyfullah, *Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, AÜHFY, 6. Bası, Ankara, 1997
- Emiroğlu Haluk, *Ius Gentium (Kavimler Hukuku)*, Değişim Yayınevi, İstanbul, 2007
- Erdoğan Belgin ve Tahiroğlu Bülent, *Roma Usûl Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 1997
- Eren Fikret, *Borçlar Hukuku*, Yetkin Kitabevi, Ankara, 2017
- Falcone Giuseppe, "La Formula "Ut Inter Bonos Bene Agier Oportet et Sine Fraudatione E La Nozione di 'Vir Bonus'", *Fundamina*, C. 20, S.1, 2014, s. 258-279
- Felemegas John, "Comparative Editorial Remarks on the Concept of Good Faith in the CISG and the PECL", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, 2001, s. 399-406
- Ferrari Franco, "Uluslararası İctihat Hukuku Işığında CISG'da Yorum ve Boşluk Doldurmaya İlişkin Meseleler" (çev. Candan Yasan Tepetaş) (ed. Yeşim Atamer) *Milletlerarası Satım Hukuku*, XII Levha Yayınları, İstanbul, 2012
- Flechtner Harry, "Comparing the General Good Faith Provisions of the PECL and the UCC: Appearance and Reality", *Pace International Law Review*, C. 13, S. 2, 2001, s. 296-336
- Flour Jacques, Aubert Jean-Luc ve Savaux Eric, *Les Obligations: L'acte Juridique*, Armand Colin, Paris, 2004, s. 289 vd.
- Freyburger Gérard, *Fides: Étude Sémantique et Religieuse Depuis les Origines jusqu'à l'Époque Augustéenne*, Les Belles Lettres, Collection d'Études Anciennes, Paris, 1986
- Gagarin Micheal, "Diké in the Works and Days", *Classical Philology*, C. 88, S. 2, 1973, s. 81-94
- Gallo Paolo, *Contratto E Buona Fede in Senso Oggettivo e Trasformazioni del Contratto*, Seconda Edizione, UTET Giuridica, Roma, 2014
- Gmür Rudolf, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch Verglichen mit Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bern, 1965
- Goderre Diane M., "International Negotiations Gone Sour: Precontractual Liability under the United Nations Sales Convention" , *University of Cincinnati Law Review*, C. 66, 1997, s. 258-281

- Güriz Adnan, "Adalet Kavramı", (ed. Adnan Güriz) Anayasa Yargısı-Anayasa mahkemesinin 28. Kuruluş Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen Sempozyumda Sunulan Bildiriler, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 1994, s. 13-20
- Gürten Kadir, Roma Hukukunda Hakkaniyet (Aequitas), Adalet Yayınevi, Ankara, 2008
- Gürzumar Osman Berat, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2006
- Hamburger Max, *Morals and Law: The Growth of Aristotle's Legal Theory*, Biblio and Tannen, New York, 1965
- Hartkamp Arthur ve Hondius Ewoud (ed.), *Towards a European Civil Code*, Kluwer Law International, Boston, 2004
- Haupt Günter, "Über faktische Vertragsverhältnisse", *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für H. Siber*, Band II, Leipzig, 1943
- Hausmaninger Herbert ve Selb Walter, *Römisches Privatrecht*, Böhlau, Wien, 2001
- Hay Stephen ve Embree Ainslie T., *Sources of Indian Tradition*, Columbia University Press, Vol I, New York, 1988
- Horn Norbert, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, Böhlau, Köln, 1968
- Hüpers Bernd, *Karl Larenz- Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart*, Berliner Wissenschafts Verlag, Band 49, Berlin, 2008
- Jhering Von Rudolph, *Culpa in Contrahendo Bei Nichtigen Oder Nicht Zur Perfection Gelangten Verträgen*, Jherings Jahrbücher, Band 4, 1861
- Johnston David, *Roman Law in Context*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999
- Juenger Friedrich K., "Listening To Law Professors Talk About Good Faith: Some Afterthoughts", *Tulane Law Review*, C. 69, 1995, s. 1253-1258
- Kalkan Oğuztürk Burcu, *Güven Sorumluluğu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2008
- Karadeniz Çelebican Özcan, *Roma Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015
- Kaser, Max, *Die Lex Aebutia*, Giuffrè, Milano, 1950
- Kaser Max, Knütel Rolf ve Lohsse Sebastian, *Römisches Privatrecht*, C.H. Beck, 21. Auflage, München, 2017
- Kılıçoğlu Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2017
- Kırca Çiğdem, *Bilgi Vermekten Dolayı Üçüncü Kişiyi Karşı Sorumluluk*, BTHAE, Ankara, 2004
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, *Borçlar Hukuku*, Cilt I, Filiz Kitabevi, 6. Bası, İstanbul, 2014
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, "İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?" *Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan*, İstanbul, 2000
- Koçhisarlıoğlu Cengiz ve Söğütlü Erişgin Özlem, *Roma Özel Hukuku Uygulamaları*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016

- Köse Saffet, "Hukuk Mu Ahlak Mı?: İslam Noktaı Nazarından Din-Ahlak-Hukuk İlişkisi Bağlamında Bir İnceleme", *İslam Araştırmaları Dergisi*, S. 17, 2011, s. 15-50
- Kremalis Dimitrios, "Good Faith in Greek Employment Law", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, C. 32, 2010-2011, s. 630-662
- Kuçuradi İonna, İnsan ve Değerleri, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013
- Kupisch Berthold, "Exceptio Doli Generalis und Iudicium Bonae Fidei Zur Frage der Inhärenz bei Vertr ägen nach Treu und Glauben" (ed. Theodor Baums, Johannes Wertenbruch), Festschrift für Ulrich Huber zum 70. Geburtstag, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006
- Lando Ole, "CISG and Its Followers: A Proposal to Adopt Some International Principles of Contract Law", *American Journal of Comparative Law*, S. 35, 2005, s. 379-401
- Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Band 1: Allgemeiner Teil, C.H. Beck, München, 1987
- Lenel Otto, Das Edictum Perpetuum, Verlag von Bernhard Tauchnitz, Dritte verbesserte Auflage, Leipzig, 1927
- Markesinis Basil, Unberath Hannes ve Johnston Angus C., The German Law of Contract: A Comparative Treatise, Hart Publishing, Oxford, 2006
- Mattingly Harold, "The Roman 'Virtues'", *The Harvard Theological Review*, C. 30, S. 2, 1937, s. 103-117
- Medicus Dieter ve Petersen Jens, Allgemeiner Teil des BGB, C.F. Müller, 11. Auflage, Heidelberg, 2016
- Mirmina Steven, "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, 1992, s. 77-108
- O'Connor John F., Good Faith in International Law, Dartmouth Publishing Company Limited, Brookfield, 1991
- Oğuz Arzu, "Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku: Lex Mercatoria-Unidroit İlkeleri'nin Niteliği", *AÜHFD*, C. 50, S. 3, 2011, s. 11-53
- Oğuzman Kemal ve Barlas Nami, Medenî Hukuk: Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016
- Pennington Kenneth, "Baldus de Ubaldis", *Rivista Internazionale Di Dritto Comune*, C. 8, 1997, s. 35-61
- Pringsheim Fritz, "Aequitas und Bona Fides", *Conferenze per il XIV Centenario delle Pandette*, Pubblicazioni della Università Cattolica del Sacro Cuore, C. 33, S. 2, 1931, s 183-214
- Rado Türkan, Roma Hukuku Dersleri: Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2006
- Riccobono Salvatore (Çev. Ziya Umur.) "Roma Doktrininde Hakkın Suiistimali Nazarıyesi", *iÜHFM*, C. 22, S. 1-4, 1957, s. 350-397
- Rist John M., The Stoics, California University Press, California, 1978

- Romain Jean François, *La Théorie Critique du Principe Général de Bonne Foi en Droit Privé*, Bruylant, Bruxelles, 2000
- Roth Günter, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, II*, C.H. Beck, München, 2016
- Sacco Rodolfo, *Introduzione al Diritto Comparato*, Giappichelli, Torino, 1990
- Schäfer Hans Bernd ve Aksoy Hüseyin Can, "Alive and Well, The Good Faith Principle in Turkish Contract Law", *European Journal of Law and Economics*, C. 42, S. 1, 2016, s. 73-101
- Schlechtriem Peter ve Schwenzer Ingeborg, *Commentary on the UN Convention on the Sale of Goods(CISG)*, Oxford University Press, 4th edition, Oxford, 2016
- Schulz Fritz (Çev. Belgin Erdoğan), "Roma Hukuku'nun Prensiplerinden Sadakat", *İÜHFD*, C. 48, S. 1-4, 1995, s. 380-398
- Schwarz Andreas B., (Çev. Türkan Rado) *Roma Hukuku Dersleri*, İÜHFY, İstanbul, 1963
- Sessler Anke, *Die Lehre Von Der Leistungsstörungen: Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des Allgemeinen Schuldrechts*, Duncker & Humbold, Berlin, 1994
- Severino Emanuele, *La Buona Fede Sui Fondamenti della Morale*, Bur Saggi, Milano, 2008
- Sirmen Lâle, *Türk Özel Hukukunda Şart*, BTHAE, Ankara, 1992
- Sommerstein Alan ve Bayliss Andrew, *Oath and State in Ancient Greece*, De Gruyter, Berlin, 2012
- Söğütlü Erişgin Özlem, *Roma Hukukunda Tarihsel Gelişim İçerisinde Contractus (Sözleşme) Kavramı ve Sözleşmesel Sorumluluk Ölçütleri*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2016
- Summers Robert, "Good Faith in General Contract Law and the Sales Provision of the Uniform Commercial Code", *Virginia Law Review*, C. 54, 1968, s. 195-267
- Tahiroğlu Bülent, *Roma Borçlar Hukuku*, Der Yayınları, İstanbul, 2016
- Talamanca Mario, *Istituzioni di Diritto Romano*, Giuffrè, Milano, 2016
- Tandoğan Haluk, *Türk Mes'uliyet Hukuku: Akit Dışı ve Akdi Mes'uliyet*, Ankara, 1965
- Tella Maria y. J. F., (çev. Peter Muckley) *Equity and Law*, Martinus Hijhoff Publishers, Boston, 2005
- Umur Ziya, *Roma Hukuku Ders Notları: Usûl Hukuku, Borçlar Hukuku, Eşya Hukuku, Miras Hukuku*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010
- Villey Michel, *La Formation de la Pensée Juridique Moderne: Cours d'Histoire et de la Philosophie du Droit*, Montchrétier, Paris, 1975
- Vogenauer Stefan, *Commentary on the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts*, Oxford University Press, 2nd Edition, Oxford, 2015
- Von Tuhr Andreas, (çev. Cevat Edege) *Borçlar Hukuku, Cilt I-II*, Yargıtay Yayınları, Ankara, 1952

Warren Marilyn, "Good Faith: Where Are We At?" *Melbourne University Law Review*, 2010, s. 344 -350

Watson Alan, *Legal Transplants An Approach to Comparative Law*, University of Georgia Press, Georgia, 1974

Wieacker Franz, "Zum Ursprung der Bonae Fidei Iudicia", *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Romanistische Abteilung*, C. 80, S. 1, 1963, s. 1-41

Wilson Dove J., "Baldus de Ubaldis", *The Yale Law Journal*, C. 12, 1902, s. 8-20

Zeller Ernst, *Treu und Glauben und Rechmissbrauchverbot*, Schulthess, Zurich, 1981

Zimmermann Reinhard, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press, Oxford, 1996

Zimmermann Reinhard ve Whittaker Simon (ed.), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2000