

**T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ**

**SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ
VE
SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI**

Yüksek Lisans Tezi

İRFAN ŞAHİN

İSTANBUL, 2008

T.C.
BAHÇEŞEHİR ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ
VE
SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Yüksek Lisans Tezi

İrfan ŞAHİN

Tez Danışmanı : PROF. DR. H. CUMHUR ÖZAKMAN

İSTANBUL, 2008

ÖZET

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ VE SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

ŞAHİN İRFAN

ÖZEL HUKUK YÜKSEK LİSANS PROGRAMI

PROF. DR. H.CUMHUR ÖZAKMAN

08.2008 / 125

Sözleşme özgürlüğü, bir yönü ile irade özgürlüğünün hukuk alanındaki yansıması olan bireyin özgür iradesi ile hukuki işlemlere taraf olmasını, diğer yönü ile, düzenlenecek olan sözleşmenin şeklini, konusunu ve içeriğini serbestçe düzenleme özgürlüğünü ifade eder. Birinci anlamdaki sözleşme özgürlüğü, kişilerin özgür iradeleri ile sözleşme yapma veya sözleşme yapma teklifini hiçbir baskı ve zorlama olmaksızın kabul veya reddedebilme özgürlüğüdür. Borçlar Kanunu, temelde, kimseye sözleşme yapma zorunluluğu getirmemek suretiyle bu anlamdaki sözleşme özgürlüğünü kabul etmiştir. Ancak, bu ilke mutlak olmayıp, bu ilkenin de yasalardan kaynaklanan bazı istisnaları mevcuttur. Bir yasa hükmü, bir sözleşmenin yapılmasını emrediyorsa veya böyle bir emir olmamakla birlikte sözleşme yapmaktan kaçınmak ; kişilik haklarını ihlal etmekteyse veya ahlaka aykırı bir fiil ile bir başkasına zarar verme niteliği taşıyorsa ya da hakkın kötüye kullanılması anlamına geliyorsa o taktirde bir sözleşme kurma zorunluluğu söz konusu olacaktır. Böyle bir durumda sözleşme özgürlüğü ilkesi, yerini yasalarda düzenlenmiş olan sözleşme yapma zorunluluğuna bırakmaktadır.

Sözleşme yapma özgürlüğünün ikinci anlamı ise, serbest irade ile yapılmasına karar verilen bir sözleşmenin şeklini, konusunu, içeriğini, taraflarını değiştirme özgürlüğüdür. Kişiler, yasalara aykırı olmamak kaydıyla, bir sözleşmeyi veya sözleşmenin içeriğini serbestçe belirleme özgürlüğüne sahiptir. Kişilere, sözleşmenin konusunu düzenleme alanında tanınan bu özgürlük de mutlak olmayıp diğer özgürlükler gibi bir takım sınırlandırmalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlandırmalar, Borçlar Kanunu'nun 19/II ve 20/I'nci maddelerinde

düzenlenmiştir. Buna göre bir sözleşmenin konusu, hukuka (emredici yasa hükümlerine, kamu düzenine, kişilik haklarına), ahlaka aykırı olmamak ve imkansız bulunmamak kaydıyla serbestçe düzenlenebilir. Kişiler, BK. 19/II ve 20/I'deki sınırlamalara aykırı olmamak kaydıyla bir sözleşmenin içeriğini serbestçe düzenleyebilirler. Yasa, kişilere, bu anlamda bir özgürlük tanımıştır.

Borçlar Kanunu Tasarısı, sözleşme özgürlüğü konusunda mevcut düzenleme ile paralellik arz etmekte ise de, bazı noktalarda mevcut düzenlemeden ayrılmaktadır. Bunların başında, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen 27'nci madde gelmektedir. BKT'nin 27'nci maddesi, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını tek bir hüküm içerisinde düzenlemek suretiyle mevcut düzenlemeden ayrılmaktadır. Diğer taraftan, mevcut düzenlemede *kamu düzeni ve kişilik hakları* "hukuka aykırılık" üst başlığı altında değerlendirilerek sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğünün bir sınırı olarak kabul edilirken Tasarı'da bu kavramlar açık bir şekilde sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğünün sınırları olarak belirtilmiştir. Öte yandan Tasarı, mevcut Borçlar Kanunu'nda bulunmayan ve sözleşmeyi düzenleme özgürlüğüne sınırlama getiren bir başka kavramı daha kabul etmiştir. Bu kavram "Genel İşlem Şartları"dır. Genel işlem şartları, hukuki eşitliğin ekonomik ve sosyal alanda gerçekleşmemiş olması nedeniyle sözleşmenin zayıf tarafını koruma amacıyla kabul edilmiştir. Bu düzenlemenin önemi, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen BK. 19/II ve 20/I ile BKT. 27/I'in haricinde bir takım sınırlandırmalar ve yaptırımlar öngörmüş olmasıdır. Bu sınırlandırmalar ve yaptırımlar, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüne müdahale eden ancak bu müdahalenin BK. 19/II ve 20/I ile BKT. 27/I'nci maddelerin kapsamına girmeyen durumlar için getirilmiş olduğudur. Bu anlamda, BKT.'nin 20 ve 25'nci maddeleri arasında düzenlenmiş olan Genel İşlem Şartları, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğü açısından büyük önem arz etmektedir.

ABSTRACT

FREEDOM OF CONTRACT AND IT'S RESTRICTION

ŞAHİN İRFAN

CIVIL LAW MASTER PROGRAMME

PROF. DR. H.CUMHUR ÖZAKMAN

08.2008 / 125

Freedom of contract is, on one hand proposes a person to be a juristic party with its free will of the so-called person which is a reflection of will power in terms of law , and on the other proposes the freedom of constructing the shape , the subject and the contents of the contract. In the firstly mentioned sense the freedom of contract is the ability of people in making a contract or refuse it, with their free will and without any kind of obligation.

The Turkis Code of Obligation law is accepted the freedom of contract in principle, without setting any obligation to anyone. But of course this principle is not absolute and there are some exceptions related to the law. If a contract is obligatory by any act of law or if avoiding a contract results in the violation of personal rights or aims to harm anyone with any kind of immoral tort or if there are a misuse of a right there would be a necessity of making a contract. In this case, the principle of freedom of contract, gives way to building up a contract adjusted by the law.

The second meaning of making a contract the freedom in changing the conditions, the subject , the contents and the parties subject to the contract which was made by free will. With a condition of not being outlaw people are free to determine a contract or contents of it. These restrictions are displayed in 19/II and 20/I clause in the Obligations Law.

According to that the subject of a contract can be freely determined unless its in law immoral and impossible. People can freely determine the contents of a contract unless it is against restrictions in clause 19/I and 20/I of Turkish Code of Obligation. The new draft Turkish Code of Obligation, though there is parallelism between Obligations Law and the current in terms of freedom of contract , they are somewhat different. The premier difference is the 27 numbered clause which pinpoints the borders of making a contract.

The 27th clause of the draft code of obligatin is apart from the current regulation related to restraining a contract in a single verdict. On the other hand accoring to the current regulation the public order and personal rights are evaluated under “outlaw” and the subject of the contract has seen to be restrictments(borders) meanwhile they have been absolute restrictments in the (new) proposal. And further, with no relation to the current Obligations Law it has accepted a concept which restricts the freedom of bulding a contract. This concept is “General Process Conditions”. General Process Conditions is accepted with the aim of defending the weak side of the contract occurred because of lacking the jurisdictional equality in terms of economis and social space. The importance of this adjustment is the presence of restrictments other than 19-2 and 20-1 which are just the freedom conditions. This restrictments and obligations are related to some clauses of the Code Of Obligation [19/II, 20/I Clause) anda The Draft Code Of Obligation (27/I) which are relevant to freedom in making up a contract but are not relevant. In this sense General Process Conditions adjusted btw the 20'th and 25'th clauses, related to the determination of the subject of a contract is very important.

Key words : Freedom of Contract, the restriction of thr freedom of contract.

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR	IX
1. GİRİŞ	1
2. KONUNUN SUNUMU VE SINIRLANDIRILMASI	3

I. BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK	5
II. TEMEL KAVRAMLAR	7
1. Özgürlük Kavramı	7
2. Sözleşme (Akit) Kavramı	9
3. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı	10
III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI	11
1. Genel Olarak	11
2. Sözleşme Yapma Veya Sözleşme Yapmama Özgürlüğü	12
3. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü	14
4. Sözleşmenin Konusunu Belirleme ve Düzenleme Özgürlüğü	16
5. Sözleşmeyi Değiştirme Veya Ortadan Kaldırma Özgürlüğü	17
6. Sözleşmenin Şeklini (Biçimini) Belirleme Özgürlüğü	21

II. BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI (SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU)

I.	GENEL OLARAK	24
II.	ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN YASALARDAN DOĞAN BAZI SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU HALLERİ	28
	1. Özel Hukuka İlişkin Yasalarda Açık Bir Şekilde Düzenlenmiş Olan Sözleşme Yapma Zorunluluğu Halleri	28
	1.1. 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda Düzenlenen Sözleşme Yapma Zorunluluğu	29
	1.2. 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Sözleşme Yapma Zorunluluğu	29
	1.3. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Öngörülen Sözleşme Yapma Zorunluluğu Halleri	30
	1.4. 4077 Sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanununda Öngörülen Sözleşme Yapma Zorunluluğu	32
	1.5. 4074 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu	34
	2. Özel Hukuka İlişkin Yasalarda Açık Bir Şekilde Düzenlenmemiş Olan Sözleşme Yapma Zorunluluğu Halleri	39
	2.1. Genel Olarak	39
	2.2 Tekel Niteliğini Haiz Olan Kişi veya Kuruluşların Sözleşme Yapma Zorunluluğu	39
	2.2.1. Haksız Fiil Görüşü	40
	2.2.2. Dürüstlük Kuralı Görüşü	43
	2.3. Umuma Açık Yerleri İşletenlerin Sözleşme Yapma Zorunluluğu	45
	2.3.1. Haksız Fiil Görüşü	49
	2.3.3. Dürüstlük Kuralı Görüşü	49
	2.3.3. Kişilik Hakları Görüşü	50
	3. Kamu Hukuku'na İlişkin Yasalardan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu	52

III. BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KONUSUNU DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

I. GENEL OLARAK	53
II. HUKUKA AYKIRILIK	56
1. Genel Olarak	56
2. Hukuka Aykırılık Kavramı	57
3. HUKUKA AYKIRILIĞIN GERÇEKLEŞME ŞEKİLLERİ	59
3.1. Bizzat Sözleşmenin Yapılmasının Hukuka Aykırı Olması	59
3.2. Sözleşme Konusu Edimin Hukuka Aykırı Olması	60
3.3. Sözleşmenin Amacının Hukuka Aykırı Olması	60
3.4. Kanuna Karşı Hile	62
4. HUKUKA AYKIRILIK HALLERİ	64
4.1. EMREDİCİ HUKUK KURALLARINA AYKIRILIK	64
4.1.1. Emredici Hukuk Kuralları Kavramı	64
4.1.2. Emredici Hukuk Kurallarının Tespiti	64
4.1.3. Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık	66
4.2. GENEL İŞLEM ŞARTLARI	70
4.2.1. Genel Olarak	70
4.2.2. Genel İşlem Şartları Kavramı	71
4.2.3. Emredici Hukuk Kurahı Olarak Genel İşlem Şartları	73
4.3. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK	79
4.3.1. Kamu Düzeni Kavramı	79
4.3.2. Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Kamu Düzenine Aykırılık	81

4.4. KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRILIK	83
4.4.1. Kişi ve Kişilik Hakkı Kavramı	83
4.4.2. Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Kişilik Haklarına Aykırılık	85
4.4.3. MK. 23/I Çerçevesinde Kişilik Haklarına Aykırılık ve Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Etkileri	86
4.4.4. MK. 23/II Çerçevesinde Kişilik Haklarına Aykırılık ve Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Etkileri	87
III. AHLAKA AYKIRILIK	96
1. Genel Olarak	96
2. Ahlaka Aykırılık Kavramı	97
3. Ahlaka Aykırılığın Gerçekleşme Şekilleri	100
3.1. Bizzat Sözleşmenin Yapılmasının Ahlaka Aykırı Olması	100
3.2. Sözleşmenin Konusu Edimin Ahlaka Aykırı Olması	101
3.3. Sözleşmenin Amacının Ahlaka Aykırı Olması	103
IV. İMKANSIZLIK	105
1. Genel Olarak	105
2. İmkansızlık Kavramı	105
3. İmkansızlığın Unsurları	109
3.1. Edim, Başlangıçtan İtibaren İmkansız olmalıdır	110
3.2. Edim, Objektif (Mutlak) Olarak İmkansız Olmalıdır	113
4. İmkansızlık Kavramının Benzer Hukuki Kavramlardan Ayrıl Edilmesi	116
SONUÇ VE DEĞERLENDİRME	119
KAYNAKÇA	122

KISALTMALAR

AÜHF	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
AY	: Anayasa
Bedaş	: Boğaziçi Elektrik Dağıtım A.Ş.
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch
BKT	: Borçlar Kanunu Tasarısı
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CD.	: Ceza Dairesi
C.Ü.	: Cumhuriyet Üniversitesi
Dpn.	: Dip Not
E	: Esas
GIŞ	: Genel İşlem Şartları
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBGKK	: İçtihatı Birleştirme Genel Kurulu Kararı
İgdaş	: İstanbul Gaz Dağıtım A.Ş.
İski	: İstanbul Su ve Kanalizasyon İdaresi
K	: Karar
KTK.	: Karayolları Trafik Kanunu
m.	: Madde
MK	: Medeni Kanun
RKHK	: Rekabetin Korunması Hakkında Kanun
RG	: Resmi Gazete
sh.	: Sahife
T	: Tarih
Tcdd	: Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TKHK	: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
Vd	: Ve Diğerleri
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
www.	: World wide web
Com.	: Commercial

1. GİRİŞ

Günümüz dünyası, ekonomik ve teknolojik gelişmelerin birbirlerini karşılıklı olarak etkilemeleri sonucunda baş döndürücü bir hızla gelişmekte ve değişmektedir. Bu değişimin bir sonucu olarak, sosyal hayat ve ticaret hayatındaki hukuki ilişkiler de değişmekte, gelişmekte ve yeni yeni hukuki ilişki modelleri ortaya çıkmaktadır. Bu durum aslında, 17. yüzyılda başlayan *liberal düşünce* akımının bir sonucudur. Liberalizmin bir sonucu olarak ortaya çıkan özgürlük anlayışı, kişii toplumsal, siyasal ve ekonomik yaşamın temel unsuru haline getirmiştir. Bu anlayışa göre kişi, başkalarının özgürlük alanına girmeksizin hertürlü inanç, düşünce, uygulama hak ve yetkisine sahiptir. Sözleşme özgürlüğü, kişiye tanınan bu özgürlük anlayışının hukuk alanındaki bir yansıması olarak karşımıza çıkmaktadır. Günümüzde, hemen bütün hukuk sistemleri, sözleşme özgürlüğünü, irade özgürlüğü veya irade özgürlüğünden doğan alt özgürlükler olarak kabul etmişler ve hukuk sistemlerinde düzenlemişlerdir. Buna göre kişiler sosyal, ekonomik ve siyasal hayatta sahip oldukları bu özgürlüklerinin bir gereği ve sonucu olarak hukuk alanında da özgür olmalıdırlar. Devlet, kendi hukuklarını düzenlemeleri için kişilere özgürlük alanı bırakmalıdır. Nitekim, liberal ekonomik düzeni kabul etmiş olan hukuk sistemleri, sözleşme özgürlüğü ilkesini kabul etmiş ve kişilere, hukuki ilişkilerini diledikleri şekilde düzenleme hakkı tanımıştır.

Liberalizmin bir sonucu olarak ortaya çıkan *sözleşme özgürlüğü ilkesi*, günümüz toplumları açısından vazgeçilmez bir unsur haline gelmiştir. Kişiler, ekonomik ve teknolojik gelişme neticesinde ortaya çıkan ve mevcut hukuk sisteminin düzenlemediği alanlardaki hukuksal ihtiyaçlarını, sözleşme özgürlüğünden faydalanmak suretiyle çözüme kavuşturmaktadırlar. Gerçektende, günümüz dünyasının ulaştığı olduğu ekonomik ve teknolojik gelişme seviyesi göz önüne alındığında, hukuk sisteminin bu hızlı değişim ve gelişime ayak uydurması mümkün değildir¹.

¹ Bunun en güzel örneği “internet”tir. İnternet, belki de yeni dünya düzeninin sosyal ve ekonomik hayattaki en önemli keşfidir. İnsanlar, internet üzerinden mesafe tanımsızın iletişim kurabilmekte, mal veya hizmet alımı, satımı ve pazarlaması gibi temel ticari faaliyetleri yapabilmekte,

Öte yandan sözleşme özgürlüğü ilkesi, gündelik hayatın da vazgeçilmez bir unsuru olarak kabul edilmektedir. Zira, ekonomik ve teknolojik gelişmenin bir sonucu olarak, sosyal ve ekonomik alandaki hukuki ilişkiler o kadar karmaşıklaşmıştır ki, bunları hukuk sisteminin önceden öngörmesi ve düzenlemesi mümkün değildir. O nedenle, bu konuda getirilebilecek olan en uygun çözüm, kişilere kendi hukuksal ilişkilerini düzenleme konusunda fırsat vermektir. Böylece kişiler, hukuk sisteminin kendilerine bırakmış olduğu özgürlük alanı içerisinde, kendi menfaatlerine en uygun olan çözümü benimseme imkanına sahip olacaklardır. Ancak bu alanda kişileri tamamen serbest bırakmak da doğru değildir. Zira, hukuk sistemleri her kişiyi eşit hak ve yükümlülüklerle sahip bir hukuk öznesi olarak kabul etmelerine rağmen bu eşitlik, sosyal ve ekonomik hayatta her zaman gerçekleşmemektedir. Ekonomik, sosyal, siyasal, fiziki, psikolojik ve benzeri nedenlerle, kişiler arasında var olduğu kabul edilen eşitlik ilişkisi bozulabilmektedir. Böyle bir durumda, eşit olmayan kişiler arasında yapılmış olan sözleşmeleri, eşitler arasında yapılmış sözleşmeler olarak kabul etmek ve onların yapmış oldukları düzenlemeye itibar etmek sosyal adalet ve eşitliğin bozulmasına neden olur. O nedenle, hukuk sistemleri, kişiye tanıdığı oldukları bu serbest alanını tamamen boş bırakmamış, bu hakkın kullanımını belirli kısıtlamalara tabi tutmuşlardır. Bu çalışmayı yapmamızın amacı, sosyal ve ekonomik hayatın vazgeçilmez bir unsuru olan ve önemi gittikçe artan *sözleşme özgürlüğü ilkesinin* neleri kapsadığı ve bu özgürlüğünün sınırlarının neler olduğunu tespit etmektir.

Dünya daki değişime paralel olarak ülkemizde de, sosyal ve ekonomik anlamda bir değişimin yaşandığı kuşkusuzdur. Daha önce sosyal ve ticari hayatın bir ilkesi olarak kabul edilen “söz senettir” anlayışı, yavaş yavaş yerini, sözlerin yazıya dökülme biçimi olan “sözleşme”lere bırakmaya başlamıştır. Bu değişim içerisinde sözleşmelere düşen görev her geçen gün biraz daha artmaktadır. *Ticaret Kanunu*’na göre basiretli olarak hareket etme zorunluluğu bulunan tacirler, yasanın bu buyruğunu yerine getirebilmek için ticari ilişkilerini yazılı sözleşmeler üzerinden yürütmektedirler. Bu

fatura ödemesi, döviz alım satımı, internet üzerinden banka hesabı açma-kapama, para transferi gibi bir çok bankacılık işlemlerini yapabilmektedirler. Başlangıçta, internet üzerinden yapılan bu işlemleri hükme bağlayan yasal bir düzenleme mevcut değilken, bunun gündelik hayatın vazgeçilmez bir parçası haline alması, bu konuda yasal bir düzenlemeye gidilme ihtiyacını doğurmuştur.

sözleşmeler, o kadar değişik türlerde ve şekillerde yapılmaktadır ki artık bunları sınıflandırmak veya hızlarına yetişmek neredeyse imkansızdır. İrade özgürlüğü ve bunun hukuk alanındaki yansıması olan sözleşme özgürlüğü prensibi, yeni tür sözleşme modellerinin ortaya çıkmasına zemin hazırlamıştır. *Borçlar Kanunu*'muz, sözleşme serbestisi ilkesini benimsemiş olduğundan, ülkemizde de, mevcut sözleşmelerin yanısıra, ekonomik ve sosyal ihtiyaçların gerektirdiği ölçüde yeni tip sözleşme modellerinin oluşturulması bir zorunluk halini almaya başlamıştır. Sosyal ve ekonomik hayatın ihtiyaçları doğrultusunda, yeni tür sözleşme modellerinin ortaya çıkması da olağandır. Böyle bir yapıda hukuk sistemine düşen görev, sosyal ve ekonomik ihtiyaçların giderilebilmesi için kişiler tarafından yapılabilecek olan bu yeni tür sözleşme şekillerini, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde korumak, bunun yanısıra, bu serbestinin hak, adalet ve eşitlik kavramları çerçevesinde hukuk alanındaki sınırlarını tespit etmektir.

2. KONUNUN SUNUMU VE SINIRLANDIRILMASI

Çalışmamız dört ana bölümden oluşmaktadır. İlk bölümde, sözleşme özgürlüğü konusu ele alınıp incelenecektir. Bu bölümde ilk olarak, konumuzun esasını teşkil eden kavramlar üzerinde durulacak ve bu kavramlar açıklanmaya çalışılacaktır. İkinci olarak, sözleşme özgürlüğünün kapsamı üzerinde üzerinde durup, bu özgürlükten doğan alt özgürlükleri inceleyeceğiz. Bu incelemeyi yaparken yeri geldiğinde, *Borçlar Kanunu* Tasarısındaki düzenlemelere yer verip bunları, yürürlükteki *Borçlar Kanunu*'ndaki düzenlemelerle karşılaştıracacağız.

İkinci bölümde, sözleşme özgürlüğünün istisnaları inceleme konusu yapılacaktır. Burada, kişilere tanınan sözleşme özgürlüğü, yerini sözleşme yapma zorunluluğuna bırakmaktadır. Sözleşme yapma zorunluluğu doğuran nedenler, hem özel hukuka ilişkin yasalarda hem de kamu hukukuna ilişkin yasalarda düzenlenmiştir. Bu bölüm altında çeşitli yasalarda düzenlenmiş olan sözleşme yapma zorunluluğu halleri inceleme konusu yapılacaktır. Bu şekilde bir ayrıma gitmemizin nedeni,

sözleşme özgürlüğünün sınırları kavramını, sözleşme özgürlüğünün istisnaları kavramından ayırmak suretiyle bu özgürlüğün sınırlarını daha net olarak çizebilmektir. Bu nedenle, özel hukuk alanındaki temel yasalarda düzenlenmiş olan sözleşme yapma zorunluluğu halleri ile kamu hukukuna ilişkin yasalardan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu halleri bu bölüm altında inceleme konusu yapılacaktır.

Çalışmamızın üçüncü bölümünde, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğünün sınırlarını inceleyeceğiz. Bu bölümde kendi içerisinde üç alt bölüme ayrılarak incelenecektir. Birinci bölümde, sözleşme özgürlüğünün ilk sınırını çizen *hukuka aykırılık* konusu ele alınacaktır. Bu bölüm, bir üst başlık olarak ele alınmış olup bu başlık altında emredici hukuk kurallarına aykırılık, kamu düzenine aykırılık ve kişilik haklarına aykırılık konuları incelenecektir. Bu alt bölümün emredici hukuk kuralları başlığı altında, Borçlar Kanunu Tasarı'nda yer alan ve yasalaştığı takdirde sözleşme özgürlüğüne yeni sınırlamalar getirecek olan “Genel İşlem Şartları” konusu, mevcut düzenlemeler ve tasarıdaki düzenlemeler doğrultusunda detaylı olarak incelenecektir. İkinci bölümde, sözleşme özgürlüğüne getirilen ikinci sınırlama olan, *ahlaka aykırılık* konusu incelenecektir. Her ne kadar ahlak kuralları, yazılı hukuk kuralları içerisinde düzenlenmiş olmaları halinde bunlara aykırılık, emredici hukuk kurallarına ve dolayısıyla hukuka aykırılık kategorisinde değerlendirilecek ise de, yazılı olmasa ve hukuk sistemi içerisinde düzenlenmese dahi, ahlaka aykırı olan sözleşmeler BK. 19/II ve 20/I uyarınca batıl olarak kabul edildiği ve sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak sayıldığı için, ahlaka aykırılığı ayrı bir başlık altında incelemeyi uygun bulduk. Üçüncü bölümde, sözleşme özgürlüğüne getirilen son sınırlama olan *imkansızlık* kavramını ele alıp inceleyeceğiz. Sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaları incelerken, mevcut düzenleme ile Tasarıdaki düzenlemeleri yeri geldikçe karşılaştırarak inceleyeceğiz.

Son olarak yapmış olduğumuz incelemeden çıkarmış olduğumuz sonuçlar ve değerlendirmeler, “sonuç ve değerlendirme” başlığı altında özetlenerek çalışmamıza son verilecektir. Tez yazımında kullanılacak olan dil bakımından, genellikle güncel terimlere yer verilecek ancak cümlenin akışına uygun olarak yasalarda kullanılan orjinal kavramlar da kullanılacaktır. Örneğin, yasaların tam isimlerini yazarken yazılış

şekline uygun olarak “kanun” kelimesi kullanılacak, metin içindeki kullanımlarda ise “kanun” kelimesi yerine “yasa” kelimesinin kullanımı tercih edilecektir. Diğer yandan, BK 19/II ve 20/I’deki yasaklara aykırılık halinde uygulanacak olan hukuki yaptırım için “kesin hükümsüzlük” kavramı kullanılacak olup cümle akışına uygun olarak, kesin hükümsüzlük kavramını ifade etmek üzere “butlan” kavramına da yer verilebilecektir.

I. BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

I. GENEL OLARAK

Sözleşme özgürlüğü, kural olarak liberal piyasa ekonomilerinin uygulandığı ülkelerde geçerli olan bir ilkedir². Zira liberal ekonomi³, kişilere, ekonomik faaliyetlerin gerçekleştirilmesi açısından oldukça geniş bir uygulama alanı bırakmaktadır⁴.

Liberal ekonomik sistemi benimsemiş olan ülkelerin hukuk sistemlerinde olduğu gibi Türk Hukuku’nda da *sözleşme özgürlüğü* veya bir başka deyişle *sözleşme*

² **Başpınar** Veysel : Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, sh. 13. ; **Baştuğ** İrfan, : Borçlar Hukuku, 3. Bası, Manisa, 1984, sh. 38.

³ *Liberal Ekonomi*, 18. yüzyılda İngiltere’de ve Fransa’da gelişen, 19. yüzyılda ise toplumsal düzenin temel ilkelerini oluşturan ve batı etkisinde kalan bütün ülkelerde özellikle aydınlarca benimsenen, insanın, akılcı düşünce yapısı ile kendisi için en yararlı olanı seçebileceği ve böylece toplumun doğal bir dengeye kavuşacağı varsayımına dayanan, devletin ekonomik yaşama el atmasına karşı çıkarak devletin işlevini, yalnızca ekonomik ve toplumsal ilişkilerin olduğu gibi korunmasını sağlamakla sınırlayan toplumsal ve ekonomik bir doktrindir.

[[http://www.ekonomist.com.tr/apps/dictionary.app/dictionary.php/es.dict/liberal ekonomi](http://www.ekonomist.com.tr/apps/dictionary.app/dictionary.php/es.dict/liberal%20ekonomi)]adlı internet adresinden 13.12.2007 tarihinde alınmıştır.

⁴ *Liberalizm* sosyal, siyasal ve ekonomik alanda bireyi ve bireyin özgürlüklerini temel alan bir felsefi düşünce biçimidir (**Karagöz**, Yıldız.: Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, Aralık, 2002, C.26, sh. 276. [http://fenedebiyat.cumhuriyet.edu.tr/dergi/sayi/sos_bilimler/26_2/73.pdf.] internet adresinden 15.01.2008 tarihinde alınmıştır. Liberal düşünce geleneğinin başlangıcını İngiltere’nin 1215 tarihli Manga Carta’sına hatta daha eskiye, Yunan Şehir Devletleri’ne kadar uzatanlar vardır. (**Yayla** Atilla. : Özgürlük Yolu – Hayek’in Sosyal Teorisi, Ankara, 1993, sh. 144.) Ancak, genellikle kabul gören yaklaşım, liberalizmin *John Locke*’nin eserleriyle doğma devresine girdiği, 18. ve 19. yüzyılda gelişmesini tamamlayarak olgunlaştığıdır. (**Yayla**, sh. 144.)

serbestisi prensibi, ilke olarak benimsenmiştir⁵. Bu prensip ilk olarak Anayasa'nın 48/I'nci maddesinde ifade edilmiştir. AY 48/I'e göre, "Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir." hükmünü getirmektedir. Anılan düzenleme, sözleşme özgürlüğü ilkesinin Anayasa tarafından açık bir şekilde benimsendiğini göstermektedir. Sözleşme özgürlüğü, Anayasa'nın 12'nci maddesinde düzenlenen temel hak ve özgürlükler kapsamı içerisinde değerlendirilerek Anayasa'nın 48'nci maddesinde düzenlemiştir⁶.

Diğer taraftan sözleşme özgürlüğü ilkesi, 818 sayılı Borçlar Kanunu tarafından da temel ilke olarak benimsenmiştir⁷. Ancak bu ilke, Anayasa'nın 48'nci maddesinde olduğu gibi açık bir şekilde ifade edilmemiş, kimseye sözleşme yapma zorunluluğu getirmemek suretiyle, dolaylı olarak benimsenmiştir⁸. Sözleşme özgürlüğü kavramı, çeşitli anlamlarda kullanılmasına rağmen bununla temelde iki hususun kastedildiği kabul edilmektedir⁹. Bunlardan ilki, irade özerkliğinin bir sonucu olan sözleşmeyi yapıp yapmama özgürlüğü, ikincisi ise sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüdür¹⁰. Birinci koşul, ikinci koşulun zorunlu bir unsuru olup, birinci koşulun gerçekleşmediği bir durumda ikinci koşulun gerçekleşmesinden bahsedilemez. Borçlar Kanunu'nun 19'ncü maddesinin 1'nci fıkrasındaki düzenleme, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüdür¹¹. Bu anlamda sözleşme özgürlüğü, sözleşmenin konusu, tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğüdür.

⁵ **Reisoğlu** Safa : *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 18. Baskı, İstanbul, 2006, sh. 111. ; **Karahasan** Mustafa Reşit. : *Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler)*, 6. Baskı, İstanbul, 2003, sh. 255. ; **Karahasan** Mustafa Reşit. : *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, I.Cilt , İstanbul, 2003, sh. 266.; **Erman**, sh. 602. ; **Eren**, sh. 267. ; **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku) sh. 155 vd. ;

⁶ **Kılıçoğlu** Ahmet, M. ; *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 8. Baskı, Ankara, 2007, sh. 52. ; **Eren**, sh. 269. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 501. ; **Başpınar**, sh. 14.

⁷ **Sirmen** Lale.: *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku*, Cahit Oğuzoğlu'na Armağan, Ankara, 1972, sh. 446 – 447. ; **Yavuz** Cevdet. : *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*, (*Borçlar Hukuku*) 3. Baskı, İstanbul, 2004, sh. 4-5. ; **Aybay** Aydın: *Borçlar Hukuku Dersleri*, 11. Baskı, İstanbul, 1995, sh. 36 vd. ; **Baştuğ** İrfan. : *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* 3. Baskı, Manisa, 1984, sh. 60-61. ; **Akıntürk** Turgut. : *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri)* 9. Baskı, İstanbul, 2003, sh. 53 vd. ; **Ayrancı** Hasan, *Sözleşme Kurma Zorunluluğu*, , AÜHFD, Cilt. 52, Sayı 3, Ankara, 2003, sh. 229. ; **Karahasan**, *Borçlar Hukuku*, sh. 266. ; **Erman**, sh. 601-603. ; **Zevkliler**, sh. 34 vd. ; **Kılıçoğlu**, (*Borçlar Hukuku*) sh.52 vd. ; **Başpınar**, sh. 15. ; **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 111. ; **Eren**, sh. 267. ; **Ateş**, sh. 38-39.

⁸ **Sirmen**, sh. 447.

⁹ **Sirmen**, sh. 446. ;

¹⁰ **Ateş**, sh. 40. ; **Sirmen**, sh. 446. ; **Başpınar**, sh. 16. ; **Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, sh. 155. ; **Aybay**, sh. 36. ; **Erman**, sh. 603. ;

¹¹ **Kocayusufpaşaoğlu** Necip.; *Borçlar Hukuku*, 1. Cilt, 4. Baskı, İstanbul, 2008, sh. 501. **Erman**, sh. 604. ; **Aybay**, sh. 36. ; **Sirmen**, sh. 447.; **Eren**, sh. 284-285. ;

Borçlar Kanunu Tasarısı da, aynen 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi kimseye sözleşme yapma zorunluluğu getirmemek suretiyle sözleşme özgürlüğü ilkesini benimsemiştir. Bu anlamda, her iki düzenleme birbirine benzemektedir. BKT. 26'da da, BK. 19/I'de olduğu gibi geniş anlamda sözleşme özgürlüğüne değil, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne yer verilmiştir. Ancak, sözleşme özgürlüğünü ilke olarak benimseyen bir yasa tasarısında, *sözleşme özgürlüğünü* yalnızca sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü olarak tanımlamak yerinde değildir. Öte yandan, madde kenar başlığı ile maddenin içeriği de birbiriyle örtüşmemektedir. Madde kenar başlığında "*sözleşme özgürlüğü*" gibi geniş bir tabir kullanılmasına rağmen maddede, yalnızca sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğünden söz edilmesi, madde kenar başlığına uygun değildir. Kanaatimizce maddenin, geniş anlamda sözleşme özgürlüğünü de içine alacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir.

II. TEMEL KAVRAMLAR

1. Özgürlük Kavramı

Temelini tabii hukuk¹² doktrininden alan *özgürlük* kavramı, yüzyıllardır tartışılan bir kavramdır¹³. Ancak, yüzyıllardır süre gelen tartışmalar, *özgürlük* kavramını tam olarak açıklamaya yetmemiştir. Bu kavram genel olarak, iki şekilde açıklanmaya

¹² Tabii Hukuk, devlet öncesi toplumlarda, herkesin özgür ve eşit durumunda bulunduğu varsayımına dayanan bir öğretilerdir. Doğal Hukuk doktrini olarak da adlandırılan bu anlayışa göre, devlet öncesi toplumlarda herkes hür ve eşittir. Hiç kimse, bir başkasının egemenliği altında olmadığı gibi hiç kimse de diğeri üzerinde bir baskı kurma hakkına sahip değildir. Kişiler, sahip oldukları doğal hakları ihlal edenleri, onun ihlal edilmesini önleyecek ölçüde cezalandırma konusunda bir güce sahiptirler. Bireylere tanınan ihkakı hak yetkisinin bir savaş durumuna dönüşmesini engellemek için kişiler, yetkileri sınırlı bir örgüt kurmak suretiyle, sahip oldukları bir takım haklarını, yapmış oldukları bir *sosyal sözleşme* ile bu örgüte (Devlet) devretmişler ve bu örgütün (Devlet) vereceği kararlara uymanın da ahlaki bir yükümlülük olduğunu kabul etmişlerdir. Ancak, bu örgüt (Devlet) bireyin, sahip olduğu temel hakları (hayat, hürriyet, mülkiyet) ihlal etmemeli bu hakları muhafaza etmeli ve bu haklara başkaları tarafından yapılabilecek saldırıları önlemelidir. Varsayımsal olarak kabul edilen bu duruma ve bu durumdaki kişilerin sahip oldukları hakları temel alan yaklaşıma da doğal (Tabii) hukuk yaklaşımı adı verilmektedir. Bkz. **Güriz** , A Hukuk Felsefesi 7. Baskı Ankara , 2007 sh. 132 vd.

¹³ **Ateş Derya.**: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık, Ankara, 2007, sh.31.

çalışılmıştır. Bunlardan birincisi, Olumlu [Pozitif] Özgürlük, diğeri ise olumsuz [Negatif] özgürlük anlayışıdır¹⁴. Olumlu anlamda *özgürlük*, herhangi bir baskının, engelin ya da kuralın yokluğunu ifade eden *bağımsızlık* anlamında kullanılmaktadır¹⁵. Ancak, buradaki yokluk mutlak anlamda bir yokluk olmayıp nispi bir yokluktur. Zira, insanın insan olması ve toplum içinde yaşaması nedeniyle bir takım etki veya baskı altında kalması, olağan olarak kabul edilmektedir. Buna karşın, olumsuz anlamda kullanılan *özgürlük* ise, bireyin davranışlarını kendi iradesiyle belirleyebilme yetisini, bir diğeri ifadeyle *seçebilme iktidarını* ifade eder¹⁶. *Nietzsche*, bu durumu *gerçek özgürlük* olarak ifade etmektedir¹⁷. Bu anlayış devleti, negatif özgürlüğün muhatabı olarak görmekte ve devlete, kişilerin özgürlüğünün anayasa ve yasalarla teminat altına alınması yükümlülüğü yüklemektedir¹⁸.

Özgürlüğe sahip olan her kişinin, hukuki ilişkilerini dilediği şekilde düzenleyebilme serbestisini ifade eden *irade özgürlüğünün ekonomik, ahlaki ve felsefi* olmak üzere üç temel ayağı vardır¹⁹. Bunlardan ilki olan *ekonomi* ayağını ele aldığımızda, uygulanan ekonomik sistem ile irade özerkliği arasında paralel bir yaklaşımın olduğu söylenebilir. Zira, otoriter ve totaliter hukuk sistemlerinin uygulandığı devletlerde, kişilere hem ekonomik, hem de hukuki anlamda bir serbesti tanınmadığı , buna karşın, serbest piyasa ekonomisinin uygulandığı devletlerin hukuk düzenlerinde, kişilere oldukça geniş bir hareket serbestisi tanınmaktadır²⁰. Kişiler, bu serbesti içerisinde hem ekonomik, hem sosyal, hem de hukuki iş ve işlemlerini özgür iradeleri ile serbestçe düzenleyebilmektedirler. Bu nedenle, liberal ekonomiyi benimsemiş olan hukuk devletlerinde kişiye tanınan en önemli özgürlüklerden birisi de, sözleşme özgürlüğüdür²¹.

Özgürlüğün diğeri iki ayağını teşkil eden *ahlaki ve felsefi* temellerine baktığımızda ise, insanın hür olduğu ve iradesini istediği şekilde kullanabileceği kabul

¹⁴ **Ateş**, sh. 31.

¹⁵ **Ateş**, sh. 31.

¹⁶ **Rado** Türkan.: Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul, 1997, sh.59. ; **Ateş**, sh. 32.

¹⁷ **Hirş** Ernst.: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri, Ankara, 2001, sh. 129 vd.

¹⁸ **Karagöz**, sh. 285.

¹⁹ **Ateş**, sh. 32.

²⁰ **Ateş**, sh. 32 vd.

²¹ **Ateş**, sh. 33 vd.

edilmektedir. Bu şekilde hareket eden kişi, kendi menfaatine en uygun olanı seçeceği için bu seçim, onun için aynı zamanda adil bir sonuç doğuracaktır. Bu nedenle kişiler, kendi özgür iradeleri ve menfaatlerine uygun olarak gerçekleştirmiş oldukları hukuki işlemlerin sonuçlarına katlanmalı ve bu hukuki işlemler ile bağlı olmalıdırlar. Bu yaklaşıma göre, hiçbir baskı ve zorlama olmaksızın kişilerin özgür iradesi ile oluşturdukları hukuki durum, onlar için hem en adil hem de iyidir. Zira, hiçbir kişi, kendi menfaati aleyhine olabilecek bir hukuki durum meydana getirmez. Her iki tarafta, menfaatlerine uygun olanı seçtiklerinde, meydana gelen sözleşme, adil bir sözleşme olacaktır. Bu durum, aynı zamanda bireyin özgür iradesinin bir sonucu olarak ortaya çıktığından dolayı, bireyin özgürlüğü de kısıtlanmamış olacaktır. Böyle bir durumda birey, hem bağımsızlığını korumuş, hem de kendi iradesi sonucu kendisini bağlı sayacak olması dolayısıyla kendi hukuk kurallarını kendi yaratmış olacaktır²².

2. Sözleşme (Akit) Kavramı

*Sözleşme*²³ kelimesi ile anlatılmak istenen kavram günümüzde akit, mukavele, bağit, kontrat gibi değişik sözcüklerle ifade edilmektedir. Bunlardan *kontrat*, kökeni Roma Hukukuna dayanan “contractus”²⁴ kelimesinin karşılığı olup, çoğu dillerde

²² Ateş, sh. 34 vd.

²³ Sözleşmenin sözlüklerdeki karşılıklarına baktığımızda “akitleşme”, “akit yapma”, “mukavele”, “kontrat” gibi farklı sözcüklerle tanımlandıklarını görmekteyiz. Sözleşme yerine kullanılan sözcüklerden *akit*, arapça kökenli bir sözcük olup *düğüm* anlamına gelmektedir. Aynı şekilde, *mukavele* kelimesi de dilimize arapçadan gelen ve “sözleşme” kavramının yerine kullanılabilen bir başka sözcüktür. *Kontrat* ise, kökeni Roma Hukuku’na ve latinceye dayanan bir sözcük olup dilimize Fransızca’dan girmiştir. “Sözleşme” ise, iki kişinin karşılıklı olarak birbirlerine verdikleri sözler anlamında olup, anlaşılması daha kolay ve Türkçe olduğu için biz de “sözleşme” kelimesini kullanmayı daha doğru bulmaktayız. Nitekim, hazırlanan Borçlar Kanunu Tasarısında da, “akit” kelimesi yerine “sözleşme” kelimesinin kullanılması tercih edilmiştir. **Yılmaz** Ejder.: Hukuk Sözlüğü, 8. Baskı, Ankara, 2004, sh. 54, 1115. ; **İnal** Nihat.: Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2003, sh. 878. ; **Şafak** Ali.: Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü, Selim Kitabevi, sh. 523. ; **Zevkliler** Aydın.: Özel Borç İlişkileri, 7. Baskı, Ankara, 2002, sh. 29.

²⁴ **Erdoğan** Belgin : Hukukta Latince Teknik Terimler – Özlü Sözler, 1. Baskı, İstanbul, 2004, sh. 28-29. ; **Tahiroğlu** Bülent.: Roma Borçlar Hukuku, İstanbul, 2000, sh. 101. ; **Umur** Ziya.: Roma Hukuku Ders Notları, (Roma Hukuku) 3. Baskı, İstanbul, 1999, sh. 334. ; **Rado** Türkan.: Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku), İstanbul, 1997, sh.59.

birbirine oldukça benzer bir şekilde kullanılmak suretiyle *sözleşme* kelimesinin neredeyse evrensel bir karşılığı haline gelmiştir²⁵.

Sözleşme, hukuki işlemin bir türüdür²⁶. Hukuki işlem ise, hukuk düzeni tarafından korunan ve hukuki bir sonuç doğurmaya yönelik irade açıklamaları olarak tanımlanmaktadır²⁷. Sözleşme; en az iki kişinin, bir hukuki sonuç doğurmak üzere karşılıklı ve birbirine uygun olarak iradelerini açıklamaları ile oluşan bir hukuki işlemidir olarak tanımlanmaktadır²⁸. Bir sözleşmenin varlığından söz edebilmek için, en az karşılıklı iki tarafın bulunması gereklidir. Bunun yanı sıra sözleşmenin kurulabilmesi için iki tarafın, iradelerini karşılıklı olarak beyan etmeleri ve bu beyanların da birbiri ile uyumlu olmaları gerekir. Sözleşmenin kuruluşu, hüküm ifade etmesi ve sona ermesi gibi konular oldukça kapsamlı hukuki konular olup, her biri ayrı bir çalışmanın konusunu teşkil etmektedir. O nedenle çalışmamızda sadece, sözleşmenin genel olarak tanımı ve unsurları gibi temel kavramlar hakkında kısaca bilgi verilmekle yetinilmiştir.

3. Sözleşme Özgürlüğü Kavramı

Sözleşme özgürlüğü, kişilerin özel hukuk alanı içerisinde kalan borç ilişkilerini, hukuk düzeninin çizmiş olduğu sınırlar içerisinde kalmak kaydıyla serbestçe düzenleyebilme özgürlüğü olarak tanımlanmaktadır²⁹. *Sözleşme özgürlüğü* kavramı, *irade özgürlüğü* kavramıyla çok yakın bir ilişki içerisinde. Hatta, zaman zaman *irade özgürlüğü* kavramı ile *sözleşme özgürlüğü* kavramı eş anlamlı olarak

²⁵ *Kontrat* kelimesi, Fransızca *contrat*, İtalyancada *contratto*, İngilizcede ise *contract* olarak yazılmakta ve *taraflar arasında iradelerin uyuşması suretiyle meydana gelen bir anlaşmayı ifade etmektedir*. Bkz. **Rado**, sh. 59.

²⁶ **Zevkliler**, sh. 29. ; **Tahiroğlu**, sh. 101. ; **Rado**, sh. 59. ; **Umur**, Roma Hukuku, sh. 334. ; **Eren** Fikret.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2008. sh. 185.

²⁷ **Zevkliler**, sh. 29. ; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 43-44.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 95, 165. ; **Eren**, sh. 203.

²⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 95.; **Eren**, sh. 185. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 95. ; **Zevkliler**, sh. 29.

²⁹ **Eren** Fikret.: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, İstanbul, 2008. sh. 270. ; **Tekinay**, S / **Akman**, S / **Burcuoğlu**, H / **Altop**, A. : *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 7. Baskı, İstanbul, 1993, sh. 362. ; **Kocayusufpaşaoğlu** Necip, *Borçlar Hukuku*, 1. Cilt, 4. Baskı, İstanbul, 2008, sh. 501. ; **Tunçomağ** Kenan.: *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, C.1, 3. Baskı, İstanbul, 1976, sh. 155. ; **Başpınar**, sh. 16. ;

kullanılmaktadır³⁰. Özel hukuk alanında kişiler, kendi iradeleri ile özel hukuk alanında kalan ilişkilerini düzenleme hak ve yetkisine sahiptirler³¹. Bu düzenlemede kişilerin başvurdukları en önemli yol, sözleşme yapmaktır³². İrade özgürlüğü, kişilere, yapacak olduğu sözleşmeler vasıtasıyla kendi kanununu kendisinin yapması yetkisini vermektedir³³. Bu nedenle sözleşmeler, onu yapanların kanunu olarak nitelendirilmekte, o sözleşmeyi meydana getiren tarafların iradeleri de, hukukun kaynağı olarak gösterilmektedir³⁴. Sözleşme özgürlüğü prensibi, felsefi bir görüş olan irade özgürlüğü doktrininin *Borçlar Hukuku* alanındaki bir yansımasıdır³⁵.

III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KAPSAMI

1. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere *sözleşme özgürlüğü*, irade özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak kabul edilmiş ve buna ilişkin yasal düzenlemeler hem 1982 *Anayasa'sının* 48'nci maddesinin birinci fıkrasında hemde 818 sayılı *Türk Borçlar Kanunu'nun* 19'uncu maddesinin birinci fıkrasında yer almıştır. *Sözleşme özgürlüğü*³⁶; kural olarak kişilerin, yalnızca özel hukuk alanındaki borç ilişkilerini, hukuk düzeninin çizmiş olduğu sınırlar içerisinde özgürce düzenleyebilme yetkisi olarak tanımlanmaktadır³⁷. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı üzere, sözleşme özgürlüğünden

³⁰ **Eren**, sh. 270. ; **Ateş**, sh. 36 vd. ; **Başpınar**, sh. 17.

³¹ **Erman** Hasan.: *Borçlar Hukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 38, Sayı, 1-4, İstanbul, 1973, sh. 602. ; **Eren**, sh. 268.

³² **Eren**, sh. 268.

³³ **Eren**, sh. 268.

³⁴ **Eren**, sh. 268.

³⁵ **Erman**, sh. 602.

³⁶ Sözleşme özgürlüğü prensibi, genel olarak Borçlar Hukuku alanında kabul edilmiş olup bu ilke, Borçlar Hukuku'nun dışındaki diğer hukuk alanlarında pek fazla uygulama olanağına sahip değildir. Örneğin, Aile Hukuku'ndaki evlenme, evlat edinme; Miras Hukuku'ndaki vasiyetname, miras sözleşmesi ; Eşya Hukuku'ndaki aynı hak hakların tesis edilmesine ilişkin sözleşme tipleri, yasa tarafından belirlenmiş ve belirlenen bu sözleşme tiplerin değiştirilmesi kural olarak tarafların iradesine bağlı kılınmamıştır. Dolayısıyla, bu alanlarda sözleşme özgürlüğü prensibi geçerli olarak kabul edilmemiştir. **Sirmen**, sh. 447. ; **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 111. Dpn. 2.

³⁷ **İnal** Tamer, *Borca Aykırılık ve Sonuçları*, İstanbul, 2004, sh. 130. ; **Karahasan** (Sorumluluk), sh. 255. ; **Yavuz**, *Borçlar Hukuku*, sh. 4. ; **Erman**, sh. 603. ; **Baştuğ**, sh. 58. ; **Akıntürk**, sh. 53. ; **Karahasan** (*Borçlar Hukuku*), sh. 266. ; **Kılıçoğlu**, (*Borçlar Hukuku*), sh. 52. ; **Zevkliler**, sh. 34. ;

bahsedilebilmesi, öncelikle irade özgürlüğünün varlığını zorunlu kılmaktadır. Eğer kişi, sözleşmeyi yapma ya da yapmama konusunda bir seçme özgürlüğüne sahip değilse, sözleşme özgürlüğünden de söz edilemez. Kişi, hiçbir dış baskı veya zorlama olmadan tamamen kendi özgür iradesi ile bir sözleşme kurabilmeli ve aynı şekilde bir sözleşme kurma teklifini reddedebilmelidir. Bu şekildeki bir özgürlük, sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğü olarak nitelendirilmekte ve sözleşme özgürlüğünün kapsamı içerisinde değerlendirilmektedir. Sözleşme kurma konusunda kişilere tanınan özgürlük, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de zorunlu kılmaktadır. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün kapsamı içerisinde değerlendirilen bir başka özgürlüktür. Öte yandan sözleşme özgürlüğü kişilere, sözleşmenin konusunu, kapsamını, şeklini, tipini serbestçe belirleyebilme serbestisini, yapılmış olan bir sözleşmenin hükümlerini, kısmen veya tamamen değiştirme, yeni ilaveler veya çıkarmalar yapma veya sözleşmeyi tamamen ortadan kaldırma özgürlüğünü de vermektedir³⁸. Burada sayılan özgürlükler, sözleşme özgürlüğünün kapsamı içerisinde değerlendirilen bir başka ifadeyle sözleşme özgürlüğünden doğan özgürlüklerdir. Ancak, tüm özgürlüklerde olduğu gibi sözleşme özgürlüğü de mutlak anlamda sınırsız olmayıp bir takım sınırlamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamalar, BK.'nın 19 ve 20'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Aşağıda, sözleşme özgürlüğünün kapsamına giren özgürlükler birer birer ele alınıp açıklanmaya çalışılacaktır.

2. Sözleşme Yapma Veya Sözleşme Yapmama Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü, ilk olarak kişilere, herhangi bir sözleşmeyi yapma ya da yapmama konusunda bir serbesti sağlamaktadır³⁹. Bu serbestinin bir gereği olarak kişiler, herhangi bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamayacakları gibi, herhangi bir

Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, sh. 155. ; **Sirmen**, sh. 447. ; **Eren**, sh. 270. ; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 362. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 501.

³⁸ **Şenyüz Doğan**, *Borçlar Hukuku*, 3. Baskı, Bursa, 2006, sh. 18. ; **Ardıç Oğuzhan**, **Ersol Emel**, *Borçlar Hukuku*, Ankara, 2007, sh. 58.

³⁹ **Eren**, sh. 270. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 505. ; **Sirmen**, sh. 446 vd. ; **Başpınar**, sh. 16. ; Yarg. 3. HD. T. 31.03.2005, E. 2005 / 2848, K. 2005 / 3514 sayılı Kararı. [Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 06.05.2007 tarihinde alınmıştır.]

sözleşmeyi yapmaktan da men edilemezler⁴⁰. *Borçlar Kanunu*'nda sözleşme yapma özgürlüğü [inikat özgürlüğü], açık bir şekilde düzenlenmemiş olmakla birlikte, bu özgürlük, BK.'nın düzenleme kapsamından ve sözleşme özgürlüğünün doğal bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır⁴¹. Gerçekten de, irade özgürlüğünün olmadığı bir hukuk sisteminde, sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir⁴². Yine kural olarak, *Borçlar Kanunumuz*, yasalarda belirtilen özel durumlar ayırık kalmak kaydıyla, hiç kimseye sözleşme yapma yükümlülüğü getirmemiş olması sebebiyle, sözleşme yapma ya da yapmama [inikat özgürlüğü] özgürlüğünü dolaylı olarak kabul etmiştir⁴³.

Sözleşme yapma [inikat] özgürlüğü ile sözleşme düzenleme özgürlüğü arasında çok yakın bir ilişki söz konusudur⁴⁴. Şöyle ki; sözleşme yapma özgürlüğünün olmadığı bir hukuk sisteminde düzenleme özgürlüğünden bahsedilemeyeceği gibi, sözleşme yapma yükümlülüğünün olduğu bir hukuk düzeninde, tarafların irade özgürlüğü kısıtlanmış olduğundan, düzenleme özgürlüğü ya hiç olmaz ya da çok kısıtlı olur⁴⁵.

Sözleşme özgürlüğü ile tanınan ilk özgürlük olan *sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğünün* istisnasını *sözleşme yapma zorunluluğu* oluşturur⁴⁶. Burada, kişilere tanınan irade özgürlüğüne değer verilmez. Kişi, belirli koşulların oluşması halinde sözleşme yapmakla yükümlü tutulmuştur. Böyle durumlarda kişi, sözleşme özgürlüğü prensibi arkasına sığınarak sözleşme yapmaktan kaçınmaz. Bu nedenle, buradaki durumu, sözleşme özgürlüğünün bir sınırlandırılması olarak değil, sözleşme özgürlüğünün istisnası olarak kabul etmek gerekir. O nedenle, sözleşme yapma zorunluluğu hallerinin sözleşme özgürlüğüne bir istisna teşkil etmesi, öte yandan, sözleşme özgürlüğünün sınırları kavramından farklı olması ve bu farkın daha iyi anlaşılabilmesi için, *sözleşme yapma zorunluluğu* hallerini, *sözleşme özgürlüğünün istisnaları* başlığı altında ikinci bölümde inceleyeceğiz.

⁴⁰ **Oğuzman Kemal / Öz Turgut** : *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, İstanbul, 2006, sh. 19. ; **Eren**, sh. 270. ; **Zevkliler**, sh. 35. ; **Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 52.

⁴¹ **Sirmen**, sh. 447. ; **Eren**, sh. 270-271.

⁴² **Eren**, sh. 271.

⁴³ **Sirmen**, sh. 447.

⁴⁴ **Eren**, sh. 271. ; **Sirmen**, sh. 447.

⁴⁵ **Eren**, sh. 271.

⁴⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 505. ; **Eren**, sh. 271.

3. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü, kural olarak sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü de içinde barındırır⁴⁷. Zira, sözleşmenin yapılıp yapılmamasında özgür olan bir kişinin, onu dilediği kimse ile yapılıp yapılmama konusunda da tam bir serbestiye sahip olacağı kuşkusuzdur. Bu kuralın sonucu olarak kişiler, istedikleri kişilerle sözleşme yapabilir, istemedikleri kişilerle sözleşme yapmaktan kaçınabilirler. Bu anlamda hiç kimse, istediği bir kimse ile sözleşme yapmaktan men edilemeyeceği gibi, istemediği bir kimse ile sözleşme yapmaya da zorlanamaz⁴⁸. Ancak, bu kural mutlak olmayıp bu kuralın yasalardan kaynaklanan bazı istisnaları vardır⁴⁹.

Yasalar, bazı durumlarda sözleşmenin karşı tarafını seçme konusunda kişilere seçme özgürlüğü tanımamıştır. Böyle durumlarda, kişilerin sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü kısıtlanmakta, bunlara, belirli koşulları haiz bulunan diğer kişilerle bir sözleşme yapma zorunluluğu getirilmektedir. Sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü, sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğü ile doğru orantılıdır. Sözleşme yapma özgürlüğünün olduğu bir durumda sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de evleviyetle vardır. Buna karşın, sözleşme kurma özgürlüğünün tanınmadığı bir başka ifadeyle sözleşme yapma zorunluluğunun getirildiği durumlarda, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünden söz edilemeyecektir⁵⁰. Çalışmamızın ikinci bölümünde, “sözleşme yapma zorunluluğu” başlığı altında incelediğimiz hallerin tamamında, kişilerin sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlükleri sınırlandırılmıştır. Örneğin, 6570 sayılı yasanın, 15’nci maddesi, kiralayan yönünden sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne bir kısıtlama getirmektedir⁵¹. Anılan maddeye göre ; *Kiralayan, 7’nci maddenin b, c, d bentlerinde*⁵² yazılı sebeplerden dolayı tahliye ettirdiği

⁴⁷ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, sh. 58. ; Eren, sh. 284. ; Oğuzman/Öz, sh. 19. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 505.

⁴⁸ Zevkliler, sh. 35. ; Oğuzman/Öz, sh. 19. ; Eren, sh. 284.

⁴⁹ Yavuz, *Borçlar Hukuku*, sh. 4-5. ; Zevkliler, sh. 35. ; Oğuzman/Öz, sh. 19.

⁵⁰ Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku*, sh. 55. ; Yavuz, sh. 4-5. ;

⁵¹ İnceoğlu, Mehmet Murat, *Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanununun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi*, M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, sh. 398.

⁵² 6570 sayılı yasanın 7. maddesinde kiralayanın tahliye davası açmasına imkan veren şartlar düzenlemiş olup anılan maddenin b bendinde aynen ; *Gayrimenkulü kendisi veya eşi veya çocukları için mesken*

gayrimenkulü mücbir sebep olmaksızın üç sene müddetle eski kiracısından başkasına kiralayamaz. Bu hüküm, hem sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüne hem de sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne bir kısıtlama getirmektedir. Maddede ifade edilen “*mücbir sebep olmaksızın üç sene müddetle kiralayamaz*” sözcüğüyle sözleşme yapma özgürlüğüne, “*Kiralayan ... eski kiracısından başkasına kiralayamaz.*” sözcüğüyle de sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne bir kısıtlama getirmektedir. Burada, kiralayana bir tercih hakkı verilmektedir. Bu tercih hakkına göre kiralayan, ya gayrimenkulünü 3 yıl müddetle kiraya vermeyecek yahut bu müddet içerisinde kiraya verecek ise eski kiracısına gayrimenkulünü kiralayacaktır. Buna aykırı davranış ise, aynı yasanın 16. maddesi gereğince altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası ile cezalandırılacağı belirtilmiştir. 6570 sayılı yasanın 15. maddesinin iki, üç ve dördüncü maddelerinde de benzer kısıtlamalar yer almaktadır.

Benzer şekilde, *bir mal veya hizmete fiili veya hukuki tekel şeklinde sahip olan kişi veya kuruluşlar*⁵³, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüne sahip değildirler⁵⁴. Bu kişiler, belirli koşulları haiz olan ve sözleşme yapmak için başvuran herkes ile sözleşme yapmak mecburiyetindedirler⁵⁵. Aksinin kabulü, kişiler arasında eşitsizliğe ve temel kamu hizmetlerinden yararlandırılmada ayrımcılık yapılması sonucuna neden olur ki bu, modern bir toplumlar açısından kabul edilebilir bir durum değildir.

olarak kullanma ihtiyacında kalırsa kira akdinin hitamında, c bendinde ; Gayrimenkulü kendisinin veya eşinin veya çocuklarının bir meslek veya sanatı bizzat icra etmesi için kullanma ihtiyacında ise kira akdinin hitamında, d bendinde ise ; Gayrimenkulü Medeni Kanun hükümlerine göre iktisabeden kimse kendisi veya eşi veya çocukları için tamamen veya kısmen mesken olarak ve yine kendisi veya eşi veya çocukları için bir meslek veya sanatın bizzat icrası maksadiyle iş yeri olarak kullanma ihtiyacında ise iktisap tarihinden itibaren bir ay zarfında kiracıyı keyfiyetten ihbarname ile haberdar etmek şartıyla altı ay sonra, tahliye davası açabileceği düzenlenmiştir.

⁵³ Örneğin, İgdaş, İski, Bedaş, Türk Telekom, Tedd, Tekel vb kurum ve kuruluşlar buna örnek olarak gösterilebilir.

⁵⁴ Eren, sh. 284. ; Zevkliler, sh. 35-36. ; Yavuz , Borçlar Hukuku, sh. 4-5.

⁵⁵ Zevkliler, sh. 35-36.

4. Sözleşmenin Konusunu Belirleme ve Düzenleme Özgürlüğü

Kural olarak, sözleşme yapan kişiler, yapmış oldukları sözleşmelerinin konusunu, kapsamını, koşullarını özgürce belirleyebilme hakkına sahiptirler⁵⁶. Bu özgürlüğün sonucu olarak kişiler, herhangi bir akit tipine bağlı kalmak zorunda da değildirler⁵⁷. Taraflar, yapacak oldukları sözleşmelerde yasalarda belirlenmiş olan bir akit tipini seçebilecekleri gibi yasalarda hiç düzenlenmemiş bir akit tipini de seçebilirler⁵⁸. Aynı zamanda, yasalarda yer alan bir veya birkaç akit tipine ilişkin unsurları bir araya getirmek suretiyle karma bir akit tipini de belirleyebilirler⁵⁹. Tarafların, yapacak oldukları aktin tipini serbestçe belirleyebilme özgürlüğüne *tip özgürlüğü* ya da *tip serbestisi* denilmektedir⁶⁰. *Tip serbestisi*, kural olarak borçlar hukukuna giren sözleşmelerde kabul edilen bir kavram olup Aile, Miras, Eşya Hukukuna ilişkin sözleşmelerde sözkonusu değildir⁶¹. Diğer taraftan, tarafların yapacak oldukları sözleşmenin konusu ve koşullarını belirlemedeki özgürlükleri de sınırsız değildir⁶². Bu özgürlük, Borçlar Kanununun 19/II ve 20/I'nci maddelerinde belirtilen

⁵⁶ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 54-55. ; **Eren**, sh. 284 vd.. ; **Zevkliler**, sh. 46. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 20.

⁵⁷ **Kuntalp** Erden, Karışık Muhtevalı Akit, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1971, sh. 9.; **Oğuzman/Öz**, sh. 20. ;

⁵⁸ **Ataay**, A. ; *Şahıslar Hukuku*. 3. Baskı. İstanbul, 1978, sh. 249. ; **Kuntalp**, sh. 9. ; **Zevkliler**, sh. 46. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 54. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 19. **Eren**, sh. 285 ; Yarg. 1987 tarihli bir kararında; Cumhuriyet altını üzerinden yapılan bir kira sözleşmesini BK. 19'da öngörülen sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirmiş, Cumhuriyet altını üzerinden yapılan kira sözleşmesinin BK.m.20 gereğince butlanı gerektirir bir durum olmadığına ve sözleşmenin geçerli olduğuna karar vermiştir. (Yarg. HGK. T. 17.06.1987, E. 1986/13-734, K. 1987/ 517 Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 16.07.2007 tarihinde alınmıştır.)

⁵⁹ **Oğuzman/Öz**, sh. 20. ; Sözleşmeler, yasalarda düzenlenmiş olup olmamalarına göre başlıca ikiye ayrılırlar. Unsurları ve bunların bir araya gelme tarzlarının kanunda açık bir biçimde düzenlendiği Sözleşmelere “tipik sözleşmeler”; unsurlarının tamamının veya bir kısmının, yahut bu unsurların bir araya geliş tarzının kanunda düzenlenmemiş olduğu akitlere “isimsiz sözleşmeler” denilir. İsimsiz sözleşmeler de, ihtiva ettikleri unsurların tipik akitlere ait olup olmamalarına göre kendi içerisinde bir ayrıma tabi tutulmaktadır. Buna göre, eğer bir sözleşme, yasalarda düzenlenmiş olan akit tiplerine ait unsurlardan hiçbirisini taşııyorsa bu “atipik” bir başka ifade ile “kendine özgü tabiatı olan sözleşme” olarak adlandırılmaktadır. Sulh sözleşmesi, garanti sözleşmesi, satış için bırakma sözleşmesi bu tipe örnek olarak gösterilebilir. Diğer taraftan, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelere ait unsurların tamamının veya bir kısmının, kanunun öngörmediği bir şekilde bir sözleşmede bir araya gelmesi ile oluşan sözleşmeye ise “karışık muhtevalı sözleşme” denilmektedir. Bu sözleşmenin özelliği, bir bütün olarak gözönüne alındığında kanunen düzenlenmemiş; fakat unsurları veya kendisinden doğan edimler açısından kanunen düzenlenmiş bir sözleşme karakterini göstermesidir. Örneğin, kapıcılık sözleşmesi, arsa payı karşılığı kat sözleşmesi buna örnek olarak verilebilir. **Kuntalp**, sh. 10 vd.

⁶⁰ **Oğuzman/Öz**, sh. 20. ; **Kuntalp**, sh. 52. ; **Erman**, sh. 604.

⁶¹ **Eren**, sh. 285. ; **Ataay** , sh. 249.

⁶² **Oğuzman/Öz**, sh. 20. ; **Eren**, sh. 285. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 54 vd.

hususlarla sınırlandırılmıştır⁶³. Bunlar, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını teşkil etmekte olup, kapsamı ve önemi itibarıyla bu sınırlandırmalar *sözleşme özgürlüğünün sınırları* başlığı altında üçüncü bölümde ele alınarak incelenecektir.

5. Sözleşmeyi Değiştirme Veya Ortadan Kaldırma Özgürlüğü (Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi)

Kural olarak sözleşme özgürlüğü taraflara, yapmış oldukları sözleşmeyi değiştirebilme veya ortadan kaldırabilme özgürlüğünü de tanır⁶⁴. Ancak, bunun yapılabilmesi için, her iki tarafın da sözleşmenin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması yolunda bir anlaşmaya varmış olmaları şarttır⁶⁵. Buna karşın, bir tarafın sözleşmeyi değiştirmeyi veya ortadan kaldırmayı istemesine rağmen diğer tarafın buna rıza göstermemesi halinde sözleşme, tek taraflı olarak değiştirilemez veya ortadan kaldırılamaz. Karşı tarafın rızası hilafına sözleşmeyi değiştiren veya ortadan kaldıran taraf, sözleşmeye aykırı hareket etmiş olur. Sözleşmeye aykırı hareket eden taraf, diğer tarafın bu yüzden uğramış olduğu zararları tazmin etmekle yükümlü tutulabilir⁶⁶.

Ancak bazı hallerde, taraflardan birisi sözleşmenin değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına rıza göstermemiş olsa dahi sözleşme değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir⁶⁷. Bunu sağlayan hukuki müessese, hakimin sözleşmeye müdahalesidir⁶⁸.

⁶³ **Yavuz** , Borçlar Hukuku,sh. 5. ; **Eren**, sh. 285. ; **Ataay** , sh. 294 vd. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 54 vd. ; Yarg. HGK. T. 23.06.2006, E. 2004/19-346, K. 2004/374 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 13.09.2007 tarihinde alınmıştır.)

⁶⁴ **Zevkliler**, sh. 36. ; **Eren**, sh. 284. ; **Yavuz** , Borçlar Hukuku,sh. 5. ; **İnceoğlu**, sh. 392.

⁶⁵ **Yavuz** , Borçlar Hukuku,sh. 5. ; **Zevkliler**, sh. 36.

⁶⁶ **Zevkliler**, sh. 36.

⁶⁷ **İnceoğlu**, sh. 392.

⁶⁸ Hakimin sözleşmeye müdahalesinin altında yatan düşünce, *Clausula rebus sic stantibus* veya *emprevizyon* teorisi olarak adlandırılan, sözleşme şartlarının değişmediği sürece aynen uygulanması görüşüdür. (**Akyol Şener**, *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı*, 2. Bası, İstanbul 2006, sh. 85 vd. ; **Camcı**, Ömer: *Taşınmaz Kirasında Uyarılma Davaları*. İstanbul, 1997, sh. 12.) Bu görüşe göre, sözleşme kurulduğu anda edimler arasında var olan denge, sonradan şartların olağanüstü değişmesi sonucunda taraflardan birisi aleyhine önemli ölçüde bozulabilir. (**Camcı**, sh. 1. ; **Akyol**, sh. 89.) Edimler arasındaki var olan dengeyi aşırı derece bozan olağanüstü hallerde örnek olarak savaş, su baskını, deprem, şok ekonomik krizler, enflasyonun aşırı yükselmesi, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi, ekonomide ağırlığı olan büyük bankaların iflas etmesi, yüksek oranda yeni vergilerin konması, ithalat veya iharacat yasağı getirilmesi gibi haller örnek olarak gösterilebilir. (**Kaplan** İbrahim, *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 2. Baskı, Ankara 2007, sh. 147. ; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 368-369. ; Yarg. HGK. T. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599 sayılı kararı.) Bu örneklerin ortak yönü tarafların iradesi dışında gelişen ve önceden

Tarafların, sözleşmenin değiştirilmesi veya ortadan kaldırılmasına ilişkin ortak bir karara varamadıkları durumlarda sözleşmenin, taraflardan birinin başvurusu üzerine, hakimin kendi koymuş olduğu bir kuralla sözleşmenin bazı koşullarını değiştirmesi veya sözleşmeyi bütünüyle ortadan kaldırmasına ilişkin kararına hakimin sözleşmeye müdahalesi denir⁶⁹. Hakimin, tarafların başvurusu üzerine sözleşmeyi değiştirmesi veya ortadan kaldırmasına yönelik kararı ile sözleşme yeni bir biçime bürünmektedir. Sözleşmenin bu yeni biçimi, tarafların sözleşmeyi kurarken oluşturmuş oldukları biçimden farklı bir biçimdir. Zira, bu şekildeki bir karar, tarafların sözleşmeyi kurarken oluşturmuş olduğu ortak iradeleri değiştiren, bu iradelerin yerine geçen nitelikte bir karardır⁷⁰. Bir başka ifadeyle, bu şekildeki bir hakim kararı, kurucu [inşai] etkiye

kestirilmesi mümkün olmayan sosyal, ekonomik veya siyasi nitelikteki olaylar olmasıdır. Taraflar arasında sözleşmenin kuruluşunda var olan dengenin bozulması halinde, denge aleyhine bozulan tarafı o sözleşme ile bağlı tutmak ve sözleşmenin ayen uygulanmasını istemek, adalet, doğruluk ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 1005. ; Akyol, sh. 89. ; Camcı, sh. 16. ; Ertürk, sh. 447. ; Kaplan, sh. 118-119.) İşte böyle bir durum, sözleşmeye bağlılık ilkesi ile sözleşme adaleti ilkesi arasında bir çatışmaya sebebiyet verir. İşte hukuk alanında ortaya çıkan bu zıtlık *Clausula Rebus Sic Stantibus* [Beklenmeyen hal şartı- Sözleşmenin değişen şartlara uydurulması] kuramı ile giderilmeye çalışılmaktadır. Bu kuramın şartlarının olduğu durumlarda, denge aleyhine bozulan taraf hakimden, sözleşmeye müdahale etmesini talep edebilecektir. (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 1006. ; Burcuoğlu, H.: *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılama*. (Uyarılama) İstanbul, 1995, sh. 14. Hakim böyle bir durumda, ya sözleşmenin tamamen ortadan kaldırılmasına karar verecek ya da sözleşme koşullarının yeni duruma göre uyarlanmasına karar verecek ve bu kararlar sözleşmede edimler arasında bozulan dengeyi yeniden tesis edecektir. Burcuoğlu, (Uyarılama), sh. 14.; (Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 1006. ; Kaplan, sh. 121-122.) Sözleşmenin mümkün olduğunca ayakta tutulması ilkesinden hareketle hakim, önüne gelen bir olayda öncelikle sözleşmenin ayakta tutulması için gerekli koşulların varlığını arayacak, bunun mümkün olmaması halinde ise sözleşmeyi ortadan kaldırmak yoluyla taraflar arasındaki ilişkiyi sona erdirmeyi tercih edecektir.

⁶⁹ Hakimin sözleşmeye müdahalesi, dar ve geniş anlamda olmak üzere ikiye ayrılmaktadır. *Geniş anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi*, hakimin sözleşmenin değiştirilmesine yönelik olarak yapmış olduğu her türlü işlem, vermiş olduğu her türlü karar olarak tanımlanmaktadır. (Kaplan, sh. 21.) Bir başka ifadeyle, hakimin sözleşmenin yorumlanmasına, tamamlanması veya değişik şartlara uyarlanmasına ilişkin vermiş olduğu her türlü karar geniş anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi olarak nitelendirilmektedir. (Kaplan, sh.21.) Buna karşılık *dar anlamda hakimin sözleşmeye müdahalesi*, hakimin sözleşme serbestisinin genel sınırlamalarına başvurmaksızın, kendi koymuş olduğu bir kuralla mevcut sözleşmeyi değiştirmesi veya ortadan kaldırılmasına ilişkin kararı olarak tanımlanmaktadır. (Kaplan, sh. 23-25.) Kaplan, sh. 25.

⁷⁰ Hakimin sözleşmeye müdahalesi, ülkemizde meydana gelen ekonomik krizler nedeniyle uygulama olanağı bulmuştur. Özellikle 1994 ve 1999 ve 2001 krizlerinde dövizdeki aşırı dalgalanmalar nedeniyle edimler arasındaki denge bozulmuş ve dövizle borçlanan kişiler, sözleşmenin yeni duruma uyarlanması için hakimin sözleşmeye müdahalesini talep etmişlerdir. Bu konuda açılan davaların ciddi bir yekün oluşturması nedeniyle Yargıtay tarafından bu konuya ilişkin içtihatlar oluşturulmuştur. Buna göre uyarılama davalarının dinlenebilmesi için, önce sözleşmede daha sonra yasada bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenecektir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasını talep etmek M.K. Md. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı bir nispetsizlik çıkmışsa uyarılama yine yapılmalıdır. İşlem temelinin çöküşüne ilişkin uyumsuzlukların giderilmesinde kaynak olarak Medeni Yasa'nın

sahiptir⁷¹. Tarafların, sözleşmenin değiştirilmesine ilişkin ortak arzuları olmamasına rağmen, bir tarafın başvurusu üzerine hakimın sözleşmenin bir veya bir kaç hükmünü değiştirmesi, sözleşmenin ancak tarafların ortak arzuları ile değiştirilebileceği ilkesine ters düşer. Zira anılan ilke, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde taraflara, ortak irade çerçevesinde sözleşme üzerinde diledikleri gibi tasarrufta bulunma yetkisi vermektedir. Buna göre taraflar, karşılıklı anlaşmak koşuluyla, sözleşmenin bir veya birkaç hükmünü ya da tamamını değiştirebilir yahut sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak bunun yapılabilmesi için olması gereken asgari koşul, tarafların iradelerin uyuşmasıdır. Tarafların iradelerinin uyuşmamasına rağmen, bir tarafın sözleşmeyi değiştirmesi veya sözleşmeyi ortadan kaldırması akde aykırılık teşkil eder. Ancak, taraflardan birisinin sözleşmeyi tek yanlı değiştirmek yerine bu değişikliği hakime müracaat ile gerçekleştirmesi durumunda ortada bir akte aykırılık olmayacaktır. Hakim, yapacağı inceleme sonucunda sözleşmenin bir veya birkaç hükmünün değiştirilmesine veya sözleşmenin bütünüyle ortadan kaldırılmasına karar verir ise bu kararla sözleşme değişecek veya ortadan kalkacaktır. Bu şekildeki bir değişiklik hakim kararı ile meydana geleceğinden akde aykırılık teşkil etmeyecek ancak, sözleşmenin değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına ilişkin taraf iradeleri uyuşmamış olmasına rağmen anılan değişiklik gerçekleşeceğinden bu durum sözleşme özgürlüğüne bir müdahale anlamına gelecektir.

Öte yandan, hakimın bu şekilde sözleşmeye müdahalesi bir başka hukuk ilkesi olan *sözleşmeye bağlılık* [*Ahde Vefa - Pacta Sund Servanda*] ilkesi ile çatışmaktadır. Gerçekten de *sözleşmeye bağlılık*, özel hukukun en temel ilkelerinden birisidir⁷². Bu

1, 2 ve 4 ncü maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Bu tür davalarda hakimın gözönünde tutacağı temel esaslar ise genel hatları ile şu şekilde belirtilmiştir. “Sözleşmeye bağlılık ve saygı esastır, uyarılma daima yardımcı çözüm olarak düşünülmelidir. Karar verilirken sözleşmeye yönelik ve bağlantılı değerlendirmeler yapılmalı, özellikle tarafların farazi iradeleri yani taraflar sözleşmede açık kalmış hukuki meseleyi sözleşmenin in’ikadı sırasında düzenlemiş olsalardı doğru ve menkul düşünen taraflar olarak neyi kararlaştırabileceklerinin tespitine önem verilmelidir.”Yarg. HGK.’nın T. 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340 sayılı kararı. ; Yarg. HGK., T., 17.9.1997 E. 1997/11-460, K. 1997/651 sayılı kararı ; Yarg. HGK.’nın T. 3.2.1998., E: 1987/11 - 411 K.1988/66 sayılı kararı ; Yarg. HGK.’nın T. 1.7.1992., E. 1992/13 - 360 K.1992/425 sayılı kararı ; Yarg. HGK.’nın T., 6.4.1995, E.1995/145 K: 1995/3339 sayılı kararı. Yarg. HGK.’nın T. 04.02.1999, E. 1999/22, K. 1999/254 sayılı kararı ; Yarg. 13. HD.’sinin T. 18.02.1999, E. 1999/315, K. 1999/995 sayılı kararı. ; zancı İçtihat Bilgi Bankasından 13.05.2008 tarihinde alınmıştır.]

⁷¹ Kaplan, sh. 23.

⁷² Burcuoğlu Haluk. : *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma*, İstanbul, 1995, sh. 6. ; Tunçomağ Kenan. : *Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) İle İlgili Objektif*

ilke, sözleşmenin yapıldığı şekliyle aynen uygulanmasını öngörerek sözleşmeye ve sözleşenlerin iradesine üstünlük tanımaktadır⁷³. Bu ilkeye göre, sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, kararlaştırılan edimler dengesi sonradan çıkan olaylar nedeniyle değişmiş olsa dahi borçlu, sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir⁷⁴. Bu ilke, hukuki hayatta güveni sağlar⁷⁵. Bu ilkenin karşısında *sözleşme adaleti* adı verilen bir başka ilke daha vardır ki, bu ilke *sözleşmeye bağlılık* ilkesini sınırlar⁷⁶. Bu ilkeye göre, sözleşmenin kurulduğu sırada edimler arasında var olan denge, sözleşme sona erinceye kadar korunmalıdır⁷⁷. Bunun bir sonucu olarak, edimler arasındaki dengenin değiştiği hallerde sözleşmenin de yeni durumlara göre değiştirilmesi ve edimler arasındaki dengenin yeniden tesis edilmesi gerekir⁷⁸. Acaba, bu iki özel hukuk ilkesinin çatışması halinde bunlardan hangisine üstünlük tanımak gerekecektir ? Eğer, *sözleşme özgürlüğü* ilkesi mutlak olarak kabul edilecek olursa, şartlar değişmiş olsa dahi eğer taraflar, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda mutabakata varamamışlarsa, hakim sözleşmeye müdahale edemeyecek ve sözleşme aynen yapıldığı şekliyle uygulanmak zorunda kalacaktır. Buna karşın, *sözleşme adaleti* ilkesini kabul ettiğimiz durumda, taraflar değişiklik hususunda mutabakata varamamış olmaları halinde dahi sözleşme, şartların oluşması koşuluyla, taraflardan birisinin başvurusu üzerine hakim kararıyla değiştirilebilecektir. Böyle bir karar, tarafların sözleşmenin kurulması sırasındaki iradelerini ortadan kaldıracı, bunun yerine bir tarafın iradesine uygun olmayan yeni bir düzenleme getirici nitelikte olduğundan sözleşme özgürlüğüne bir kısıtlama teşkil edecektir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, irade özgürlüğü prensibinin hukuk alanındaki bir yansıması olduğundan, sözleşmenin, tarafların özgür iradeleri doğrultusunda şekillenmesine ve ortadan kaldırılmasına büyük önem verir. Bu nedenle, sözleşmenin kurulması, değiştirilmesi veya sona erdirilmesi sırasında tarafların özgür iradelerini etkileyen her unsur, taraf iradelerine ve dolayısıyla sözleşme özgürlüğüne müdahale

Görüşler, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 31-32, Sayı, 1-4, İstanbul, 1966-1967, (Muamelenin Temeli), sh. 885. ; **Kaplan**, sh. 118. ; **Ertürk** , sh. 446-447.

⁷³ **Camcı** Ömer, *Taşınmaz Kirasında Uyarlama Davaları*, İstanbul, 1997, sh. 1. ; **Ertürk** Erkan, *Uygulamada Kira Tespiti ve Uyarlama Davaları*, Ankara, 2005, sh. 446. ; **Burcuoğlu** , sh. 6.

⁷⁴ **Burcuoğlu**, Uyarlama, sh. 6. ; **Ertürk** , sh. 446. ; **Camcı** , sh. 1. ; **Kaplan**, sh. 118.

⁷⁵ **Tunçomağ**, (Muamelenin Temeli), sh. 885. ; **Ertürk** , sh. 96. ; **Kaplan**, sh. 118.

⁷⁶ **Burcuoğlu** , Uyarlama, sh. 5. ; **Kaplan**, sh. 119.

⁷⁷ **Tunçomağ**, (Muamelenin Temeli), sh. 885. ; **Ertürk** , sh. 447. ; **Kaplan**, sh. 118-119.

⁷⁸ **Tunçomağ**, (Muamelenin Temeli), sh. 885. ; **Ertürk** , sh. 447. ; **Kaplan**, sh. 118-119.

teşkil eder. Asıl olan, sözleşmenin, tarafların iradesi dışındaki tüm etkilerden uzak olmasıdır. Tarafların ortak iradeleri bulunmamasına rağmen, bir tarafın sözleşmenin değiştirilmesine yönelik isteği sonucunda hakimin sözleşmenin bir veya bir kaç hükmünü değiştirmesine yönelik sözleşmeye müdahalesi, sözleşmenin tarafların ortak ve serbest iradeleri ile şekilleneceğine ilişkin sözleşme özgürlüğü ilkesine bir müdahale teşkil edeceği kanaatindeyiz. Ancak, belirli bazı durumlarda, taraflar arasında bozulan edimler dengesini düzeltmek ve böylece adaletin sözleşenler arasında yeniden tesisini sağlayabilmek bakımından hakimin sözleşmeye müdahalesi müessesesini kabul etmek gerekir.

6. Sözleşmenin Şeklini (Biçimini) Belirleme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğü, taraflara, yapacak oldukları sözleşmenin şeklini de özgürce belirleyebilmelerine imkan tanımaktadır⁷⁹. Tarafların, sözleşmenin şeklini özgürce belirleyebileceklerine dair “*şekil özgürlüğü ilkesi*” Borçlar Kanunu’nun 11/I. maddesinde ;“ *Bir sözleşmenin geçerliliği, kanunda açıkça belirtilmiş olmadığı müddetçe hiçbir şekle tabi değildir.*” şeklinde ifade edilmiştir⁸⁰. Anılan ilke uyarınca taraflar, yapacak oldukları sözleşmenin şeklini diledikleri şekilde kararlaştırabilirler⁸¹. Bunun anlamı, tarafların yazılı, sözlü veya resmi şekilden herhangi birisini seçmek

⁷⁹ Şekil, doktrinde çeşitli açılardan sınıflandırılmaktadır. Buna göre, kanun, bir hukuki işlemin yapılması için bir şekil öngörüyorsa bu kural olarak geçerlilik şartıdır. Anılan hukuki işlem, kanunda belirtilen şekle uyulmadığı müddetçe geçerli olmaz. Buna karşın, ispat şartı olarak kararlaştırılan şekilde, hukuki işlemin geçersizliği söz konusu olmayıp sadece ispatı gerçekleştirilememektedir. Böyle bir durumda, ispat şekline uymadan hukuki işlemi gerçekleştiren taraf, hukuki işlemin varlığını yemin veya ikrar gibi yollardan gerçekleştirebilir. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 273.- 274. ; **Eren**, sh. 240-241.; Bir hukuki işlemin geçerliliği değilde ispat edilebilmesi belirli bir şekle bağlanmışsa buna ispat şartı denilmektedir. Örneğin, HUMK. 288’de belirtilen miktar aşan hukuki işlemler ancak senetle ispat olunabilir. Bunun haricinde taraflar da, bir hukuki ilişkisinin belirli bir şekilde ispat edilmesine ilişkin ispat şekilleri kararlaştırabilirler. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 273. ; **Eren**, sh. 240-241.; Burada hukuki işlemin geçerliliği şekle bağlanmamış, bu hukuki işlemin ispat edilebilmesi belirli bir şekle bağlanmıştır. Geçerlilik şekline uygun olarak yapılmış her hukuki işlem, aynı zamanda ispat şartını da yerine getirmesine karşın, ispat şartına uygun olarak yapılmış her işlem geçerlilik şartını yerine getirmiş olmaz. Örneğin, bir kimsenin bir arkadaşının borcu için “Ahmetin, Mehmet’e olan borcuna kefil oluyorum” şeklindeki bir beyanı, ispat şartı açısından kefaletin varlığı için yeterli olsa da, BK. 484’te belirtilen yasal koşulları taşımadığından geçerlilik şartını yerine getirmemiştir. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 276.

⁸⁰ **İnceoğlu**, sh. 392.; **Ataay** , sh. 248. ; **Zevkliler**, sh. 36. ; **Yavuz** , Borçlar Hukuku, sh. 5. ; **Eren**, sh. 284. ; **Ateş**, sh. 54 vd.

⁸¹ **Eren**, sh. 284. ; **Ataay** , sh. 248. ; **Zevkliler**, sh. 36. ; **Yavuz** , Borçlar Hukuku, sh. 5. ; **Ateş**, sh. 54 vd.

suretiyle sözleşme yapabilecekleridir⁸². Hazırlanan *Borçlar Kanunu Tasarısı* 'nda şekil özgürlüğü ilkesi aynen korunmuştur⁸³.

BK. 11/II'de ise, şekil serbestisinin istisnasına yer verilmiştir⁸⁴. Buna göre, bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılacağı bir yasa hükmü ile belirlenmiş ise taraflar, yasayla belirlenen bu şekle uymak zorundadırlar⁸⁵. Böyle bir durumda, şekil serbestisi ilkesi geçerliliğini yitirir bunun yerini şekle uyma zorunluğu ilkesi alır. Yasayla belirtilmiş olan bu zorunlu sözleşme yapma biçimine *geçerlilik koşulu [sıhhat şartı]* denilmektedir⁸⁶. BK 11/II, şekle uyulmadan yapılan sözleşmelerin geçersizlik yaptırımına tabi olacağını söylemektedir. Ancak, BK. 11/II'de ifade edilen geçersizliğin niteliği konusunda doktrinde fikir birliği bulunmamakta bu konuda çeşitli görüşleri ileri sürülmektedir. Bu görüşlerin başında, şekle uyulmadan yapılan hukuki işlemlerin *yokluk* yaptırımına tabi olduğunu savunan *yokluk görüşüdür*⁸⁷. Bu görüşe göre bir hukuki işlem, yasanın ya da tarafların öngördüğü şekilde yapılmamış ise o sözleşme *yok* hükmündedir. Yani, böyle bir sözleşme hiç doğmamış ve hukuk alanında var olmamıştır. Bu görüş, yasa ile veya taraflarça kararlaştırılmış olan şekli, hukuki işlemin

⁸² **Zevkliler**, sh. 36. ; **Ateş**, sh. 55.

⁸³ Şekil serbestisi ilkesi, BKT'nin 12'nci maddesinde düzenlenmiştir. Anılan düzenlemeye göre; "*Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Yürürlükteki BK. 11/I ile BKT'nin bunu karşılayan 12/I maddesi arasında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. Tasarının madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, madde arılaştırılmış olup onun haricinde her iki düzenleme arasında bir farklılık söz konusu değildir.

⁸⁴ Yürürlükteki BK.11/II ile bunu karşılayan Tasarının 12/II arasındaki en önemli fark, kanunda düzenlenen sözleşmelerin kural olarak geçerlilik şekli olduğu belirtilerek bu konudaki duraksamalar ortadan kaldırılmıştır. İkinci cümlesinde ise, *öngörülen şekle uyulmadan kurulan sözleşmelerin kesin yaptırımına bağlı olduğu* açıklanmış ve mevcut BK'nın 11/II fıkrası güncel dile tercüme edilmiştir.

⁸⁵ Yarg. 14. HD. T. 14.11.2006, E. 2006/13020, K.2006/13069 sayılı kararında; Arsa payı karşılığı kat yapımı sözleşmesinde, yüklenicinin, arsa sahibinden olan alacak hakkının 3. kişi tarafından kendisine temlik edildiğine ve anılan temlik gereği yüklenicinin arsa sahibinden talep edeceği dairenin adına tescil edilmesine ilişkin açmış olduğu davada, yüklenici ile 3. kişi arasındaki temlik sözleşmesinin yazılı olarak yapılması gerekirken sözlü olarak yapıldığı, BK. m. 11/II ve BK. m 163 uyarınca sözlü olarak yapılan temlik sözleşmesinin geçerli olmayacağına karar vermiştir. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası'ndan 23.09.2007 tarihinde alınmıştır.)

⁸⁶ **Zevkliler**, sh. 36. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 273. ; Örneğin, BK. m. 163'de düzenlenen alacağın temliki, BK. m. 213'de düzenlenen gayrimenkullerin satımına dair sözleşme, yine BK. m. 22 ve 213/II'de ifadesini bulan gayrimenkul satış vaadi sözleşmesi, BK. m. 238'de düzenlenen bağışlama vaadi, BK. m. 484'te belirtile kefalet sözleşmesi, BK. m. 508'de düzenlenen kaydı hayat ile irad sözleşmesi, BK. m. 512'de düzenlenen ölüncüye kadar bakma sözleşmeleri için yazılı şekil koşulu öngörülmüş olup bu şekle uyulmadan yapılan sözleşmelerin batılacağı BK. m. 11/II'de açık bir şekilde belirtilmiştir.

⁸⁷ Bu görüş, İsviçreli Keller/Schöbi ve Furrer tarafından ileri sürülmüş ve savunulmuştur. **Eren**, sh. 264. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 309.

geçerlilik şartı olarak değil, kuruluş şartı olarak görmektedir⁸⁸. Bu görüş, öğretide fazla taraftar bulmamıştır.

İkinci görüşe göre⁸⁹, buradaki geçersizlikten kastedilen “butlan” yaptırımıdır. Bu görüşe göre, yasada öngörülmüş olan şekil şartı emredici niteliktedir. Bu nedenle, şekil eksikliği taraflarca ileri sürülmemiş olsa dahi hakim tarafından yargılamanın her safhasında re’sen gözetilir.

Üçüncü görüş⁹⁰ ise, kesin hükümsüzlük görüşünün katılığını ortadan kaldırmayı amaçlayan bu konuda hukuki işlemin taraflarına bir defa imkanı tanıyan bir görüştür. Bu görüş, kendine özgü hükümsüzlük [sui generis] görüşü olarak adlandırılmaktadır. Buna göre şekil, tarafları koruma amacı güden, onları, bir hukuki işlemi yaparken düşünmeye sevk ederek düşüncesizce hareket etmeleri önlemek için getirilen bir hukuki müessesedir. Dolayısıyla taraflar, bir hukuki işlemde doğan borçlarını bilerek ve isteyerek ifa etmişler ise yasanın onlara tanımış olduğu bu korumadan zımnen feragat etmişlerdir. Bu nedenle, şekil eksikliği taraflar ileri sürmediği müddetçe hakim tarafından re’sen göz önüne alınmamalıdır.

Aynı şekilde, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak taraflar, BK. m. 16/I uyarınca yasa uyarınca yapılması herhangi bir şekle bağlanmamış olan bir sözleşmenin belirli bir şekilde yapılmasını da kararlaştırmaları mümkündür.⁹¹ Taraflar, bu şekli bir geçerlilik şekli olarak kararlaştırabilecekleri gibi bir ispat şartı olarak da kararlaştırabilirler. Taraflarca kararlaştırılan bu şeklin geçerlilik şekli mi yoksa ispat şartı mı olduğu hususu hakim tarafından yorum yoluyla belirlenecektir. Ancak, bir hukuki işlem yasa ile herhangi bir şekle bağlanmamış, buna mukabil taraflar bu hukuki işlemin gerçekleşmesini belirli bir şekle tabi tutmuşlar ise taraflarca kararlaştırılan bu şeklin *geçerlilik şekli* olduğu konusunda BK. 16 bir karene koymuştur. Bu karinenin aksi her zaman ispat edilebilir. Taraflarca, geçerlilik şekline bağlı tutulan bir sözleşme, kararlaştırılan şekilde yapılmaz ise aynen BK. 11/II’de olduğu gibi geçersizlik

⁸⁸ Eren, sh. 264.

⁸⁹ Bu görüş klasik görüş olarak da adlandırılmakta olup Türk ve İsviçre doktrini tarafından hakim görüş olarak benimsenmiştir. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 311. ; Eren, sh. 260 vd.

⁹⁰ Bu görüş, son yıllarda doktrinde savunulan ve oldukça taraftar toplayan bir görüştür. Eren, sh. 262.

⁹¹ Ataay, sh. 248-249.

yaptırımına tabi tutulacaktır. Bu geçersizliğin hukuki niteliği konusunda yukarıda doktrinde ileri sürülen görüşlere atıf yapmakla birlikte kanaatimizde buradaki geçersizlik yaptırımının *kendine özgü geçersizlik yaptırımı* olduğu kanaatindeyiz. Zira, buradaki şekle aykırılık BK. 11/II'deki kadar ağır sonuçlara yol açmayacaktır. Her şeyden önce buradaki şekle aykırılık kamu düzenini ihlal eden bir nitelikte olmayıp yalnızca taraflar arasında etkili sonuçlar doğuracaktır. Öte yandan, karşılaştırılan şekle aykırılık yalnızca taraflar arasında sonuç doğuracağından taraflardan birisince bu durum ileri sürülmedikçe hakim tarafından re'sen göz önüne alınamayacaktır.

II. BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN İSTİSNALARI (SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU)

I. GENEL OLARAK

Borçlar Kanunu'nda kural, sözleşme yapma ya da yapmama [inikat özgürlüğü] özgürlüğü olsa da, bu kurala yasalardan kaynaklanan bazı sınırlamalar getirilmektedir⁹². Sözleşme yapma özgürlüğünün istisnasını, *sözleşme yapma zorunluluğu* [sözleşme yapma yükümlülüğü] oluşturur⁹³. Liberal ekonomiyi benimsemiş olan ülkelerde, serbest piyasa koşullarında meydana gelebilecek adaletsizliklerin ve eşitsizliklerin önüne geçilebilmesi için yasa koyucu, bazı durumlarda tarafları sözleşme yapmaya zorlayarak, *sözleşme yapıp yapmama ve dilediği kimse ile sözleşme yapma özgürlüğünü*

⁹² Eren, sh. 271 . ; Zevkliler, sh. 35. ; Erman, sh. 603. ; Yavuz , Borçlar Hukuku,sh. 4. ; Oğuzman / Öz, sh. 144 vd. ; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 154 vd. ; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku , sh. 52 vd. ; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 111. ; Şenyüz , sh. 19. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 505.

⁹³ Eren, sh. 271.

sınırlamıştır⁹⁴. Fiili veya hukuki tekel olma durumu buna örnek gösterilebilir⁹⁵. Bu gibi durumlarda kişiler, tekel durumunda bulunan bu işletmelere başvurduklarında, işletmeler, sözleşme özgürlüğünü gerekçe göstererek mal ve hizmet arzından kaçınabilir veya gerçek değerinin çok üzerinde bir fiyatla mal veya hizmet satışını gerçekleştirebilirler. Bu nedenle, kişilerin sahip oldukları fiili veya hukuki güçlerininin kötüye kullanılmasını engellemek ve böylece toplumdaki barışı ve sosyal adaleti tesis edebilmek için belirli niteliği haiz bulunan kişilerin sözleşme yapma özgürlükleri kısıtlanmış ve bunlara, kendilerine başvuran kişilerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir⁹⁶. *Sözleşme yapma zorunluluğu*, bazı kişi, kurum veya kuruluşların, hukuk düzeninde hak sahibi olan kişilerin talebi üzerine, talepte bulunan kişilerle belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğü altına girmesidir⁹⁷. Sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu durumlarda, bu yükümlülükten kaçınmak hukuka aykırı bir davranış olarak nitelendirilir. Hukuka aykırı davranışa maruz kalan hukuk sujesi, diğer taraf aleyhine ya aynen ifa davası açarak yapılmaktan kaçınılan sözleşmenin yapılmasını veya bu hukuka aykırı davranış nedeniyle uğramış olduğu zararların tazminini talep edebilir⁹⁸.

Sözleşme yapma zorunluluğunun kaynakları çeşitli ayrımlara tabi tutulmakla birlikte doktrinde temelde ikili bir ayırım yapılmaktadır⁹⁹. Bunlardan ilki, sözleşme yapma zorunluluğunun yasalardan kaynaklandığı haller, ikincisi ise, sözleşme yapma zorunluluğun daha önce yapılmış bir sözleşmeden [ön akit ¹⁰⁰] kaynaklandığı hallerdir. Herşeyden önce yasalarda açık bir şekilde sözleşme yapma zorunluluğu halleri

⁹⁴ **Aybay**, sh. 39. ; **Eren**, sh. 271.

⁹⁵ Örneğin bir köydeki tek bir ekmek fırını, bir bölgedeki tek bir eczacı, doktor, nakil vasıtası sahipleri fiili tekele, Devlet Demir Yolları , Deniz Yolları, TEKEL, Elektrik, Su, Doğalgaz, Posta dağıtımını yapan kuruluşlar ise hukuki tekele örnek olarak gösterilebilir.

⁹⁶ **Eren**, sh. 271.

⁹⁷ **Eren**, sh. 272.

⁹⁸ **Eren**, sh. 272.

⁹⁹ Doktrindeki yazarlardan **Eren**, sh. 272. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 53. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 148-149., ön akiti bir sözleşme yapma zorunluğu olarak kabul etmekte buna karşın bizim de katıldığımız görüşe göre ön akit, bir sözleşme yapma zorunluluğu olarak kabul edilemez. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 505. ; **Erman**, sh. 603.

¹⁰⁰ Bir kimsenin, yapmış olduğu bir sözleşme ile gelecekte belirli bir konuda, sözleşmenin diğer tarafı ile veya üçüncü bir kişi ile sözleşme yapmayı taahhüt ederse, bu taahhüdün yer aldığı akte *ön akit* veya *sözleşme yapma vaadi* denir (**Oğuzman/Öz**, sh. 148. ; **Eren**, sh. 276-277). Ön akit, BK. 22/I'de düzenlenmiştir. Kaldı ki, BK.'da bu şekilde bir düzenleme olmamış olsa dahi sözleşme özgürlüğü çerçevesinde anılan aktin düzenlenmesi mümkün olabilirdi (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 142.). Bu şekildeki bir taahhüt ile sözleşme yapma yükümlülüğü altına giren kişi, taahhüdü gereğince kararlaştırılan sözleşmeyi yapmakla yükümlüdür (**Oğuzman/Öz**, sh. 148. **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 53. ; **Eren**, sh. 282-283.). Ön akit, yalnızca borç sözleşmeleri hakkında yapılabilir. Tasarruf muamelelerine ilişkin ön akit yapılamaz (**Eren**, sh. 277.).

düzenlenmiş olabilir¹⁰¹. Bu gibi durumlarda, sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu konusunda kuşku yoktur¹⁰². Buna karşın, yasalarda açık bir şekilde düzenlenmemiş olmakla birlikte bazı durumlarda, dürüstlük kuralı veya hakkın kötüye kullanılması yasağından yahut ahlaka aykırı bir fiil ile başkasına zarar verme yasağından kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu halleri de doğabilir.

Doktrindeki bazı yazarlar¹⁰³, ön akid ile borçlanılan edimin, vaad borçlusu tarafından yerine getirilmemesi halinde vaad alacaklısının, vaad borçlusunu aynen ifaya zorlayabilmesini sözleşme yapma zorunluluğu olarak nitelendirmektedirler. Bu görüşü kabul etmek mümkün değildir. Zira her şeyden önce, sözleşme yapma zorunluluğunu doğuran aktin bizatihi kendisi, serbest iradenin bir sonucudur. Bu nedenle gerçek anlamda bir sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemez¹⁰⁴. Diğer taraftan, bir akit ile başka bir aktin yapılmasının taahhüt edilmesi, sözleşmeden kaynaklanan bir ifa borcu doğurur. Bu ifa borcu, borç doğurucu nitelikteki sözleşmelerin konusunu oluşturan edimin ifasını talep etmek ile aynı hukuki niteliğe sahiptir. Borç doğurucu sözleşmelerde de borçlu, sözleşmeden doğan edim borcunu yerine getirmez ise alacaklı, açacak olduğu bir dava ile borçluyu edimini yerine getirmeye zorlayabilir. Bu nedenle, ön akit ile ileride bir sözleşme yapmanın vaad edilmesi halinde, bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen borçluyu, alacaklının, vaad edilen sözleşmeyi yapmaya zorlaması, bir sözleşme yapma zorunluluğu olarak değil, daha ziyade, sözleşme aykırılığın bir müeyyidesidir. Dolayısıyla, ön aktin, sözleşme yapma zorunluluğu olarak kabul edilemeyeceği kanaatindeyiz.

¹⁰¹ **Aybay**, sh. 39. ; **Eren**, sh. 272. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 52. ; **Yavuz** , Borçlar Hukuku, sh. 4. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 156.

¹⁰² Örneğin, TKHK. m. 5. ; MK. m. 732. (Kanuni ön alım hakkı), MK. m. 698 (Paylı mülkiyetin sona erdirilmesi), MK. m. 642 (Miras taksim sözleşmeleri) buna örnek olarak gösterilebilir. **Eren**, sh. 272-273. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 506. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 53.

¹⁰³ **Eren**, sh. 272. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku ,sh. 53. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 148-149.

¹⁰⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 505. ; **Erman**, sh. 603.

II. ÖZEL HUKUKA İLİŞKİN YASALARDAN DOĞAN BAZI SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU HALLERİ

Özel hukuk alanında irade serbestisi prensibinin hakim olduğunu daha önce belirtmiştik. Bu ilkenin doğal bir sonucu olarak kişiler, özel hukuk alanındaki hukuki ilişkilerini diledikleri şekilde düzenleme serbestisine sahiptirler. Bir başka ifadeyle, özel hukuk alanında sözleşme özgürlüğü prensibi geçerlidir. Bu prensibin bir gereği olarak kişiler, istedikleri bir sözleşmeyi istedikleri kimselerle yapabilecekleri gibi istemedikleri bir sözleşmeyi, istemedikleri kimselerle yapmaya da zorlanamazlar¹⁰⁵. Ancak, bu kural mutlak olmayıp, bu kurala özel hukuk kökenli yasalardan kaynaklanan bir takım istisnalar getirilmiştir. İşte, sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğüne bu şekilde bir istisnanın getirilmiş olduğu durumlarda, sözleşme özgürlüğünün yerini sözleşme yapma zorunluluğu alır¹⁰⁶. Bu bölümde, özel hukuk kökenli yasalardan doğan sözleşme yapma zorunluluğu hallerini inceleyeceğiz. Ancak, bu incelemeyi yaparken, özel hukuk alanındaki tüm yasaları ve bu yasalarda düzenlenmiş olan sözleşme yapma zorunluluğu hallerini incelemek mümkün olamayacağından ve çalışmamızın amacına uygun düşmeyeceğinden burada, uygulamada önemli bir yer tutan ve özel hukukun temel yasalarında düzenlenmiş olan sözleşme yapma zorunluluğu halleri inceleme konusu yapılacaktır.

Özel hukuk kökenli yasalardan doğan ve sözleşme yapma zorunluluğu getiren haller yasalarda açık bir şekilde düzenlenmiş olabileceği gibi bu zorunluluk, yasalarda açık bir şekilde düzenlenmemiş de olabilir. Bu nedenle, çalışmamızı iki bölüme ayırarak öncelikle, özel hukuka ilişkin yasalarda açık bir şekilde düzenlenmiş olan sözleşme yapma zorunluluğu halleri incelenecek akabinde, açık bir şekilde yasalarda düzenlenmemiş olsa dahi özel hukuk alanında yer alan yasaların genel hükümleri gereğince bir sözleşme yapma zorunluluğunun olduğu haller inceleme konusu yapılacaktır.

¹⁰⁵ Eren, sh. 270.

¹⁰⁶ Ateş, sh. 49. ; Eren, sh. 271-272. ; Oğuzman / Öz, sh. 145.

1. Özel Hukuka İlişkin Yasalarda Açık Bir Şekilde Düzenlenmiş Olan Sözleşme Yapma Zorunluluğu Halleri

Sözleşme yapma zorunluluğu halleri bazen, yasalarda açık bir şekilde düzenlenmiş olabilir. Böyle durumlarda, bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu kuşku yoktur. Bu bölümde, özel hukuka ilişkin temel yasalarda açık bir şekilde düzenlenmiş olan sözleşme yapma zorunluluğu halleri inceleme konusu yapılacaktır.

1.1. 2918 Sayılı Karayolları Trafik Kanununda Düzenlenen Sözleşme Yapma Zorunluluğu

2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nun *Mali Sorumluluk Sigortası Yaptırma Zorunluluğu* başlığı altında düzenlenen 91. maddesinde, bir sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir¹⁰⁷. Maddenin kenar başlığı, sözleşme özgürlüğüne bir istisna getirmiş olduğunun açık bir kanıtı niteliğindedir. KTK'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında *motorlu araç işletenlerinin, aynı kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere malî sorumluluk sigortası yaptırmalarının zorunlu olduğu* hükme bağlanmıştır. Anılan hüküm gereğince, bir motorlu aracın işleteni, yasada öngörülmüş olan mali mesuliyet sigortasını yaptırmak zorundadır. Bu konuda motorlu araç işletenine, sözleşme yapma ya da yapmama konusunda bir özgürlük tanınmamıştır. Yasa koyucu, bir motorlu aracın işletilmesinin 3. şahıslara verebilecek olduğu zararlardan dolayı, zarar göreni korumak, zarar görenin zararını çabuk bir şekilde giderilmesini sağlamak gibi sosyal gerekçelerle sözleşme kurma özgürlüğüne bir istisna getirmekte ve motorlu aracın işleteni bakımından bir sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. Bunun neticesi olarak, motorlu araç işletenlerinin mali mesuliyet sigortası yaptırmaları, sözleşme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmemiş, bu koşullara sahip olan tüm kişilere sözleşme yapmak zorunluluğu getirilmiştir. Diğer taraftan KTK.'nın 91'nci maddesinin 5'nci fıkrasında,

¹⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop, sh. 367. ; Sirmen, sh. 459.

bu yükümlülüğe aykırılığın yaptırımına yer verilmiştir. Buna göre, geçerli teminat tutarları üzerinden zorunlu malî sorumluluk sigortası bulunmayan araçlar trafikten men edilecektir.

Ancak burada bir hususu belirtmekte fayda vardır. Anılan yasa maddesi ile getirilen zorunluluk, sadece mali mesuliyet sigorta sözleşmesi yaptırma zorunluluğudur¹⁰⁸. Yaptırılması zorunlu tutulan sigorta sözleşmesinde, sigorta şirketini seçme konusunda kişilere bir seçme özgürlüğü tanınmaktadır¹⁰⁹. Ancak, yaptırılması zorunlu tutulan mali mesuliyet sigorta sözleşmelerin hükümleri, kapsamı ve fiyatı gibi etkenler göz önüne tutulduğunda, sigorta şirketleri arasında herhangi bir farkın olmadığı ve bu nedenle sigorta şirketini seçme konusunda kişilere tanınmış olan özgürlüğün, gerçek anlamda bir özgürlük olmadığı söylenebilir.

1.2. 4857 Sayılı İş Kanununda Düzenlenen Sözleşme Yapma Zorunluluğu

4857 sayılı İş Kanununun *özürlü, eski hükümlü ve terör mağduru çalıştırma zorunluluğu* başlığını taşıyan 30. maddesinde, işverenler için sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir¹¹⁰. 4857 sayılı yasanın 30. maddesi ; “*İşverenler, elli veya daha fazla işçi çalıştırdıkları işyerlerinde her yılın Ocak ayı başından itibaren yürürlüğe girecek şekilde Bakanlar Kurulunca belirlenecek oranlarda özürlü ve eski hükümlü ile 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanununun ek 1 inci maddesinin (B) fıkrası uyarınca istihdamı zorunlu olan terör mağduru işçiyi meslek, beden ve ruhi durumlarına uygun işlerde çalıştırmakla yükümlüdürler.*” demek suretiyle, işverenler açısından açıkça sözleşme yapma zorunluluğu getirmiştir.

Sözleşme yapma zorunluluğunun doğabilmesi en az 50 veya daha fazla işçi çalıştıran bir işyerinin varlığı zorunludur. 50’den daha az işçi çalıştıran işyerleri açısından böyle bir zorunluk sözkonusu değildir. Bu koşulları haiz olan işyeri sahipleri, koşulların oluşması halinde bu durumu 1 ay içerisinde *İş ve İşçi Bulma Kurumu*

¹⁰⁸ **İnceoğlu**, sh. 399.

¹⁰⁹ **İnceoğlu**, sh. 399.

¹¹⁰ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 53.

ünitesine bildirme, Kurum ise her açık iş için uygun kişileri 15 gün içinde işverene bildirmek zorundadır¹¹¹. İşveren, Kurum tarafından bildirilen sakat ve eski hükümlü ve terör mağdurlarından seçtikleriyle iş sözleşmesi yapacaktır. İşveren, Kurum tarafından bildirilen kişiler ile sözleşme yapmaktan kaçınması halinde, hangi gerekçe ile sözleşme yapmaktan kaçındığını 15 gün içerisinde Kurum'a bildirecektir¹¹². İşveren, Kurumun ikinci kez bildirdiği sakat ve eski hükümlüyü işe almak zorundadır¹¹³. İşverenler, bu şekilde kurum tarafından ikinci kez bildirilen kişilerle sözleşme yapmaktan, kadro açığı bulunmadığını gerekçe göstererek kaçınmazlar¹¹⁴. Ancak, işverenin Kurum tarafından ikinci kez bildirilen sakat, eski hükümlü veya terör mağduru kimseler ile sözleşme yapmaktan kaçınması halinde işvereni bu kimseler ile sözleşme yapmaya zorlayacak bir hukuki yol bulunmamaktadır¹¹⁵. Zira hukukumuzda, hizmet akitlerinin açılacak bir icbar davası ile kurulmasına yönelik bir düzenleme mevcut değildir¹¹⁶. Ancak işveren, sözleşme kurma ilişkisinden kaçındığı sakat, eski hükümlü ve terör mağduru kimseler için, 4857 sayılı yasanın 101'nci maddesi gereğince her ay, ayrı ayrı para cezasına mahkûm edilecektir.

1.3. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununda Öngörülen Sözleşme Yapma Zorunluluğu Halleri

4721 sayılı TMK'nın mirasın paylaşımını düzenleyen 642'nci maddesi, bir sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir¹¹⁷. Buna göre, *mirasçılardan her biri, sözleşme veya kanun gereğince ortaklığı sürdürmekle yükümlü olmadığı müddetçe, her zaman mirasın paylaşılmasını isteyebilir*. Böyle bir durumda diğer mirasçılar, miras taksimini isteyen mirasçı ile miras taksim sözleşmesi yapmak zorundadırlar. Burada, diğer mirasçıların sözleşme kurma ya da kurmama özgürlüklerine yasa koyucu diğer

¹¹¹ Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük m. 8/IV-V., Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzük, m. 7/IV-V

¹¹² Sakatların İstihdamı Hakkında Tüzük m. 8/IV-V., Eski Hükümlülerin İstihdamı Hakkında Tüzük, m. 7/IV-V

¹¹³ **Günay** İlhan Cevdet. : İş Hukuku (Yeni İş Yasaları), 2. Baskı, Ankara, 2004, sh **Günay**, sh. 363.

¹¹⁴ Yarg. 9. CD. T. 5.5.1993, E. 1993/1297, K. 1993/2168 sayılı kararı. [Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 15.05.2008 tarihinde alınmıştır.]

¹¹⁵ **Günay**, sh. 364.

¹¹⁶ **Günay**, sh. 364.

¹¹⁷ **Eren**, sh. 272.

vermemiştir. Bu şekildeki bir miras taksim sözleşmesi talebine haklı bir sebebi olmaksızın katılmayan mirasçı, açılacak olan bir dava neticesinde miras taksim sözleşmesi yapmaya zorlanabilecektir¹¹⁸.

4721 sayılı TMK.'nın 698'nci maddesi de, yukarıdakine benzer biçimde bir sözleşme yapma zorunluluğuna yer vermiştir¹¹⁹. Anılan maddeye göre, paylı mülkiyete konu olan bir taşınmazda, paydaşlardan her biri, paylı mülkiyetin sona erdirilmesine ilişkin taksim sözleşmesi yapılmasını diğer paydaşlardan isteyebilir. Böyle bir talep durumunda diğer paydaşlar, talepte bulunan paydaş ile taksim sözleşmesi yapmakla yükümlüdürler. Bu yükümlülüğe aykırı hareket ederek sözleşme kurmaktan kaçınan paydaş aleyhine açılacak olan bir dava ve bu dava neticesinde alınacak olan hakim kararı ile sözleşme kurulacaktır.

Bir başka sözleşme kurma zorunluluğu ise 4721 sayılı TMK.'nın 732.'nci maddesinde düzenlemiştir¹²⁰. Buna göre; *“Paylı mülkiyette, bir paydaşın taşınmaz üzerindeki payını tamamen veya kısmen üçüncü kişiye satması halinde, diğer paydaşlar önalım hakkını kullanabilirler.”* şeklinde ifade edilen *“yasal önalım hakkı”*, sözleşme yapma zorunluluğuna bir başka örnek olarak gösterilebilir¹²¹. Paylı mülkiyete konu bir taşınmazda, paydaşlardan herhangi birisi, taşınmazdaki payını bir üçüncü kişiye satmaya karar verdiği takdirde, diğer paydaşların bu payı öncelikli olarak satın alma hakları vardır. Bu nedenle satıcı, öncelikli olarak diğer paydaşlara teklifte bulunmak zorundadır. Satıcının, diğer paydaşlara öncelikli olarak satış teklifi yapmaksızın, paylı mülkiyetteki payını bir üçüncü kişiye satması halinde diğer paydaşların, TMK. m. 734 hükmü uyarınca mahkemeye başvurarak, pay satış sözleşmesinin aynı koşullarla kendileriyle yapılmasını talep edebilirler. Mahkemenin vereceği karar, satıcının iradesinin yerine geçer ve bu kararla satış sözleşmesi kurulmuş olur.

¹¹⁸ Böyle bir durumda açılacak dava sonucunda verilecek olan hakim kararı, miras taksim sözleşmesi yapmayı reddeden mirasçının irade beyanı yerine geçecek ve bu şekilde miras taksim sözleşmesi yasa gereği zorunlu olarak kurulmuş olacaktır. **Yarg. HGK. T.** 21.09.2005, E. 2005 / 6 – 358, K. 2005 /470 Sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 12.10.2007 tarihinde alınmıştır.)

¹¹⁹ **Eren**, sh. 272.

¹²⁰ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 53.

¹²¹ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 53.

TMK. 744/I’de belirtilen *mecra geçirilmesine katlanma yükümlülüğünde*, TMK. 747/I’de belirtilen *zorunlu geçit hakkının tanınmasında* ve TMK. 761/I’de belirtilen *zorunlu su ihtiyacının karşılanması* durumlarında da bir sözleşme kurma zorunluluğu getirilmiştir¹²². Bu durumlarda, ihtiyacı olan taşınmaz maliki, komşu taşınmaz malikinden kendi lehine bir irtifak hakkı tesis edilmesini talep edebilir. Böyle bir talep halinde yasa, komşu taşınmaz malikine sözleşme kurma zorunluluğu yüklemiştir¹²³. Komşu taşınmaz maliki, yasadan doğan sözleşme yapma yükümlülüğüne aykırı hareket ederek ihtiyaç sahibi taşınmaz malikinin irtifak sözleşmesi kurulmasına yönelik talebini reddederse, ihtiyaç sahibi olan taşınmaz maliki, mahkemeye başvurarak irtifak hakkı sözleşmesinin kurulmasını hakimden talep edebilir. Açılan dava üzerine, hakimin vereceği kararla irtifak hakkı sözleşmesi kurulmuş olur¹²⁴.

1.4. 4077 Sayılı Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanununda Öngörülen Sözleşme Yapma Zorunluluğu

4077 sayılı *Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun*’un 5’nci maddesinde¹²⁵ “ Üzerinde *"numunedir"* veya *"satılık değildir"* ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz” demek suretiyle bu kanun kapsamına giren satıcılar yönünden bir sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir¹²⁶. Anılan sözleşme yapma zorunluluğu, yasa koyucu tarafından emredici bir tarzda

¹²² Eren, sh. 273.

¹²³ Ayrancı, sh. 235.

¹²⁴ Eren, sh. 281.

¹²⁵ Anılan yasanın 5. maddesi: “ Üzerinde *"numunedir"* veya *"satılık değildir"* ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz.Hizmet sağlamada da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.Aksine bir teamül, ticari örf veya adet yoksa, satıcı bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı veya ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınmasına bağlı kılamaz.Diğer mal satışı ve hizmet sağlama sözleşmelerinde de bu hüküm uygulanır.” hükmünü getirmektedir.

¹²⁶ İncooğlu, sh. 406. ; Yavuz, Borçlar Hukuku, sh. 4-5. ; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 53. ; Ateş, sh. 49. ; Kocayusupşaoğlu, sh. 521.

düzenlenmiştir. Yasa koyucu bu durumu, “ ... bir malın, ... teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınmaz.” şeklinde ifade etmiştir. Ancak, maddede ifade edilen sözleşme yapma zorunluluğunun doğabilmesi, belirli bazı şartların varlığına bağlı kılınmıştır. Buna göre, sözleşme yapma zorunluluğunun doğabilmesi için 1-) her şeyden önce bir malın¹²⁷ mevcut olması 2-) bu malın, bir ticari kuruluşun¹²⁸ vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir¹²⁹ edilmesi, 3-) teşhir edilen malların üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" gibi bir ibarenin¹³⁰ bulunmaması gerekir¹³¹. Sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olabilmesi için,

¹²⁷ 4077 sayılı kanunun 3. maddesinde mal: “Alış-verişe konu olan taşınır eşyayı, konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi mallar” olarak tanımlanmıştır.

¹²⁸ **İnceoğlu**, burada ifade edilen *ticari kuruluş* kavramının Türk hukuk terminolojisine yabancı bir kavram olduğunu, Ticaret Kanununda *ticari işletme* kavramına yer verildiği halde burada *ticari kuruluş* gibi başka bir kavrama yer verildiğini, yasa koyucunun bu kavramı bilinçli olarak seçmemiş olduğunu, burada kullanılan *ticari* kelimesine günlük anlamda kullanıldığı şeklinde bir anlam verilmek istendiğini ve bu nedenle *ticari kuruluş* kavramının geniş olarak yorumlanması gerektiği görüşünü savunmaktadır. **İnceoğlu**, sh. 407.

¹²⁹ Kanaatimce, 4077 sayılı yasanın 5. maddesinde öngörülen sözleşme yapma zorunluluğunu doğuran en önemli faktör *bir malın teşhir edilmesi halidir*. O halde *bir malın teşhir edilmesi halinden* ne anlaşılması gerektiğinin açıklanması gerekir. *Teşhir*, kelime anlamı olarak bir şeyin açığa vurulması, ortaya serilmesi, gösterilmesi demektir. *Bir malın teşhir edilmesi* ise, bir malın satış için sergilenmesi, satış için gösterilmesi anlamına gelir. Eğer bir mal teşhir edilmiyorsa, o mal için bir sözleşme yapma zorunluluğu da doğmayacaktır. Örneğin, hem tekstil hem de otomobil galericiliği yapan bir tacirin, tekstil şirketine gönderilmek üzere satın aldığı tekstil ürünlerini geçici bir süre için otomobil galerisinde buldurması, bunların teşhir edildiği anlamında gelmez. Ancak, bir ticari kuruluşun açıkça görülebilecek olan bir yerine, ticari kuruluşun faaliyet konusu ile ilgili malların buldurulması, kural olarak bunların satış için sergilendiği, bir başka ifadeyle teşhir edildiği anlamına gelir. Ancak bu kural, mutlak olmayıp aksi her zaman ispat edilebilir. Bunun aksini ispat, malların teşhir amacıyla buldurulmadığını iddia eden satıcıya aittir.

¹³⁰ **İnceoğlu**, teşhir edilen mallar açısından yasa koyucunun bir faraziye koyduğunu, bu nedenle satıcının bunun aksini ispat etmesinin mümkün olmadığını, satıcının malların satılık olmadığını kanıtlayabilmesinin tek yolunun, daha mallar teşhir edilirken üzerine “numunedir” veya “satılık değildir” gibi bir ibare koymak olduğunu ifade etmektedir. (**İnceoğlu**, sh. 408-409.) **Zevkliler** ise, malların teşhir edilmesini, satış için yapıldığına bir karine teşkil edeceğini belirtmektedir. (**Zevkliler**, sh. 73. ; aynı yönde **Kocayusupaşaoğlu**, sh. 521) Biz de, malın teşhir edilmesinin o malın satışı için yapıldığına kuvvetli bir karine teşkil edeceğini, bunun aksinin ispatının zor olduğu ancak imkansız olmadığı görüşünü savunuyoruz. Yasa koyucu, üzerine “numunedir” veya “satılık değildir” gibi bir ibare koymakla malın satışından kaçınabileceğini belirtmesi, bu hususta bir karine koyduğunun ispatıdır. Bununla yasa koyucu, malların teşhir edilmesine rağmen bunun her zaman satış için yapılmış olamayacağını kabul etmiş ve bunun ispat edilebilmesi için de somut bir takım göstergelerin varlığını şart koşmuştur. Bu göstergeler, malın üzerine “numunedir” veya “satılık değildir” gibi bir yazı olabileceği gibi bu anlama gelebilecek bir resim veya işaret de olabilir. Yasa koyucu, “numunedir” veya “satılık değildir” gibi kelimeleri örnek olarak göstermiş olup, teşhir edilen malın satılık olmadığına yönelik olan her türlü yazı, resim, işaret bu kapsamda değerlendirilecektir. Bunun doğal bir sonucu olarak da, bu işaretin konulması, sözleşme yapma zorunluluğuna engel olacaktır. Yeterki, kullanılan söz, resim veya işaretlerin güven ilkesi uyarınca, satıştan vazgeçmeye yönelik olduğu kabul edilebilsin. (**Kocayusupaşaoğlu**, sh. 521) Kuşkusuz, teşhir edilen malın satış için teşhir edilmediğine ve bunun için koymuş olduğu işaretin de bunu kanıtladığını iddia eden kişi, bu iddiasını kanıtlamakla yükümlü olacaktır.

¹³¹ **İnceoğlu**, sh. 406-407.

burada belirtilen şartların hepsinin birlikte gerçekleşmesi gerekir. Eğer bu koşullardan herhangi birisi eksikse, sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemez.

Öte yandan, 4077 sayılı yasanın 5'nci maddesinin ikinci fıkrasında, "*Hizmet sağlamada da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.*" denilmek suretiyle, hizmet sözleşmeleri bakımından da bir sözleşme yapma zorunluluğu kabul edilmiştir¹³². Maddede ifade edilen *hizmet sağlamak* kavramı, anlatılmak istenen hususu açık bir şekilde izah edemediği gerekçesiyle doktrinde eleştirilmiştir¹³³. Buradaki, hizmet sağlamaktan kasıt, alıcının kimliğinin önem taşımadığı, kitlelere yönelik olarak yapılan hizmet arzıdır. Bu anlamda akla ilk gelen örnek, GSM şebekeleri ile yapılan hizmet sözleşmeleridir. GSM şirketleri, kitlelere yönelik olarak hizmet arz eden ticari kuruluşlardır. Bu kuruluşlar, kendisine başvuran kişilerle haklı bir neden olmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınmazlar. Bu anlamda, GSM şirketleri yönünden bir sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı açıktır. Benzer şekilde, İnternet servis sağlayıcıları, Telekomünikasyon şirketleri, Elektrik, Su, Doğalgaz gibi toplumun geneline yönelik hizmet arz eden kişi veya kuruluşlar bu madde kapsamı içerisinde değerlendirilmeli ve bunlar bakımından da bir sözleşme yapmak zorunluluğunun varlığı kabul edilmelidir.

1.5. 4074 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'dan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

4054 sayılı *Rekabetin Korunması hakkındaki Kanunun* amacı, yasanın 1. maddesinde açıklanmıştır. Buna göre yasanın amacı, *mal ve hizmet piyasalarındaki*

¹³² **İnceoğlu**, sh. 415. ; **Kocayusupaşaoğlu**, sh. 524.

¹³³ **İnceoğlu**, 4077 sayılı kanunun 3. maddesinin (d) bendindeki *hizmet* kavramının tanımında, "*bir ücret karşılığında yapılan bedeni ve/veya fikri faaliyetleri ifade ettiği*" hususu göz önüne alındığında, her türlü iş görme sözleşmesini bu kapsam içerisinde değerlendirmek gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak hükmün bu şekilde değerlendirilmesi halinde, vekalet sözleşmesinde vekile BK. 396/I uyarınca tanınan sözleşmeyi dileği zaman fesih etme yetkisi ile belirsiz süreli hizmet sözleşmelerinde işçiye BK. 340/I uyarınca tanınan sözleşmeyi belirli bir feshi ihbar süresine uyarak sona erdirebilme imkanlarının tanınmış olduğu göz önüne alındığında, bu kimseleri sözleşme yapmaya zorlamanın bir anlamının olmadığı ve dolayısıyla her türlü iş sözleşmesi açısından maddenin bir sözleşme yapma zorunluluğu getirdiğinin söylenemeyeceğini ifade etmektedir. Diğer yandan, kanun koyucunun bu madde ile, hizmeti alan kişilerin kişisel özelliklerinin hesaba katılmadığı ve bir çok kişiye aynı tür hizmetlerin sunulduğu iş görme sözleşmelerini bu madde kapsamına adığı düşünülebilirse de aynı kanunun 3. maddesinde getirilmiş olan tanımlar nedeniyle bunun zorlama bir yorum olacağını belirtmiştir. Sonuç olarak da, maddenin düzenleniş tarzının isabetli olmadığı ve maddenin, kişisel özelliklerin ön planda olmadığı ve bir çok kişiye aynı tür hizmetlerin sunulduğu iş görme sözleşmeleri yönünden bir sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. **İnceoğlu**, sh. 416 - 417.

rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır.

Yasa, 1'nci maddesinde tanımlamış olduğu bu amacını gerçekleştirebilmek için, diğer maddelerde de rekabeti koruyucu bir takım hükümler getirmiştir. Buna göre 4054 sayılı yasanın 4'üncü maddesinde ; *"Belirli bir mal ve hizmet piyasasında doğrudan veya dolaylı olarak rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacını taşıyan veya bu etkiyi doğuran yahut doğurabilecek nitelikte olan teşebbüsler arası anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin bu tür karar ve eylemleri hukuka aykırı ve yasaktır"* denilmek suretiyle, rekabeti bozucu nitelikteki anlaşmalar, uyumlu eylemler ve teşebbüs birliklerinin karar ve eylemlerini hukuka aykırı ve yasak kabul etmiş; 6'ncı maddesinde ise; *"Bir veya birden fazla teşebbüsün ülkenin bütününde ya da bir bölümünde bir mal veya hizmet piyasasındaki hakim durumunu tek başına yahut başkaları ile yapacağı anlaşmalar ya da birlikte davranışlar ile kötüye kullanması hukuka aykırı ve yasaktır"* denilerek, hakim durumun kötüye kullanılması yasaklanmıştır. Aynı maddenin (b) fıkrasında ise ; *Eşit durumdaki alıcılara aynı ve eşit hak, yükümlülük ve edimler için farklı şartlar ileri sürerek, doğrudan veya dolaylı olarak ayırimcılık yapılması yasaklanmış* ve bu durum, hakim durumun kötüye kullanımına örnek olarak verilmiştir.

Yukarıdaki yasal düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, hakim durumda bulunan bir teşebbüsün, eşit durumdaki kişilere, eşit şekilde davranmakla yükümlü kılındığı tartışmasızdır. Buna göre, hakim durumda olan bir teşebbüsün eşit durumdaki alıcılara, farklı şartlar ileri sürererek satış yapması, yasa koyucu tarafından ayırimcılık olarak nitelendirilmiş, bu tür davranışlar hukuka aykırı ve yasak sayılmıştır¹³⁴. Ayrıca, bu tür hareketler 4054 sayılı yasanın 16/II. maddesi gereğince de para cezası ile cezalandırılmıştır.

¹³⁴ **Yanık** Mehmet, Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No : 19. Ankara, 2003, sh. 37-38, 42-43. ; **Ayrancı** , sh. 239.

Yasa, hakim durumda bulunmayı değil, hakim durumun kötüye kullanılmasını yasaklamıştır. Buna göre, hakim durumda bulunan bir teşebbüs, hakim durumunu bir rekabet politikası aracı olarak kullanıyorsa; böylece fiyatları istediği gibi belirleme veya sözleşme şartlarını kendi lehine düzenleme amacıyla hareket ediyorsa, bu doğrultuda dilediğine mal veya hizmet sağlayıp dilediğini bundan mahrum ediyorsa o taktirde hakim durumunu kötüye kullanıyor demektir¹³⁵. Yasa koyucu, hakim durumun bu şekilde kötüye kullanılmasına cevaz vermemiş ve makul sebepler bulunmadığı taktirde, piyasada hakim durumda bulunan teşebbüslerin, talep sahipleri ile sözleşme kurmak zorunda olduğunu kabul etmiştir¹³⁶.

Hakim durumda bulunan bir teşebbüs, iki sebeple sözleşme kurma yükümlüsü olabilir¹³⁷. Bunlardan ilki, hakim durumda bulunan teşebbüsün sürekli bir alıcısının bulunması halidir¹³⁸. Böyle bir durumda, hakim durumda bulunan teşebbüs ile, talepte bulunan işletme arasından uzunca bir süreden beri devam eden bir mal veya hizmet tedariki ilişkisi sözkonusudur. Bu ilişki neticesinde ilgili işletme, ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetlerin hakim durumda bulunan teşebbüs tarafından karşılanacağına yönelik bir güvene sahiptir. Anılan güvenin bir sonucu olarak işletme, alternatif tedarik kaynaklarına yönelmemiş, tüm ihtiyaçlarını hakim durumda bulunan işletmeden tedarik etmiştir. Hakim durumda bulunan teşebbüsün sürekli alıcısına mal veya hizmet vermeme şeklinde davranışı, mal veya hizmet talep eden işletme açısından olumsuz sonuçların doğmasına yol açacaktır. Herşeyden önce, ihtiyaç duyduğu mal veya hizmetleri başka kaynaklardan karşılaması o işletme açısından oldukça zorlaşacaktır. Bu nedenle, hakim durumdaki teşebbüsün sürekli bir alıcısının bulunduğu bir ticari ilişkide, haklı bir neden olmaksızın mal veya hizmet tedarikinden vazgeçilmesi, hukuka aykırı kabul edilir ve böyle bir durum, hakim durumdaki teşebbüs bakımından bir sözleşme yapma zorunluluğu doğurur. Zira, hakim durumdaki teşebbüs, sahip olduğu bu üstünlüğü, sözleşmenin diğer tarafı aleyhine kötüye kullanmaktadır. Bu durum, 4054 sayılı yasanın 6. maddesinde düzenlenen, *hakim durumun kötüye kullanılması yasağına* aykırılık teşkil eder.

¹³⁵ **Tekdemir** Yaşar, AT Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini, Rekabet Hukuku Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 2, Ankara, 2003, sh. 58 vd. ; **Ayrancı** , sh. 239.

¹³⁶ **Tekdemir**, sh. 58 vd. ; **Ayrancı** , sh. 239 – 240.

¹³⁷ **Ayrancı** , sh. 240.

¹³⁸ **Tekdemir**, sh. 25. ; **Ayrancı** , sh. 240.

Hakim durumda bulunan bir teşebbüsün sözleşme yapma zorunluluğuna yol açan ikinci neden ise, bir işletmenin ticari varlığını sürdürebilmesi için gerekli olan bir girdiyi hakim durumda bulunan teşebbüsten temin etme ihtiyacıdır¹³⁹. Buna göre bir işletme, ticari varlığını devam ettirebilmesi için ihtiyaç duyduğu bir malı veya hizmeti, piyasada hakim durumda olan bir teşebbüsten tedarik etmek durumunda ise, bu mal veya hizmetin sağlanmasına yönelik olarak yapılan talep, haklı bir neden olmadığı müddetçe hakim durumda bulunan işletme tarafından reddedilemez. Bir başka ifadeyle, bu şekildeki bir mal veya hizmetin talep edilmesi halinde, hakim durumda bulunan teşebbüs açısından bir sözleşme yapma zorunluluğu doğar. Bu zorunluluk, bir mal veya hizmetin arzında tekel halinde bulunan kişi veya kurumların, kendilerine başvuran kişilerle haklı bir neden olmadığı müddetçe sözleşme yapma zorunda bulunmalarına benzer bir durumdur. Bu nedenle, hakim durumda bulunan bir teşebbüs, haklı bir neden olmadıkça, kendisine yapılan talep ile ilgili sözleşme yapmaktan kaçınmaz. Buradaki haklı neden, somut olayın durumuna göre hakim tarafından değerlendirilecektir. Örneğin, grev nedeniyle üretim yapamama, aşırı sipariş yoğunluğu nedeniyle talebin hemen karşılanamaması, hammadde tedarikindeki kısıtlamalar gibi nedenler haklı neden olarak kabul edilebilir.

Ancak, bu şekilde bir sözleşme kurma yükümlülüğünden bahsedebilmek için, mal veya hizmet talep eden işletmenin, bu ihtiyacını, aynı veya benzer fiyatlarla başka bir yerden temin edememesi gerekir¹⁴⁰. Eğer bu işletme, ihtiyaç duyduğu mal veya hizmeti başka teşebbüslerden temin etme imkanına sahipse o takdirde, hakim durumda bulunan teşebbüs açısından 4054 sayılı yasa gereğince bir sözleşme kurma zorunluluğu söz konusu olmayacaktır¹⁴¹. Ancak, hakim durumda bulunan teşebbüsün sözleşme kurma talebini reddetmesi, MK. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırı ise veya talebin reddedilmesi BK. 41/II’de ifade edilen ahlaka aykırı bir fiille başkasına zarar

¹³⁹ Hakim durumdaki teşebbüslerin sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu ilişkin görüşün dayanağı “zorunlu unsur” doktrini olarak adlandırılan ve Amerikan Antitröst Hukukunda ortaya çıkmış olan bir görüştür. Buna görüşe göre, rakipleri için zorunlu olan ve benzerinin kurulması elverişli veya makul olmayan bir varlık yada imkanı kontrol eden tekelci bir teşebbüsün, haklı bir gerekçesi olmadan kendilerine başvuran teşebbüslerin taleplerini karşılamıyorsa *tekelleşme veya tekelleşmeye teşebbüs suçu* işlemiş olur. Rekabetin tesisi için, tekelci teşebbüsün kendilerine başvuran teşebbüslerle zorunlu olarak bir sözleşme kurma yükümlülüğü ortaya çıkar. **Tekdemir**, sh. 6 vd. ; **Ayrancı** , sh. 240.

¹⁴⁰ **Tekdemir**, sh. 10 vd. ; **Ayrancı** , sh. 240.

¹⁴¹ Rekabet Kurulunun 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı kararı

verme niteliğinde ise yine de bir sözleşme yapma yükümlülüğünden bahsedilebilecektir. Bu şekildeki bir sözleşme yapma yükümlülüğü, özel hukuka ilişkin yasalardan kaynaklandığı için 4054 sayılı yasa anlamında bir ihlal söz konusu olmayacak ve hakim durumunda bulunan teşebbüs,4054 sayılı yasada öngörülen para cezası ile cezalandırılmayacaktır.

Hakim durumdaki bir teşebbüsün, bu durumunu kötüye kullanarak sözleşme kurmaktan kaçınması ilgili kişiler tarafından Rekabet Kuruluna bildirilebilir [RKHK. m. 9] . Böyle bir bildiri üzerine veya kurulun re'sen yapmış olduğu araştırma neticesinde hakim durumun kötüye kullanıldığı tespit edilirse kurul, 4054 sayılı yasanın 9'ncu maddesi gereğince ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliklerine, rekabetin tesisi ve ihlalden önceki durumun korunması için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışları kapsayan bir kararı bildirebilir¹⁴². Bu bildiri, rekabetin yeniden tesis edilmesi için kaçındıkları sözleşmenin yapılması şeklinde olabileceği gibi bir para cezasına mahkumiyet şeklinde de olabilir. İşte kurulun bu şekildeki bir bildirimini, ilgili teşebbüs veya teşebbüs birliği bakımından bir sözleşme kurma talimatı anlamına gelir¹⁴³. Bu bildirim üzerine, hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüs veya teşebbüs birlikleri, kaçındıkları sözleşmeyi kurmak zorundadır.

Kurul, hakim durumunu kötüye kullananlara, kurmaktan kaçındıkları sözleşmeyi kurma talimatını verebileceği gibi aynı zamanda idari para cezası niteliğinde bulunan [m.18] para cezası veya süreli para cezası da verebilir [m.16/11 ve m.17]. Ayrıca, hakim durumun kötüye kullanılması nedeniyle zarar gören kişiler, 4054 sayılı yasanın 57. maddesi uyarınca uğramış oldukları zararları, hakim durumunu kötüye kullanan teşebbüs veya teşebbüs birliklerinden talep edebilirler. 4054 sayılı yasanın 57. maddesinde bu husus, “ *hakim durumu kötüye kullananlar, zarar görenin her türlü zararını karşılamakla yükümlüdür*” . şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁴² **Yolcu** İsmail Atalay, *4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No : 11, Ankara, 2003, sh. 33 vd. ; **Ayrancı** , sh. 240.

¹⁴³ **Ayrancı** , sh. 240.

Rekabet Kanunundan doğan sözleşme kurma yükümlülüğünden, tüketiciler yararlanamazlar¹⁴⁴. Zira 4054 sayılı Kanunun 2, 4 ve 7'nci maddelerindeki düzenlemeler, ticari piyasanın işleyişine ilişkin hükümlerdir. Dolayısıyla, yasa ile korunmak istenen kişiler veya tüketiciler değil, piyasa oyuncuları olarak ifade edilen, rekabetin işleyişine etki edebilecek olan teşebbüs veya teşebbüs birlikleridir. Bu nedenle, anılan hükümlerden yalnızca üreticiler ve tacirler yararlanabilirler¹⁴⁵.

2. Özel Hukuka İlişkin Yasalarda Açık Bir Şekilde Düzenlenmemiş Olan Sözleşme Yapma Zorunluluğu Halleri

2.1. Genel Olarak

Sözleşme yapma zorunluluğu, yukarıda belirtildiği gibi özel hukuka ilişkin yasalarda açık bir şekilde düzenlenmiş olabileceği gibi, bu şekilde açık bir düzenleme olmamasına karşın genel hükümlerden hareketle böyle bir zorunluluk öngörülmüş olabilir. Bu bölüm altında, sözleşme yapma zorunluluğunun açık bir yasa hükmü ile düzenlenmediği ancak genel hükümlerden hareket ile sözleşme yapma zorunluluğunun kabul edildiği halleri inceleyeceğiz.

2.2 Tekel Niteliğini Haiz Olan Kişi veya Kuruluşların Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Piyasa sunmuş oldukları mal veya hizmetler bakımından tekel niteliğini haiz olan kişi veya kuruluşların, *haklı bir neden olmadığı müddetçe* kendilerine başvuran kişilerle¹⁴⁶ sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları, bu kişilerle bir sözleşme yapma

¹⁴⁴ **Ayrancı**, sh. 240.

¹⁴⁵ **Ayrancı**, sh. 240.

¹⁴⁶ Buradaki “*kişi*”den kastedilen, Medeni Hukuk anlamında hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen gerçek ve tüzel kişilerdir.

yükümlüklerinin olduğu kabul edilmektedir¹⁴⁷. Ancak, buldukları mal veya hizmet piyasasında tekel niteliğine sahip olan kişi veya kuruluşların, kendilerine başvuran kişilerle hangi hukuksal nedene dayalı olarak sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğuna ilişkin öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrindeki bir görüş¹⁴⁸, tekel niteliğini haiz olan kişilerin sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı olarak BK. 41/II'yi kabul ederken bir başka görüş¹⁴⁹, MK.2'yi sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı olarak kabul etmektedir. Aşağıda, her iki görüşün gerekçelerini ayrıntılı olarak ele alarak bu konudaki kendi görüşümüzü belirteceğiz.

2.2.1. Haksız Fiil Görüşü

Bir kısım yazarlar¹⁵⁰, tekel niteliğindeki kişilerin, kendilerine başvuranlarla sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı olarak BK. 41/II'yi kabul etmektedirler. Bu görüşü savunan yazarlara göre, bir piyasada fiili tekel durumundaki kişi veya kuruluşların, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde istediği kişilerle sözleşme yapıp, istedikleri kişilerle sözleşme yapmama özgürlükleri bulunmaktadır. Buradaki tekel durumunun, kamu hukukuna dayanan bir imtiyazdan kaynaklanması veya fiili bir durum teşkil etmesi bu anlamda esasa etkili değildir¹⁵¹. Ayrıca, söz konusu edimin hayati bir önem taşıyıp taşıyamaması da bu anlamda önemli değildir¹⁵². Örneğin, bir yerde, fiili veya ekonomik anlamda tekel durumunda bulunan eczacı, doktor, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallar ile topluma sunmuş oldukları hizmet yönünden

¹⁴⁷ Oğuzman / Öz, sh. 146. ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop, sh. 365. ; İnceoğlu, sh. 399. ; Aybay, sh. 40. ; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku) sh. 53. ; Yarg. 3. HD. 31.03.2005 T., 2005 / 2848 E. 2005 / 3414 K. Sayılı Kararı.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası. ; Eren, fiili tekel dahi olsa hiç kimsenin, sebebiyet vermediği, bir hukuk kuralına göre mecbur olmadığı bir sözleşmeyi yapmaya zorlanamaz. Ancak, bu sözleşme ilişkisinden kaçınma, hukuka ve özellikle de ahlaka aykırı nitelik taşıyorsa o taktirde, sözleşme ilişkisinden kaçınan taraf diğer tarafa vermiş olduğu zarar nedeniyle sorumlu tutulabilir. İşte bu şekildeki bir tazminat ödeme yükümlüğü, tekel halinde bulunanlar için dolaylı da olsa bir sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkarmaktadır. Eren, sh. 275 vd.

¹⁴⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop, sh. 365. ; Eren, sh. 275-276. ; Erman, sh. 608. ; Ateş, sh. 53. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 158-159. ; Kocayusupaşaoğlu, sh. 508.

¹⁴⁹ Saymen, Ferit Hakkı / Elbir Halit Kemal: *Türk Borçlar Hukuku*, C. 1, İstanbul, 1958, sh.

187. Oğuzman / Öz, sh. 146. ;

¹⁵⁰ Eren, sh. 275-276. ; Erman, sh. 608. ; Ateş, sh. 53. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 158-159. ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu /Altop, sh. 365. ; Kocayusupaşaoğlu, sh. 508.

¹⁵¹ Eren, sh. 275 - 276. ; İnceoğlu, sh. 399. ; Ateş, sh. 53.

¹⁵² İnceoğlu, sh. 400. ; Eren, sh. 275 - 276.

bir sözleşme yapma yükümlülüklerinden söz edilemez¹⁵³. Bu kimseler, sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak, kendilerine başvuran kişilerle sözleşme yapip yapmama konusunda bir serbestiye sahiptirler. Ancak, bu kimselerin sözleşme yapmaktan kaçınmaları ahlaka aykırı ve diğer tarafa zarar verici nitelikteyse o takdirde, tekel niteliğini haiz olan kişiler bakımında bir sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı kabul edilmektedir. Bu şekilde ahlaka aykırı bir fiil ile sözleşme yapmaktan kaçınarak diğer tarafa zarar veren kişi, vermiş olduğu bu zararı BK. 41/ II hükmü uyarınca tazmin etmekle yükümlüdür.

Örneğin, fiili veya ekonomik anlamdaki bir tekelin; mal veya hizmet tedarikinde etnik milliyetçilik, bölgesel ayrımcılık, dinsel ya da mezhepsel ayrımcılık veya cinsiyet ayrımcılığı gibi kriterleri göz önüne alarak sözleşme kurması veya sözleşme kurmaktan kaçınması ahlaka aykırı bir davranış olarak nitelendirilir. Bu şekilde ahlaka aykırı bir davranışla sözleşme ilişkisinden kaçınan taraf, diğer tarafa bir zarar vermekte ise vermiş olduğu bu zararı tazmin etmekle yükümlü olmalıdır. Dolayısıyla, sözleşme ilişkisini haklı bir neden olmaksızın reddetmek, BK.41/ II anlamında ahlaka aykırı bir fiil ile karşı tarafa zarar verilmesi anlamını taşır ve bir tazminat borcu doğurur¹⁵⁴. Böyle bir durumda, hakim BK. 43 hükmü gereği sözleşmeyi kurulmuş sayarak aynen tazmine karar verebileceği gibi uğranılan zararın nakten tazminine de karar verebilir¹⁵⁵.

Bu görüş, zarar ve kusur kavramlarının ispatının zorluğu nedeniyle öğretide eleştirilmiştir¹⁵⁶. Bu nedenle, bu görüşe paralel olan ancak zarar ve kusur kavramlarını içermeyerek BK. 41/II'nin olumsuzluklarını bertaraf eden bir başka görüş ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre¹⁵⁷, bu şekildeki bir haksız fiilin varlığı halinde, tazminat talebinin yanında, bir zararın veya kusurun varlığını gerektirmeyen başka taleplerde ileri sürülebilir. Bunlar, haksız fiilin ortadan kaldırılmasına yönelik *tecavüze son verilmesi* talebi ile ileride gerçekleşmesi kuvvetle muhtemel bir *tecavüzün önlenmesi*

¹⁵³ Eren, sh. 273. ; Buna karşın Ateş, kişiler açısından hayati önem taşıyan bu tür mal veya hizmetlerin arzında bir sözleşme yapma zorunluluğunun kaçınılmaz olduğunu kabul etmektedir. Ancak, doktorlar bakımında ise bu durumun biraz daha farklı olduğunu zira böyle bir halde hem mesleki, hem de yasal yükümlüklerin ihlal edilmiş olabileceğini, bu durumun ahlaka aykırılıktan ziyade hukuka aykırılık oluşturacağını savunmaktadır. Ateş, sh. 53.

¹⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 508. ; Eren, sh. 275-276.

¹⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 508. ; Eren, sh. 276.

¹⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 508.

¹⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 508.

talebidir. Bu görüşün kabulü halinde, ahlaka aykırı bir fiil ile zarar gören kimse, zarar veren kişiye karşı BK.41/II'de öngörülen zarar ve kusurun varlığını ispat zorunda kalmaksızın, haksız fiile son verilmesini veya ileride doğması kuvvetle muhtemel bir tecavüzün önlenmesini talep edebilecek ve bu şekilde sözleşme yapma zorunluluğu yerine getirilebilecektir.

Bu konuda ileri sürülen ve özellikle Alman öğretisinde kabul gören başka bir görüşe göre¹⁵⁸ ; *bir yasa hükmü, belirli bir davranışa tazminat yaptırımını bağlamışsa, buradan, yasanın o davranışı yasakladığı sonucu çıkar. Eğer yasa, bir davranışı yasaklamakta ise, bunun mefhumu muhalifinden, o davranışın tersini emretmektedir.* Bu görüşe göre BK. 41/ II, ahlaka aykırı bir fiil ile bir başkasına zarar vermeyi tazminat yaptırımına bağlamıştır. Dolayısıyla yasa, ahlaka aykırı bir fiil ile bir başkasına zarar vermeyi yasakladığına göre, yasa koyucu, bu davranışın tersini, yani, sözleşme kurmayı emretmektedir.

Kanaatimizce, tekellerin sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki niteliğini belirli bir davranışa özgüleyerek tespit etmek yerinde değildir. Pek tabii olarak, ahlaka aykırı bir fiil ile sözleşme ilişkisinden kaçınma BK. 41/II gereğince bir tazminat borcu doğurur. Buradaki tazminat borcu, aynen tazmin niteliğinde olabileceği gibi nakten [parasal] tazmin niteliğinde de olabilir. Zira BK. 43/I hükmü, tazminatın tür ve kapsamını tayinde hakime bir serbesti vermiştir. Hakim, bu serbestiye dayanarak, sözleşme yapmaktan kaçınan kişiyi aynen tazmine, bir başka ifadeyle yapılmasından kaçınılan sözleşmeyi yapmaya zorlayabilir. Ancak burada göz önünde tutulması gereken nokta, sözleşme ilişkisinin reddinin ahlaka aykırı bir fiil niteliğinde bulunmaması halinde dahi tekellerin sözleşme yapma yükümlülüklerinin varlığıdır. Eğer bu görüş kabul edilirse, sözleşme kurma ilişkisini reddetmenin ahlaka aykırı olmadığı durumlarda tekellerin, sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilemeyecektir. Oysa ki tekeller, belirli bir mal veya hizmeti sunmak konusunda yegane sağlayıcıdır. Kişilerin, bu malları başka yerlerden sağlama olanakları ya hiç yoktur ya da bunların tedariki kendilerinden beklenemeyecek derecede masraflıdır.

¹⁵⁸ **Larenz**, SR I, s. 48 ; **Gernhuber**, Handbuch des Schuldrechts, Band 8, Das Schuldverhältnis, Tübingen 1989, sh. 134 – 135. ; **Palandt/Heinrichs**, 64. A., Einf. Vor 145, N. 9.; naklen **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 511, dpn. 22

Böyle bir durumda tekellerin, haklı bir neden olmaksızın sahip oldukları mal veya hizmetlerin tedariki konusunda sözleşme ilişkisinden kaçınmaları dürüstlük kuralına aykırı olur. Zira dürüstlük kuralı, haklı bir neden bulunmadığı müddetçe talepte bulunanlarla bir sözleşme ilişkisi kurulmasını zorunlu kılmaktadır.

2.2.2. Dürüstlük Kuralı Görüşü

Tekellerin, kendilerine başvuranlarla Medeni Kanun'un ikinci maddesi gereğince bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğunu savunan görüşe göre¹⁵⁹, tekellerin sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı Medeni Kanun'un ikinci maddesidir. Buna göre, herhangi bir kanunda sözleşme yapma zorunluluğu getiren açık bir hüküm bulunmadığı taktirde, bu zorunluluk genellikle MK. 2/II'ye dayandırılmalıdır. Tekel durumunda bulunan kişi veya kuruluşların, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir icabı kabul borcu bulunmaktadır. Bu durumdaki kişi veya kuruluşlar, haklı bir neden bulunmadıkça sözleşme yapmaktan kaçınmazlar. Aksine davranış, sözleşme yapma özgürlüğüne, bir başka ifadeyle hakkın kötüye kullanılma yasağına aykırı olur. Bu anlamda, tekel durumunun kamu hukukuna dayanan bir imtiyazdan kaynaklanmış olması ile fiili bir tekel halinde bulunma arasında herhangi bir fark yoktur. Örneğin, Tekel Genel Müdürlüğü'nün, tekele ait ürünleri haklı bir neden bulunmadıkça satmaktan kaçınması ile bir kasabanın tek fırınının ekmek almak isteyen birisine ekmek satmaktan kaçınması arasında herhangi bir fark yoktur. Her ikisinin davranışı da, eğer haklı bir neden söz konusu değilse sözleşme yapma özgürlüğünün kötüye kullanılması sonucunu doğurur.

Ancak, kabul beyanı yapılmış olmadıkça sözleşme kurulmuş olmayacağına göre, kurulmamış olan bir sözleşmenin hakkın kötüye kullanılması sayılarak baştan itibaren geçerli olduğu şeklinde yorumlanmamalıdır¹⁶⁰. Buradaki dürüstlük kuralının rolü, bir tarafın sözleşmeyi kurmak amacıyla yapmış olduğu teklifi, diğer tarafın dürüstlük kuralı uyarınca kabul borcu doğurmasıdır. Kabul beyanı yapılmadığı

¹⁵⁹ **Saymen**, Ferit Hakkı / **Elbir** Halit Kemal: *Türk Borçlar Hukuku*, C. 1, İstanbul, 1958, sh. 187. **Oğuzman** / **Öz**, sh. 146. ;

¹⁶⁰ **Oğuzman** / **Öz**, sh. 146 vd.

müddetçe sözleşme kurulmuş olmayacaktır. Ancak bu durum, sözleşmenin kurulmamış olmasından [kabul beyanının yapılmamış olmasından] kaynaklanan karşı tarafın zararını BK. m. 96 uyarınca talep etmeye engel olmayacaktır. Hatta, dürüstlük kuralından kaynaklanan bu kabul yükümlülüğü için zarara uğrayan taraf mahkemeye başvurmak suretiyle alacağı bir kararla sözleşmenin kurulmasını sağlayabilecektir.

Bize göre de, tekellerin sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı MK. 2 hükmüdür. Zira MK. 2 hükmü, herkese, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etme ödevi yükleyen genel nitelikte bir hukuk ilkesidir. Bu ilkenin tabii bir sonucu olarak, tekel durumunda bulunan kişiler de, dürüstlük kuralının gerektirdiği şekilde hareket etmek mecburiyetindedirler. Bu doğrultuda, kendilerine başvuran kişilerle, dürüstlük kuralı aksini belirtmediği müddetçe sözleşme yapmak zorundadırlar. Bir başka ifadeyle, tekel niteliğindeki kişi veya kuruluşlar, sözleşme özgürlüğüne sığınarak, kendilerine başvuran kişilerle haklı bir neden olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmazlar. Zira, tekel halinde sunulan mal veya hizmetlerin tedarikinde, kişilerin başka bir tercih hakkı söz konusu olmayacaktır. Kişiler, anılan mal veya hizmetleri isteseler dahi başka bir yerden veya başka bir şekilde tedarik etme olanaklarına fiili olarak sahip değildirler. O nedenle tekeller, diğer kişi veya kuruluşlardan daha hassas olmalı ve kendilerine sözleşme kurmak için başvuran kişilerle dürüstlük kuralı aksini göstermediği müddetçe sözleşme kurmalıdır. Örneğin, bir ilçedeki bir tek bilardo salonu, düğün salonu, tekel bayii, internet cafe o ilçe bakımından tekel niteliğini haiz olan kişi veya kuruluşlar olup, o ilçede yaşayan kişilerin, bu hizmeti başka bir şekilde sağlamaları mümkün değildir. Her ne kadar, bu nitelikteki mal veya hizmetlerin zaruri olmadığını, sözleşme ilişkisinden kaçınmanın diğer taraf nezdinde herhangi bir zarara yol açmadığı ileri sürülebilirse de, böyle bir durumun, kişilerin ruhsal yapılarında bir çöküntüye yol açabileceği ihtimali gözardı edilmemelidir. Öte yandan, alkol ve sigara gibi zararlı olan mal veya hizmetleri sağlayan tekellerde olduğu gibi, sözleşme ilişkisinden kaçınmanın herhangi bir zarara neden olmadığı, hatta kişilerin yararına olduğu gibi bir gerekçe ileri sürülebilir. Ancak bu gerekçelerin hiç birisi, tekellerin, sözleşme ilişkisinden kaçınmasının haklı bir mazereti veya hukuki gerekçesi olarak kabul edilemez. Zira, sosyal bir varlık olarak kişilerin, yaşamsal ihtiyaçlarının yanısıra, bu türden sosyal

ihtiyaçlarının da bulunduğu, bu günkü modern toplumlar açısından kabul edilen bir gerçekliktir. Öte yandan, bu türden mal ve hizmetlerin toplumdaki kişilerden bir kısmına sunulup diğerlerine sunulmaması, Anayasa'nın 10. maddesinde belirtilen eşitlik ilkesine aykırı olup aynı zamanda kişinin toplum içindeki sosyal statüsünün de zayıflamasına neden olur. Bu nedenle, tekel niteliğini haiz kişi veya kuruluşların, sahip oldukları bu gücü kötüye kullanmaları yasaklanmış ve haklı bir neden olmadığı müddetçe, kendilerine başvuranlarla sözleşme yapmaktan kaçınamayacakları kabul edilmiştir. Dolayısıyla, yaşamsal nitelikteki mal veya hizmetleri topluma arz etmeseler dahi, tekel niteliğini haiz kişi veya kuruluşlar, sunmuş oldukları mal veya hizmetler yönünden, kendilerine başvuran kişilerle Medeni Kanun'un ikinci maddesinden doğan bir sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı kabul edilmelidir.

2.3. Umuma Açık Yerleri İşletenlerin Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir sonucu olarak kişiler, özel hukukun kapsamına giren alanlarda kendilerine sunulan hukuki ilişki tekliflerini hiçbir gerekçe göstermeksizin reddedebilirler¹⁶¹. Ancak, umuma açık yerlerdeki otel, lokanta, sinema, kafe, tiyatro gibi işletmeler söz konusu olduğunda, sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunup bulunmadığı, sözleşme yapma yükümlülüğünün varlığının kabulü halinde bunun hukuki dayanağının ne olacağı hususunda doktrinde fikir birliği bulunmamaktadır.

Doktrindeki bir görüş¹⁶², aleni yerlerdeki işletmelerin sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanağı olarak BK. 7/III hükmünü göstererek, *sözleşme ilişkisini reddetmenin aleni icaba uygun olmadığını* savunmaktadır.

Bu görüşe göre, umuma açık yerlerdeki işletmeler, sunmuş oldukları mal veya hizmetler bakımından *aleni bir icapta* bulunmaktadırlar. Buradaki icap, toplumun

¹⁶¹ Ateş, sh. 51. ; Eren, sh. 270. ; Kocayusupaşaoğlu, sh.505.

¹⁶² Schwarz Andres B.: *Borçlar Hukuku Dersleri*, Çev. Bülent Davran. İstanbul, 1948, sh. 265. ; Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, sh. 365 -366 ; Oğuzman / Öz, sh. 133. ; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 47 -145. ; Feyzioğlu, sh. 277.

geneline yöneltilmektedir¹⁶³. Dolayısıyla, icabın muhatabı belirli olmayıp, toplumdaki herkes icabın muhatabıdır¹⁶⁴. İcapta bulunanlar, icap konusu olan malın veya hizmetin bedeli karşılığında, herkese satılabileceği ya da *herkesin* bu hizmetten yararlanabileceğini kabul etmektedirler¹⁶⁵. BK. m. 7 / III hükmü, “*seminin gösterilerek emtianın teşhir edilmesi, kaideten icap olarak addedilir*” demek suretiyle bir karine getirmektedir. Bu karineye göre, bir malın fiyatı gösterilerek sergilenmesi, bu malın satılmak amacıyla sergilendiği anlamı taşır. Sergilenen malın üzerinde fiyatı da belirtilmiş olduğundan bu, sözleşmenin kurulması için gerekli ilk unsur olan *icap* olarak nitelendirilir. Zira, icabın tüm unsurları bu şekilde sergilenen malda bir araya gelmiştir. Bu nedenle, fiyatının belirtilerek bir malın sergilenmesi *icap* olarak değerlendirilmektedir.

Örneğin bir plaj, lokanta, kahve, otel veya bir dükkan açık olmak ve işletilmek kaydıyla toplumun geneline yönelik, aleni bir icapta bulunmaktadır. Bu icabın muhatabı olan kişilerin, icaba uygun kabul beyanları ile sözleşmeyi kurabilecekleri öngörülerek burada, bir sözleşme kurma zorunluluğunun bulunduğu ileri sürülmektedir.

Ancak bu görüş, haklı olarak eleştiriye uğramıştır. İlk olarak, BK. 7 / III hükmünde “*seminin göstererek emtia teşhiri*”nden bahsedildiği için, umuma yönelik hizmet arz eden müesseselerin bu kapsam içerisinde değerlendirilemeyecektir¹⁶⁶. Örneğin, bir sinemanın kapısında filmin afişi ve üzerinde de film izleme ücreti yazılı olsa dahi, kabul beyanı ile sözleşme kurulamayacaktır. Zira, BK. 7 / III, konusu mal olan sözleşmelerde uygulama alanı bulabilecektir¹⁶⁷. Öte yandan, sinema, tiyatro,

¹⁶³ Akıncı, sh. 79.

¹⁶⁴ Akıncı, sh. 79.

¹⁶⁵ Akıncı, sh. 79.

¹⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 516. ; Oğuzman/Öz, sh. 146.

¹⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 516. ; İsviçre Federal Mahkemesi, 2.2.1954 tarihli bir kararında, bir sinema eleştirmeninin Zürih’teki Studio 4 adlı bir sinemada oynayan bir film ile ilgili yazdığı eleştiri yazısı üzerine, sinema işletmecisi eleştirmene bir mektup göndererek bundan sonra kendisini sinemaya almayacağını bildirmiştir. Eleştirmen de, bu mektup üzerine, sözleşme yapma zorunluluğundan hareket ederek açtığı dava Federal Mahkemece reddedilmiştir. Federal Mahkemenin red gerekçelerinde birisi de, davacının dayanmış olduğu BK. 7 / III hükmü olmuştur. Federal Mahkeme, BK. 7 / III hükmünün olaya uygulanamayacağını zira, BK. 7 / III hükmünün sadece konusu mal olan sözleşmelerde uygulanabileceğini, kaldı ki, BK. 7 / III hükmünün bu konuda bir kaide (İlke) getirdiğini, bu nedenle anılan hükmün emredici niteliğinin olmadığını, bu nedenle konusu mal olan sözleşmelerde dahi icapcının bazı kimseleri icabın kapsamı dışında tutabileceğini, sinema sahibinin, eleştirmene göndermiş olduğu

seyahat acenteleri, otel, plaj vb işletmelerinin bedelini bildirerek umuma hizmet sunmaları bir icap olarak değil, icaba davet olarak değerlendirilmelidir¹⁶⁸. Bu nedenle icaba davet, yalnızca sözleşmenin kurulmasına yönelik bir davet olup, bir icabın olması gereken tüm unsurlarını içermediğinden kabul beyanı ile de sözleşme kurulamayacaktır. Dolayısıyla, BK. 7 / III hükmü, bir sözleşme yapma zorunluluğu olarak nitelendirilemez¹⁶⁹. Diğer taraftan, BK. 7/III'ün koşullarının olduğu durumda, [örneğin, üzerinde fiyatı yazılı bir takım elbisenin bir mağazanın vitrininde sergilenmesi veya üzerinde fiyatı bulunan bir otomobilin galeride teşhir edilmesi halinde icabın bütün koşulları gerçekleşmiştir] karşı tarafın *kabul* beyanı ile [örneğin, üzerindeki fiyat ile takım elbiseyi alıyorum veya arabayı almayı kabul ediyorum beyanı ile] sözleşme kurulmuş olacaktır. Dolayısıyla, *kabul* beyanı ile sözleşme kurulmuş olacağından, diğer tarafı sözleşme kurmaya zorlamaktan bahsetmek mümkün değildir. Zira, kurulmuş olan bir sözleşmeyi yeniden kurmak mümkün olamayacağına göre, BK. 7/III koşullarının olduğu durumda da sözleşmeyi kurmaya zorlamak hukuken ve mantıken mümkün değildir. Zira, BK. 7/III koşullarının olduğu bir durumda, karşı tarafın kabul beyanı üzerine sözleşme kurulmuş olacağından, icapta bulunanın icabının gereğini yerine getirmemesi, sözleşmenin kurulması ile ilgili bir sorun olmayıp sözleşmenin ifa safhası ile ilgili bir sorundur. Dolayısıyla, BK. 7/III hükmü umuma açık işyerleri bakımından bir sözleşme yapma zorunluluğu hali olarak kabul edilemez.

Yeri gelmişken, BK. 7 / III hükmü ile sözleşme yapma zorunluluğu getiren TKHK. 5'nci maddesi arasında ilişkilere de değinmek gerekir. Hemen belirtmek gerekir ki, TKHK. m. 5, BK. 7/III'ün aksine bir sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. Diğer taraftan BK. 7/III hükmü, TKHK. 5'e nazaran daha geniş bir uygulama olanağına sahiptir. Zira, TKHK. m. 5'in kapsamına yalnızca tüketiciler girmektedir. Oysa, BK. 7 /III hükmü, tüketici olsun yada olmasın tüm kişilere uygulanabilen genel nitelikte bir hükümdür. BK. 7/III hükmü konusu mal olan sözleşmelerde uygulama olanağına sahipken, TKHK. m. 5, konusu hem mal hem de hizmet olan sözleşmelerde uygulama olanağına sahiptir.

mektubun da bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 515 vd.

¹⁶⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 517.

¹⁶⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 522.

Buna karşılık, hem BK. 7/III'ün hem de TKHK. m. 5'in kapsamına giren durumlarda hangi yasa hükmünün uygulanacağı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fiyatı gösterilerek ve satılık olmadığına ilişkin herhangi bir ibarenin bulunmadığı mallarda ilk olarak BK. 7 / III hükmü uygulama alanı bulacaktır¹⁷⁰. Zira bu durumda icap satıcı tarafından yapılmış olup, alıcının kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olacaktır. Bu nedenle TKHK. 5/I hükmü, bu durumda uygulama alanı bulamayacaktır. Zira TKHK. 5 / I hükmü, tüketici [alıcı] tarafından yapılacak olan icap doğrultusunda satıcıya bir sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. Böyle bir durumda, kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olacağından TKHK. 5/I'in uygulanmasına gerek kalmayacaktır. Öte yandan BK. 7 / III hükmü, yalnızca sergilenen mallar açısından uygulama olanağına sahip olduğundan mağazanın deposunda bulunan aynı cins mallar açısından bir sözleşme yapma zorunluluğu doğurmayacaktır. O nedenle, böyle bir durumda TKHK. 5 / I hükmü devreye girecek ve mağazanın deposunda bulunan, teşhir edilmemiş mallar açısından da bir sözleşme yapma zorunluluğunun varlığı kabul edilecektir.

Fiyatı gösterilmeksizin sergilenen mallar açısından ise BK. 7 / III değil, TKHK. 5 / I uygulama alanı bulacaktır¹⁷¹. Zira böyle bir durumda, bir icaba davet söz konusu olduğundan kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olmayacaktır. Ancak TKHK. 5 / I, fiyatı gösterilsin veya gösterilmesin malın sergilenmesi halinde satıcı açısından bir sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. Bu nedenle, fiyatı gösterilerek sergilenen mallarda öncelikle BK. 7 / III hükmü uygulama alanı bulacak, buna karşın fiyatı gösterilen ancak mağazanın deposundan bulunan misli mallarda TKHK. 5 / I hükmü uygulama alanı bulacaktır. Yine, fiyatı gösterilmeden sergilenen mallar açısından da TKHK. 5 / I hükmünün öncelikli olarak uygulanacağını belirtmek gerekir. Yine bedeli gösterilmeyen ve teşhir edilmeyen ancak misli eşya niteliğinde olup mağazada veya mağazanın deposunda bulunan mallar bakımından da TKHK. 5/I hükmü gereği bir sözleşme yapma zorunluluğu olup TKHK. 5 hükmü, öncelikli olarak uygulama alanı bulacaktır¹⁷².

¹⁷⁰ Kocayusupşaoğlu, sh. 522.

¹⁷¹ Kocayusupşaoğlu, sh. 522 – 523.

¹⁷² Kocayusupşaoğlu, sh. 524. ; Oğuzman/Öz, sh. 48.

2.3.1. Haksız Fiil Görüşü

Bu görüş¹⁷³, umuma açık yerleri işletenlerin sözleşme yapma zorunluluğunun kaynağı olarak BK. 41/II'yi göstermektedirler. Bu görüşe göre, sözleşme ilişkisini haklı ve makul bir neden bulunmasızın reddetmek ahlaka aykırı bir fiil ile başkasına zarar verme niteliğini taşır. Bu şekilde ahlaka aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kişi, BK. 41/II uyarınca vermiş olduğu bu zararı tazmin etmek yükümlülüğü altına girer. BK. 43/I'e göre hakim, tazminatın tür ve kapsamını tayin etme konusunda bir serbestiye sahiptir. Hakim, söz konusu zararın nakten tazmine karar verebileceği gibi, aynen tazminine de karar verebilir. Hakimin, aynen tazmine ilişkin kararı, yapılmasından kaçınılan sözleşmenin aynen ifası yani sözleşmenin kurulmasına ilişkin bir karardır. Dolayısıyla, BK. 41/II bu anlamda bir sözleşme kurma zorunluğu doğuran bir hükümdür. Buna göre, umuma açık yerleri işletenlerin sözleşme yapmaktan kaçınmaları, BK. 41/II anlamında ahlaka aykırı bir fiil olarak nitelendirilmekte ise o taktirde, bu kişilerin bir sözleşme yapma zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

2.3.2. Dürüstlük Kurahı Görüşü

Bu görüşü savunan yazarlara göre¹⁷⁴, umuma açık yerleri işletenlerin MK. 2/II'den kaynaklanan bir sözleşme kurma zorunluluğu bulunmaktadır. Buna göre, umuma açık işletmeler sözleşme kurma talebini haklı bir neden olmadığı müddetçe reddedemezler. Zira bunlar, açık olmak suretiyle toplumun geneline yönelik bir icaba davette bulunmaktadırlar. Kapılarını kapamak suretiyle sözleşme ilişkisinden kaçınabilecekleri halde açık kalmak kaydıyla, sözleşme kurma ilişkisine hazır oldukları yönünde topluma bir davette bulunmaktadırlar. Bu nedenle, haklı ve makul bir neden bulunmadıkça sözleşme kurmaktan kaçınamazlar. Aksine davranış, sözleşme yapma özgürlüğüne, bir başka ifadeyle hakkın kötüye kullanılma yasağına aykırı olur.

¹⁷³ Erman, sh. 608. ; Eren, sh. 275 vd. ; Ateş, sh. 53.

¹⁷⁴ Saymen / Elbir , sh. 187. ; Oğuzman / Öz, sh. 146. ; Kılıçoğlu, (Borçlar Hukuku) sh. 52 vd. ; Oğuzman/Öz, sh. 146.

2.3.3. Kişilik Hakları Görüşü

Sözleşme ilişkisinden kaçınma, kişilik haklarını ihlal edici bir surette gerçekleşmiş olabilir. Böyle bir durumda, kişilik hakları saldırıya uğrayan kimse MK.24 ve 25'nci maddeleri gereğince hakimden kişilik haklarının korunmasını talep edebilir. Hakim, bu şekildeki bir talep durumunda MK.25/I hükmü gereğince kişilik hakları saldırıya uğrayan tarafa tecavüze son verilmesini veya ileride gerçekleşmesi muhtemel bir tecavüzün önlenmesine karar verebilecektir. Bu şekildeki bir hakim kararı, sözleşme ilişkisinden kaçınan taraf açısından bir sözleşme kurma yükümlülüğü anlamına gelecektir. Bir örnek¹⁷⁵ vermek gerekirse, bir lokanta sahibinin zenci müşteriyi sırf zenci olduğu gerekçesiyle içeri almaması ve yemek vermemesi durumunda, zenci müşteri bakımından bir kişilik hakkı ihlali söz konusudur [MK. 24]. Böyle bir durumda zenci müşteri, kendisi ile sözleşme yapmaktan kaçınan lokanta sahibini sözleşme yapmaya zorlamak [yemek yiyebilmek] için, kişilik hakları ihlal edilmek suretiyle sözleşme ilişkisinden kaçınıldığını belirterek hakime müracaat edecek ve kişilik haklarının korunmasını talep edecektir. Böyle bir talep üzerine hakim, MK. 25/I hükmü uyarınca devam etmekte olan bir tecavüz söz konusu ise *tecavüze son verilmesine, ileride gerçekleşmesi mümkün bir saldırı söz konusu ise bu saldırının önlenmesine* karar verecek bu şekilde kurulmasından kaçınılan sözleşmenin kurulmasına karar verecektir.

Kanaatimizce, umuma açık işletmelerin sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki nedenini, yalnızca tek bir nedene indirgemek ve her durumda bu hukuki nedenden dolayı sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğunu kabul etmek doğru bir yaklaşım olarak kabul edilemez. Zira, sözleşme kurma ilişkisini reddeden her somut davranışa göre sözleşme kurma yükümlülüğünün kaynağı değişebilir. Yukarıdaki zenci müşteriye lokanta sahibinin yemek vermeme [sözleşme ilişkisinden sırf zenci olduğu nedeniyle vazgeçme] örneğinde, lokanta sahibinin sözleşme ilişkisinden kaçınması siyah insan bakımından kişilik haklarına aykırılık teşkil edecektir [MK. 24]. Böyle bir durumda siyah insan öncelikle, kişilik haklarını koruyan hükümlere müracaat edecek ve lokanta sahibinin bu davranışının kişilik haklarına [ve aynı zamanda ahlaka] aykırı

¹⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 511 vd.

olduğu belirterek hakimden MK. 24 ve 25/I gereğince lokanta sahibi ile sözleşme kurulmasını talep edebilir. Hakim de, MK.25/I hükmü gereğince kişilik haklarına aykırı olarak sözleşme ilişkisinden kaçınan lokanta sahibini zenci ile sözleşme kurmasına karar verebilir. Bu kararlar zenci, lokantaya giderek yemek yeyebilir.

Umuma açık yerleri işletenlerin sözleşme ilişkisinden kaçınma eylemleri yukarıdaki gibi kişilik haklarını ihlal edici bir mahiyette değilse, BK. 41/II'de öngörülen ahlaka aykırı bir mahiyette gerçekleşmişse o takdirde BK. 41/II'den kaynaklanan bir sözleşme yapma zorunluluğunun varlığını kabul etmek gerekecektir. Örneğin bir fırının, yahudi olan birisine ekmek satmayı reddetmesi halinde, sözleşme ilişkisinden kaçınılan davranış BK. 41/II kapsamında, ahlaka aykırı bir davranış ile başkasına zarar verme niteliğindedir. Böyle bir durumda sözleşme kurma ilişkisi reddedilen kişi hakimden, BK. 41/II ve 43/I hükümleri gereğince, sözleşme kurma yükümlülüğünü aynen ifa etmesini talep edebilir. Hakimin vereceği karar ile, kaçınılan sözleşme ilişkisi kurulmuş olur. Burada zararın ve kusurun varlığını ispat etmeye gerek yoktur. Zira, zarar ve kasıt BK. 41/II'deki tazminat talebi için öngörülmüş olan unsurlardır. Oysa buradaki talep bir tazminat talebi olmayıp, tazminata ilişkin kanun hükmünden dolayı olarak çıkartılan bir aynen ifa talebidir¹⁷⁶.

Sözleşme ilişkisini reddetme fiili, yukarıda belirtilen her iki duruma da uymuyorsa o takdirde MK. 2/II hükümleri göz önünde tutulacak, sözleşme ilişkisinden kaçınmanın hakkın kötüye kullanılması yasağı kapsamında bulunup bulunmadığı tespit edilecektir. Eğer, sözleşme ilişkisini reddetme, hakkın kötüye kullanılması niteliğinde ise o takdirde MK. 2/II'den kaynaklanan bir sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu olacaktır¹⁷⁷.

¹⁷⁶ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 512 vd. ; **Eren**, sh. 276.

¹⁷⁷ **Kocayusufpaşaoğlu**'da sözleşme yapma zorunluluğunun bulunup bulunmadığı bakımından bizim yapmış olduğumuz sınıflandırmaya benzer bir sınıflandırma yapmıştır. Kocayusufpaşaoğlu'na göre ; Sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedebilmek için ilk bakılması gereken, *yapılan davranışın kişilik haklarına bir tecavüz teşkil edip etmediğidir*. İkinci olarak, kişilik haklarına tecavüz teşkil eden bir durum yoksa o takdirde, yapılan davranışın BK. 41/II'ye aykırılık niteliğinde olup olmadığına bakılmalıdır. Son olarak, yukarıdaki iki hususunda gerçekleşmediği bir durumda yapılan davranışın MK.2'de düzenlenen dürüstlük kuralına veya hakkın kötüye kullanılması yasağına aykırı olup olmadığına bakılacaktır. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 511-512.

3. Kamu Hukuku'na İlişkin Yasalardan Doğan Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Toplum için büyük önem arzeden su, elektrik, doğalgaz, ulaşım, iletişim vb bazı mal ve hizmetlerinin arzı, devlet tarafından belli bazı kurum veya kuruluşlara özgülenmiştir. Yukarıda belirtilen mal veya hizmetler, kişilerin toplum içerisindeki faaliyetlerini devam ettirebilmeleri bakımından hayati derecede öneme sahiptirler. Anılan müesseselerin kendilerine başvuran kişilerle sözleşme yapmama özgürlüğünün kabul edilmesi, hem kişisel eşitsizliklere hem de kişinin toplum içerisindeki yaşantısının güçleşmesine hatta belkide imkansızlaşmasına yol açabilecektir. Örneğin, elektrik idaresinin, sözleşme yapmak için kendisine başvuran bir enerji santralının talebini reddetmesi veya oto yıkama şirketinin başvurusunun İSKİ tarafından reddedilmesi yahut, bir kişinin evine elektirik, su, doğalgaz veya sabit telefon hattı çekilmesi taleplerinin reddetmesi hem kişisel özgürlüğü hem de ekonomik özgürlüğü olumsuz biçimde etkileyecektir. Bu nedenle, kamu hizmeti ifa eden ve toplum için gerekli ve zorunlu olan mal veya hizmetleri piyasaya arz eden kamu idareleri veya kurumları, bunlara bağlı teşekküller, yahut imtiyaz suretiyle bu hizmetleri yerine getiren işletmeler, kanunlarda bunlara sözleşme yapma zorunluluğu getiren herhangi bir hüküm bulunmasa dahi, hizmetten yararlanacak olan kişinin gerekli şartları taşıması ve hizmetin yerine getirilmesinde kanuni ve teknik imkanların bulunması koşuluna bağlı olarak, kendilerine başvuran herkes ile sözleşme kurma mecburiyetindedirler¹⁷⁸. Hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme kurma zorunluluğu için, anılan kurum veya kuruluşların tekel niteliğinde bulunmaları zorunlu değildir¹⁷⁹. Öte yandan, söz konusu kurum veya kuruluşlar aynı zamanda tekel niteliğine haiz iseler, o takdirde, tekel niteliğini haiz kişilerin sözleşme kurma zorunluluğuna ilişkin hükümlere de ayrıca dayanılabilecektir¹⁸⁰.

¹⁷⁸ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 156 vd. ; **Eren**, sh. 274 - 275 vd. ; **Oğuzman / Öz**, sh. 144. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 52 vd. ; **Kocayusupaşaoğlu**, sh. 506. ; Yargıtay, hizmet veren kuruluş ile hizmetten yararlananlar arasındaki ilişkiyi bir kamu hukuku ilişkisi olarak değil, katımalı (İltihaki) sözleşme biçiminde gerçekleşen bir özel hukuk ilişkisi olarak kabul etmektedir. Bkz. Yargıtayın 05.04.1944 tarihli İçtihadı Birleştirme Kurulu Kararı, RG. 5915. ; Yarg. HGK. T. 13.05.1977, E. 1976/ 4-1976, K. 1977 / 480 sayılı kararı. **Kocayusupaşaoğlu**, sh. 506. dnp. 5 ve 6. ; Yarg. 12. HD. 12.12.2006 T. 2006 / 11648 E. 2006 / 16248 K. Sayılı Kararı.: Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

¹⁷⁹ **Kocayusupaşaoğlu**, sh. 506.

¹⁸⁰ **Kocayusupaşaoğlu**, sh. 506.

III. BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KONUSUNU DÜZENLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

I. GENEL OLARAK

Sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğü, 818 sayılı yürürlükteki Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Düzenleme özgürlüğünün sınırlarını tespit ederken BK. 19/II ve 20/I maddeleri birlikte göz önüne alınacaktır. Buna karşın, BKT'de sözleşme özgürlüğünün sınırları tek bir maddede düzenlenmiştir. Öte yandan madde, Genel İşlem Koşullarında sonra düzenlenmiş olup madde numarası da değişikliğe uğramıştır. Bu bölümde, öncelikle sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüne sınır çizen BK. 19/II ve 20/I de belirtilen sınırlamalar ele alınıp incelenecektir. Bu inceleme yapılırken, Borçlar Kanunu Tasarısındaki düzenlemeler de göz önüne alınacak ve mevcut düzenleme ile olan farklılıkları belirtilecektir.

Sözleşme özgürlüğü, yukarıda da ifade edildiği üzere bir anlamı ile sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü, diğer anlamı ile sözleşmenin konusu, tipini, şeklini ve taraflarını serbestçe seçebilme özgürlüğünü ifade eder¹⁸¹. Bir başka ifadeyle kişiler, yasalara aykırı olmamak kaydıyla diledikleri şekilde sözleşme yapmakta özgürdürler. Bu anlamı ile sözleşme özgürlüğü, bir sözleşmenin içeriğini oluşturan tüm unsurların, kanunun öngördüğü sınırlar içerisinde serbestçe belirlenebilme hürriyetini ifade eden *sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüdür*¹⁸². Bu husus, Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinin 1. fıkrasında ; *“Bir akdın mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tâyin olunabilir.”* şeklinde ifade edilmiştir.

¹⁸¹ Aybay, sh. 36. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 503 ; Eren, sh. 270.

¹⁸² Ateş, sh. 42.

Düzenleme özgürlüğü kural olmakla beraber, bu özgürlüğün de yasalardan kaynaklanan belirli sınırlamaları vardır¹⁸³. Bu sınırlamalar, BK. 19/II ve BK. 20/I’de düzenlenmiştir¹⁸⁴.

Düzenleme özgürlüğüne getirilen ilk sınırlama, BK. 19/II’de belirtilmiş olan “*hukuka aykırılık*” tır. BK. 19/II’de bu husus; “*Kanunun kat’i surette emreylediği hukukî kaidelere veya kanuna muhalefet ... veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça ... muteberdir.*” şeklinde ifade edilmiştir. Madde, oldukça karmaşık ve bozuk bir dille kaleme alınmıştır. Yasa maddesinde ifade edilen “*Kanunun kat’i surette emreylediği hukukî kaidelere ... aykırılık*” cümlesi ile, “emredici hukuk kurallarına aykırılık¹⁸⁵”, “*kanuna ... muhalefet*” sözcüğü ile, “yasak koyan hukuk kurallarına aykırılık”, “*umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara aykırılık...*” ifadeleri ile de “kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık” kastedilmiştir. Bütün bunlar sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne sınır çizen kavramlardır. Ancak, bu kavramlar ile korunmak istenen menfaat, hukuk düzenini bozan davranışların engellenmesidir. Dolayısıyla, BK. 19/II’de ayrı ayrı zikredilen ve düzenleme özgürlüğüne sınır teşkil eden kavramlar, hukuk düzeninin korunması amacıyla hizmet etmektedir. Bu nedenle, BK. 19/II’de belirtilen yasaklara aykırılık, hukuk düzeninin bozucu nitelikte olacağından bunları *hukuka aykırılık* üst başlığı altında değerlendireceğiz¹⁸⁶.

Düzenleme özgürlüğüne getirilen bir diğer sınırlama ise hem BK. 19/II’de ve hem de BK. 20/1 ifade edilen *ahlaka [adaba]*) aykırılık kavramıdır. *Ahlaka aykırılık*, ilk olarak BK.19/II’de belirtilmiş ve “*ahlaka aykırı olmadıkça sözleşmelerin geçerli olacağı*” ifade edilmiştir. Bu hüküm, sözleşmelerin çerçevesini genel olarak ve negatif biçimde çizen bir düzenlemedir. BK. 20/I’de ise, “*Bir akdin mevzuu ahlâka (âdaba) mugayir olursa o akit bâtildir.*” demek suretiyle hem BK.19/II’deki yasağı tekrar etmek suretiyle sözleşmelerin sınırlarını pozitif bir biçimde çizmekte hemde buna aykırı olan sözleşmelere uygulanacak olan hukuki yaptırımın ne olacağını düzenlemektedir.

¹⁸³ Eren, sh. 285. ; Aybay, sh. 36.

¹⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 527. ;Eren, sh. 285.

¹⁸⁵ Karahasan, (Sorumluluk) sh. 257. ; Aybay, sh. 37. ; Karahasan, (Borçlar Hukuku) sh. 268. ; Akıntürk, sh. 54.

¹⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, sh . 531. ; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 161. ; Baştuğ, sh. 65.

Düzenleme özgürlüğüne getirilen son sınırlama ise, BK. 20/I'de ifade edilen “*imkansızlık*” kavramıdır¹⁸⁷. Bu husus BK. 20/I'de “ *bir akdin mevzuunun gayri mümkün olması halinde o akit batıldır*” şeklinde ifade edilmiştir. “*İmkansızlık*” kavramı maddede, “*gayri mümkün*” cümlesiyle ifade edilmiştir.

BK. 19/I ve BK. 20/I'de belirtilen *akdin mevzuu* ifadesi, *sözleşmeye ait konu* olarak yorumlanmakta ise de, gerçekte *tarafların açık ya da örtülü olarak üzerinde mutabakata vardıkları tüm sözleşme hükümlerini “sözleşme içeriğini”* ifade etmek için kullanılmıştır¹⁸⁸. “*Sözleşmenin içeriği*” kavramı ise doktrinde iki farklı anlamda kullanılmaktadır. *Dar anlamda sözleşmenin içeriği* kavramı, bir sözleşme ilişkisi içerisinde tarafların karşılıklı olarak kararlaştırdıkları hak ve yükümlülükleri ifade eder¹⁸⁹. Bu anlamda içeriğe, sözleşmede taraflara yüklenen haklar ve yükümlülükler, sözleşmede kararlaştırılan edimler, sözleşme ile ulaşılmak istenen doğrudan amaç gibi unsurlar dahildir. “*Geniş anlamda sözleşme içeriği*” ise, tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri doğrudan amacın yanısıra, sözleşme ilişkisi içerisinde gerçekleştirebilecek olan ve taraflarca arzulanan *dolaylı ortak amaçlar*¹⁹⁰ da içerik kavramına dahildir¹⁹¹. Bu nedenle, BK.’nın hem 19 ve hem de 20. maddelerinde ifade edilen *akdin mevzuu* ifadesini *geniş anlamda sözleşme içeriği* olarak yorumlamak ve getirilen sınırlamaları da bu kapsam göz önünde tutarak değerlendirmek gerekmektedir¹⁹². Düzenleme özgürlüğünün sınırları, BK. m. 19/II ve BK. m. 20/I'de

¹⁸⁷ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 161. ; **Erman**, sh. 609. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 531.

¹⁸⁸ **Ateş**, sh. 197.

¹⁸⁹ **Eren**, sh. 285. ; **Ateş**, sh. 198. ; **Başpınar**, sh. 58.

¹⁹⁰ *Dolaylı ortak amaç*, tarafların sözleşmenin görünürdeki amacının dışında başka bir amaç güderek hukuki işlemi gerçekleştirmesidir. Burada, gerçekleştirilen hukuki işlem tamamen hukuka uygundur. Ancak bu hukuki işlem ile tarafların ulaşmak istedikleri sonuç hukuka aykırıdır. Bu nedenle taraflarca güdülen hukuka aykırı dolaylı ortak amaç nedeniyle sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Örneğin, Örneğin, bir banka ile kredi sözleşmesi imzalayan bir kişi, kredi olarak alacağı para ile uyuşturucu kaçakçılığı yapacak ise ve bankada bu durumu bilmekte ve kişinin bu amacını açık ve üstü örtülü olarak benimsemekte ise tarafların dolaylı ortak amacı hukuka aykırı olduğundan sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Buna karşın, hukuka aykırı dolaylı ortak amaç sözleşmenin diğer tarafınca bilinmemekte ise sözleşmenin içeriğine dahil olmayacağından sözleşme geçerli olmaya devam edecektir. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534.

¹⁹¹ **Eren**, sh. 285 -286. ; **Ateş**, sh. 199. ; **Başpınar**, sh. 59 vd.

¹⁹² **Ateş**, sh. 199.

belirtilmiş olup, bir sözleşmenin hukuka uygunluğunun denetimini yaparken her iki maddenin [BK. m. 19/II ve BK. m. 20/I] de birlikte ele alınması zorunludur¹⁹³.

II. HUKUKA AYKIRILIK

1. Genel Olarak

Hukuka aykırılık, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüne getirilen ilk sınırlamadır. Bu nedenle, bir sözleşmenin konusu hukuka aykırı ise o sözleşme, BK. 19/II ve 20/I hükmü uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Hukuka aykırılık, hukuk düzeninde yer alan objektif nitelikteki yazılı veya yazılı olmayan tüm hukuk kurallarına aykırılığı ifade eder¹⁹⁴. Bu anlamda, hukuka aykırılığı oluşturacak olan kuralların Kamu Hukuku veya Özel Hukuk içerisinde yer almaları önem taşımaz¹⁹⁵. Öte yandan, tarafların yapmış oldukları işlemin hukuka aykırılığını bilip bilmemeleri de hukuka aykırılığın gerçekleşmesi bakımından bir önem arzetmez. Tasarıda, yürürlükteki Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak *hukuka aykırılık* kriterine yer verilmemiştir. Sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen Tasarı'nın 27'nci maddesinde, hukuka aykırılık başlığı altında incelediğimiz, *emredici hukuk kuralları, kamu düzeni ve kişilik hakları* ayrı ayrı yazılarak bunların her biri, sözleşmeyi düzenleme özgürlüğüne bir sınır olarak kabul edilmiştir. Her ne kadar burada sayılan kriterler, hukuka aykırılık üst başlığı altında nitelendirilebilirlerse de, kişilik haklarına aykırılık ve kamu düzenine aykırılık kriterleri, yasalarda bunlara ilişkin bir hüküm olmasa dahi uygulama alanı bulan ve bu nedenle sözleşme özgürlüğünü sınırlayan kriterler olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle, Tasarıdaki düzenlemenin mevcut düzenlemeye göre daha isabetli olduğu görüşünderiz. Öte yandan, yürürlükteki Borçlar Kanunu'nda yalnızca sözleşmenin konusunu [içeriğini] düzenleme özgürlüğüne bir sınır getirilmiş olup bu sınırlamaya Tasarıda yer verilmemiştir. Tasarı, sadece

¹⁹³ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 161. ; **Eren**, sh. 285 vd. ; **Karahasan**, (Borçlar Hukuku), s. 267. ; **Baştuğ**, sh. 61. ; **Karahasan**, (Sorumluluk) sh. 257. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 531.

¹⁹⁴ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 532. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 65

¹⁹⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 532. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 65

sözleşmeden bahsetmiş olduğundan, sözleşmenin bizatihi kendisi, içeriği, amacı ve konusu da maddede belirtilen yasakların kapsamına girmiş olacaktır. Bu nedenle, Tasarıya göre, yalnızca sözleşmenin konusu değil, sözleşmenin bizatihi kendisi, içeriği ve amacı da *kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına* aykırı olamayacaktır.

2. Hukuka Aykırılık Kavramı

BK. 19/II ve 20/I, sözleşmenin konusunu düzenlemede *hukuka aykırılığın* bir sınırlama getirdiğini belirtmiş olmasına karşın, *hukuka aykırılığın* tanımına yer vermemiştir¹⁹⁶. Yasa koyucu, *hukuka aykırılığın* tanımını yapmamış, bu konuyu doktrin ve uygulamaya bırakmıştır¹⁹⁷. Borçlar Kanunu'nun 20'nci maddesinin 1'nci fıkrasında “ *bir sözleşmenin içeriğinin hukuka aykırı olması halinde batıl olacağı*” hükme bağlanmıştır. Maddede ifadesini bulan “*gayrı muhik*” sözcüğünü, İsviçre Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi *hukuka aykırılık* olarak anlamak gerekir¹⁹⁸. Ancak yasa, hukuka aykırılıktan ne anlaşılması gerektiği yolunda ne bir tanım ne de bir açıklama getirmiştir¹⁹⁹. Doktrinde ise, hukuka aykırılığı çeşitli ayrımlara tabi tutularak tanımlanmaya çalışılmıştır.

Hukuka aykırılık kavramı ile ilgili olarak en başta “*şekli anlamda hukuka aykırılık*” ve “*maddi anlamda hukuka aykırılık*” olmak üzere ikili bir ayrıma gidildiği görülmektedir²⁰⁰. *Şekli anlamda hukuka aykırılık*, sözleşmenin herhangi bir hükmünün pozitif bir hukuk kuralı ile çatışması olarak tanımlanmaktadır²⁰¹. *Maddi anlamda hukuka aykırılık* ise, sözleşmenin içerdiği hak ve borçlar itibariyle hukuk düzeninin

¹⁹⁶ **Karahasan**, (Borçlar Hukuku), sh. 267. ; **Başpınar**, sh. 124. ; **Karahasan**, (Sorumluluk), sh. 257. ; **Eren**, sh. 286.

¹⁹⁷ **Hatemi Hüseyin**. : *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, İstanbul, 1976, sh. 12 vd. ; **Başpınar**, sh. 124. ; **Eren**, sh. 286.

¹⁹⁸ BK. m. 20/1'de ifade edilen “ gayrı muhik” kavramı, İBK. m. 20'nin Almanca ve Fransızca metinlerinde olduğu gibi “ hukuka aykırı içerik” anlamında kullanıldığını kabul etmek gerekir. **Başpınar**, sh. 125. ; **Karahasan**, (Sorumluluk), sh. 257. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 531.

¹⁹⁹ **Karahasan**, (Borçlar Hukuku), sh. 267. ; **Başpınar**, sh. 124. ; **Karahasan**, (Sorumluluk), sh. 257. ; **Eren**, sh. 286.

²⁰⁰ **Başpınar**, sh. 124-125.

²⁰¹ **Başpınar**, sh. 124.

emredici bir kuralı ile çatışması olarak tanımlanmaktadır²⁰². Yasak veya buyruk koyan her kural, emredici hukuk kuralıdır²⁰³. Emredici hukuk kuralının, kamu hukukunda veya özel hukukta düzenlenmiş olması bu anlamda önemli değildir²⁰⁴. Bu açıdan, Türk/İsviçre hukuku ile Alman/Avusturya hukuku birbirinden ayrılmaktadır. Alman/Avusturya hukukunda, *hukuka aykırılık* için, açık bir şekilde yasak koyan bir hukuk kuralının ihlal edilmesi gerekmektedir²⁰⁵. Buna karşılık Türk ve İsviçre hukuk sisteminde ise, *hukuka aykırılık* için mutlaka kanunen yasak edilmiş bir hukuk kuralına aykırılığın gerçekleşmesi şart olmayıp, hukuk düzeni içerisinde yer alan herhangi bir emredici hukuk kuralı ile çatışma, *hukuka aykırılığın* gerçekleşmesi için yeterli olarak kabul edilmektedir²⁰⁶.

Öte yandan *hukuka aykırılık* kavramı doktrinde, “*dar anlamda hukuka aykırılık*” ve “*geniş anlamda hukuka aykırılık olmak*” olmak üzere başka bir ayrıma tabi tutulmuştur²⁰⁷. *Dar anlamda hukuka aykırılık*, sözleşme içeriğinin herhangi bir emredici hukuk kuralı ile çatışıp çatışmaması olarak tanımlanmaktadır²⁰⁸. BK. 19/II ve 20/I’de yer alan hukuka aykırılık, *dar anlamda hukuka aykırılıktır*²⁰⁹. Burada, sözleşmenin içeriği esas alınmaktadır. Sözleşmenin içeriğinin herhangi bir emredici bir hukuk kuralına aykırı olup olmadığı denetlenmektedir. Diğer bir ifadeyle, sözleşmenin içeriğine herhangi bir sınırlama getirmeyen emredici bir hukuk kuralına aykırılık, *dar anlamda hukuka aykırılık* oluşturmaz²¹⁰. *Geniş anlamda hukuka aykırılık* ise, hem sözleşmenin içeriğine ilişkin BK. 19/II ve 20/1’de belirtilen kurallara aykırılık, hem de o sözleşmenin geçerli olabilmesi için hukuk düzeni tarafından belirtilmiş olan diğer emredici hukuk kurallarına aykırılık olarak tanımlanmaktadır²¹¹. Bu anlamda, herhangi bir sözleşmenin yasada öngörülen şekilde yapılmaması, *geniş anlamda hukuka aykırılık* kavramı içerisinde yer alır²¹².

²⁰² Başpınar, sh. 124-125. ; Eren, sh. 286.; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 532.

²⁰³ Eren, sh. 286..

²⁰⁴ Eren, sh. 286. ; Başpınar, sh. 125. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 532.

²⁰⁵ Başpınar, sh. 125.

²⁰⁶ Hatemi, sh.12, 35. ; Başpınar, sh. 125.

²⁰⁷ Başpınar, sh. 125.

²⁰⁸ Hatemi, sh. 12.

²⁰⁹ Başpınar, sh. 126.

²¹⁰ Başpınar, sh. 126.

²¹¹ Hatemi, sh. 9-10. ; Başpınar, sh. 126.

²¹² Başpınar, sh. 126.

Bir sözleşmenin *hukuka aykırı* olup olmadığının denetimini yaparken, sadece sözleşme içeriğinin hukuka aykırı olup olmadığını değil aynı zamanda sözleşmenin bizzat kendisinin veya sözleşmenin amacının da hukuka aykırı olup olmadığının incelenmesi gerekmektedir²¹³. Bu anlamda, BK. 19/II ve 20/1’de belirtilen *hukuka aykırılık* kavramını geniş olarak yorumlamak gerekir²¹⁴.

3. HUKUKA AYKIRILIĞIN GERÇEKLEŞME ŞEKİLLERİ

Hukuka aykırılık, sözleşmenin bizzat kendisinin yapılmasının hukuka aykırı olması, sözleşmenin konusunun [içeriğinin] hukuka aykırı olması, sözleşme ile güdülen ortak amacın hukuka aykırı olması ve kanuna karşı hile olmak üzere dört şekilde gerçekleşebilir.

3.1. Bizzat Sözleşmenin Yapılmasının Hukuka Aykırı Olması

Hukuk düzeni, belirli bazı sözleşmelerin yapılmasını yasaklamıştır. Burada yasaklanan, sözleşme konusu edim olmayıp, bu edimi esas alan bir sözleşmenin yapılmasıdır. Örneğin, BK. 34/II’ye göre, temsil olunan, temsilciye vermiş olduğu temsil yetkisini her zaman tamamen veya kısmen geri alabilir. Yasa ile düzenlenmiş olan bu haktan önceden feragati öngören sözleşmelerin yapılması yasaklanmıştır²¹⁵. Bir başka örnek, MK. 678’de düzenlenmiş olan, *miras bırakanın katılım veya izni olmadan bir mirasçının müstakbel bir miras payının devrine ilişkin diğer mirasçılar veya üçüncü kişiler ile yapacak oldukları sözleşmelerdir*. Yasa, bu türden sözleşmelerin yapılmasını yasaklamıştır²¹⁶. Yasalar ile yapılması yasaklanmış sözleşmelere örnek olarak; taşınmaz rehninde, rehin alacaklısına, borcun ödenmemesi halinde, rehnedilen şeyin mülkiyetini iktisap etmesini öngören sözleşmeler²¹⁷ [MK. 873/II, 949], borçlunun kast veya ağır

²¹³ Başpınar, sh. 127. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 532.

²¹⁴ Başpınar, sh. 127. ; Eren, sh. 286.

²¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 533. ; Eren, sh. 289.

²¹⁶ Eren, sh. 289.

²¹⁷ Rehin sözleşmesi yapılırken, sözleşmeye rehinli malların rehin alacaklısına satılmasına ilişkin konacak şartın geçerli olmaması "lex commissaria yasağı" olarak adlandırılmaktadır. Bu yasağın konmasındaki

kusuru halinde sorumluluktan önceden kurtulmasına yönelik sözleşmeler [BK. 99/I] buna örnek olarak verilebilir.

3.2.Sözleşme Konusu Edimin Hukuka Aykırı Olması

Burada, bizzat sözleşmenin kendisinin yapılması yasaklanmamış, tarafların sözleşmede kararlaştırmış oldukları edimin hukuka aykırı olması nedeniyle, sözleşme kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulmaktadır²¹⁸. Özellikle, borçlunun sözleşmede yüklenmiş olduğu edimin ceza kanunlarında suç olarak kabul edilen bir davranış olması halinde durum böyledir. Örneğin, bir kimsenin bir başkasını öldürmesi veya vücut bütünlüğüne zarar vermesi için yapmış olduğu sözleşmelerde, sahte para basmayı içeren bir istisna sözleşmesinin yapılmasını konu edinen bir sözleşmesi, memurların kamu hizmetlerini yerine getirmemeleri için yapılan rüşvet sözleşmeleri, sözleşme konusu edim bakımından hukuka aykırıdır.

3.3.Sözleşmenin Amacının Hukuka Aykırı Olması

Sözleşmenin içeriği kavramı, yalnızca dar ve teknik anlamı ile sınırlı tutulmamakta, tarafların sözleşme ile ulaşmak istedikleri dolaylı ortak amaç da, geniş anlamda sözleşmenin içeriği kavramına dahil edilmektedir. Bu nedenle tarafların, sözleşme ile ulaşmak istedikleri dolaylı ortak amacın hukuka aykırı olduğu durumlarda

amaç, sözleşme özgürlüğü ve buna bağlı olarak irade özgürlüğü ilkesini korumaktır. Buna benzer bir uygulama Yargıtay kararları gereğince kira sözleşmesi yapılırken, kiracının verdiği tahliye taahhüdünün geçerli sayılmamasıdır. Ancak kira sözleşmesi yapıldıktan sonra kiracı tarafından verilecek tahliye taahhütlerinin geçerli olacağına da şüphe yoktur. Çünkü kiracının iradesi artık serbesttir. Diğer bir ifadeyle kiracı yönünden artık, irade özgürlüğü söz konusudur. Aynı kural "lex commissaria yasağı" yönünden de kabul edilebilir. Bir başka deyişle "lex commissaria yasağı" rehin sözleşmesi yapılırken geçerli olan bir yasak olmalıdır. Rehin sözleşmesi yapıldıktan sonra, rehin borçlusu ile rehin alacaklısı arasında, rehinli mal üzerinde rehin alacaklısına o malı satın alma hakkı veren bir anlaşmanın yapılabilmesi hukuken mümkün olmalıdır. Zira, rehin sözleşmesi yapıldıktan sonraki devretme işlemi, tarafların özgür iradeleri neticesinde yapılmaktadır. **Erten** Ali, Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni ve Hukuki Sorunlar, Bankacılar Dergisi, 2000, Sayı 32, sh. 86-87. ; [http://www.tbb.org.tr/turkce/dergi/dergi32_internet_adresinden_15.04.2008] tarihinde alınmıştır.

²¹⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 533. ; **Eren**, sh. 290.

sözleşme de hukuka aykırı olacaktır²¹⁹. Örneğin, bir silah kaçakçısının silahları ülke dışına çıkarıncaya kadar bir depoda saklanması için depo sahibi ile yapmış olduğu kira sözleşmesi hukuka aykırıdır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, sözleşmenin geçersiz olabilmesi için, sözleşme ile güdülen hukuka aykırı amacın, sözleşmenin her iki tarafınca da benimsenmiş olması gerekir. Eğer, hukuka aykırı amaç [örneğimizde silah kaçakçılığı yapmak] sözleşmenin diğer tarafınca bilinmiyorsa veyahut bilinmekle birlikte tasvip edilmiyorsa o takdirde, sözleşme yine geçerli olmaya devam edecektir. Örneğin, bir kişinin bir soygunda kullanılmak üzere bir araç kiralaması için bir araç kiralama şirketine gitmiş olduğu varsayımında, eğer araç kiralama şirketi, bu kişinin, kiralayacak olduğu aracı bir soygunda kullanacak olduğunu bilmeden aracı kiralıyorsa sözleşme geçerli olacaktır. Buna karşın, araç kiralama şirketi, kiracının aracı, soygun amaçlı olarak kullanacağını biliyorsa ve kiracıya, soygunda kullanılmak üzere başka bir araç öneriyorsa o takdirde araç kiralayan, kiracının amacını dolaylı olarak tasvip etmiş olduğundan yapılacak olan sözleşme hukuka aykırı olacaktır. Bir başka örnek, bir pirinç tüccarının, karaborsa yapmak amacıyla, belirli bir miktardaki princi muhafaza etmeye yönelik bir depo sahibi ile kiralama sözleşmesi yapması halinde kiralayan, kiracının karaborsa yapmak amacıyla olduğunu bilmeden, deposunu kiralıyorsa sözleşme geçerli olacaktır. Buna karşın kiralayan, karaborsa yapmak amacıyla kiralama yapıldığını biliyorsa ve bundan faydanlanarak normal kira parasının üzerinde bir kira bedeli talep ediyorsa o takdirde, haksız bir menfaat elde etmek suretiyle kiracının hukuka aykırı amacını dolaylı olarak benimsemiş olur. Böyle bir durumda, hukuka aykırı amaç, sözleşmenin her iki tarafınca da benimsenmiş olduğundan yapılan kiralama sözleşmesi kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Ancak kiralayan, kiracının karaborsa yapma amacı ile kiralama yaptığını bilmiyorsa o takdirde, hukuka aykırı amaç sözleşmenin içeriğine dahil olmayacağından kiralama sözleşmesi geçerli olacaktır.

²¹⁹ **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534. ; **Başpınar**, sh. 131 vd. ; **Eren**, sh. 290.

3.4. Kanuna Karşı Hile

Kişilerin, yasalar tarafından emredici bir şekilde yasaklanmış olan belirli bir sonuca, yasaların yasaklamadığı başka yollar kullanarak ulaşması ve yasak olan sonucu gerçekleştirmesine *kanuna karşı hile* denir²²⁰. Burada taraflar, belirli konuda sözleşme yapmak istemektedirler. Ancak, tarafların yapacak oldukları sözleşme veya sözleşme konusu, yasalarda düzenlenmiş olan emredici nitelikteki hükümlerle yasaklanmıştır. Bu nedenle taraflar, yapacak oldukları sözleşmenin hukuka aykırı ve batıl olacağını bildiklerinden bu sözleşmeyi yapmamaktadırlar. Fakat taraflar, sözleşme ile ulaşmak istedikleri sonuca, yasaların izin verdiği başka bir yoldan, bir başka ifadeyle başka bir yasa hükmünü dolanmak suretiyle ulaşmaktadırlar²²¹. Emredici bir yasa hükmü ile yasaklanmış olan bir sonuc, başka yasa hükümleri kullanılmak suretiyle gerçekleştiriliyorsa, bu hukuki işlemin akibeti dolanılmak istenen hukuk kuralın akibetine tabi olacaktır²²². Bir başka ifadeyle, emredici yasa hükmünün dolanılması suretiyle yapılan sözleşme, dolanılmak istenen emredici hukuk kurallarına aykırı kabul edilerek BK. 19/II ve 20/I maddeleri uyarınca hukuka aykırı ve batıl olacaktır²²³.

Ancak, burada şu hususu belirtmekte fayda vardır. *Kanuna karşı hile* yoluna başvurularak yapılan sözleşmelerin geçerli olup olmadığının tespiti için, emredici hukuk kuralı ile ulaşılmak istenen amacı göz önünde tutmak gerekir²²⁴. Eğer emredici hukuk kuralı, belirli bir sonucun gerçekleşmesini bütünüyle yasaklamışsa bu yasak, bu

²²⁰ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 164. ; **Eren**, sh. 290. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 112. **Baştuğ**, sh. 64. ; **Aybay**, sh. 37. ; **Sirmen**, sh. 451. ; **Erman**, sh. 615.

²²¹ Örneğin, bir karz sözleşmesinde taraflar, kanunla yasaklanmış oranda bir faizi sağlamak için, faizin kanuni haddini geçen kısmına komisyon, masraf ve benzeri isimler vermek suretiyle kanunen yasaklanmış olan bir sonucu elde etmeleri halinde kanuna karşı hile sözkonusu olur. **Aybay**, sh. 37. Bir başka örnek, MK. 765 ve BK. 223'e göre taksitli mal satan kimse, mülkiyeti muhafaza sözleşmesine (MK. 764) dayanarak, satmış olduğu malın iadesini, ancak almış olduğu taksitleri geri ödemek suretiyle talep edebilir. Yasanın bu emredici hükmünden sıyrılabilmek için, tarafların bir kira sözleşmesi yaparak, kira bedelinin malın satış bedeline ulaştığında malın mülkiyetinin kiracıya geçeceğine ilişkin yapılan sözleşme kanuna karşı hile teşkil eder. **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 112-113. ; Bir başka örnek, avukat olmayan veya avukatlık yetkisi kendisinden alınmış olan bir kimse, BK. 162 uyarınca başkalarının alacağını temlik alarak asıl alacaklı sıfatıyla mahkemelerde taraf olması kanuna karşı hile teşkil eder. (**Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 164-165. ;

²²² **Aybay**, sh. 37. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 112. ; **Karahasan**, (Borçlar Hukuku) sh. 268. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 164. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 70. ; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, sh. 454.

²²³ **Eren**, sh. 291. ; **Sirmen**, sh. 451. ; **Erman**, sh. 615. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 112. ; **Karahasan**, (Borçlar Hukuku) sh. 268. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534.

²²⁴ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 164. ; **Eren**, sh. 291.

sonucu gerek açık bir şekilde gerekse zımni bir şekilde gerçekleştirmeye yönelik tüm sözleşmelere uygulanır²²⁵. Bu sonucu bertaraf etmeye yönelik olan tüm sözleşmeler, emredici hukuk kuralına aykırılık niteliği gereği, hukuka aykırı ve batıl olurlar²²⁶.

Ancak, emredici hukuk kuralı, yalnızca özel surette tutulmuş olan belirli bir hali ilgilendiriyorsa, bir başka ifadeyle yasa koyucu, emredici hukuk kuralı ile belirli bir sonucu değil de yalnızca bir hukuki yolun kullanılmasını yasaklamışsa, başka yasa hükümleri kullanılmak suretiyle istenen amacı meydana getiren sözleşmeler, kanuna karşı hile teşkil etmez ve hukuka aykırı olmaz²²⁷. Zira bu durumda, emredici hukuk kuralıyla belirli bir amacın [sonucun] meydana getirilmesi değil, belirli bir hukuki işlem türü yasaklanmaktadır²²⁸.

²²⁵ Buna en güzel örnek, taksitle mal satımı sözleşmelerinin, kira sözleşmesi gibi gösterilmeye çalışılmasıdır. Burada satıcı, satım konusu alacağını güvenceye alabilmek için yapılan *taksitle mal satımı sözleşmesini*, *kira sözleşmesi* gibi göstermeye çalışmaktadır. Zira, *taksitli mal satımı sözleşmesinde* satılan malın mülkiyeti alıcıya geçmektedir. Satıcı ise, taksitlerinin ödenmeme ihtimalini göz önünde tutarak, satış sözleşmesini kiralama sözleşmesi olarak nitelemekte ve satış bedelini karşılayan belirli sayıdaki kiralara ödenmesi halinde satım konusu malın mülkiyetinin alıcıya geçeceğini öngörmektedir. Bu şekildeki bir sözleşme kanuna karşı hile teşkil eder ve yapılan sözleşme batıl olur. ; Bir başka örnek ise, avukat olmayan veya avukatlık hakkı kendisinden alınmış olan bir kişinin, alacağı BK. 162 uyarınca temellük etmek suretiyle asıl alacaklı sıfatıyla dava açması veya icra takibinde bulunmasıdır. Avukat olmayan bir kimse, bir başkası adına dava açamaz veya icra takibinde bulunamaz. Taraflarca, bu yasağı bertaraf etmek için yapılan alacağın temlik sözleşmesi kanuna karşı hile teşkil eder ve batıl olur. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 164. ; **Eren**, sh. 291. ;

²²⁶ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 164. ; **Eren**, sh. 291. ;Yarg. 6. Hukuk Dairesi, 18.02.1974 tarihli bir kararında, terzicilik yapan bir kiracının, saatçilik yapmak isteyen bir kişi ile yapmış olduğu ortaklık sözleşmesini, 6570 sayılı Kanunun 12. maddesini bertaraf etmeye yönelik bir sözleşme olarak nitelendirmiştir. Anılan kararda Yargıtay, yasalarımızda ortaklık sözleşmesini yasaklayan herhangi bir hükmün olmadığını ancak yapılan bu sözleşmenin 6570 sayılı Kanun'un 12. maddesinde belirtilen "*kira sözleşmesinde açıkça belirtilmediği müddetçe kiralanan yeri kısmen veya tamamen başkasına kiralayamaz yahut istifade hakkını veya mukavelesini başkasına devredemez veyahut kendisi gayrimenkulü bırakmış olduğu halde hiç bir sebeple bu yeri kısmen veya tamamen başkalarına işgal ettiremez*" hükmünü bertaraf etmek amacıyla yapılmış olduğunu ve bu nedenle bu anlaşmanın *kanuna karşı hile* teşkil ettiği gerekçesiyle geçersiz olduğuna karar vermiştir. Yarg. 6. HD. T. 18.02.1974, E. 1974/663, K. 1974/678 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 11.07.07 tarihinde alınmıştır.)

²²⁷ **Eren**, sh. 291. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 164. ;

²²⁸ **Eren**, sh. 291.

4. HUKUKA AYKIRILIK HALLERİ

4.1. Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

4.1.1. Emredici Hukuk Kuralları Kavramı

Emredici hukuk kuralları, uyulması mecburi olan, tarafların bir hukuki işlem ile aleyhine düzenleme yapamayacakları emir verme ve yasak koyma şeklinde beliren kurallardır²²⁹. Taraflar, yapacak oldukları sözleşmelerde, bu kurallara mutlak surette riayet etmek zorundadırlar²³⁰. Aksi takdirde, yapılan sözleşme BK. 19/II ve 20/I uyarınca batıl olur²³¹. Emredici hukuk kuralları kamu düzeni, genel ahlak, milli güvenlik, genel asayiş, kişilerin can ve mal varlıkları gibi toplumun genel menfaatini koruma amacına hizmet kurallardır²³². Bir hukuk kuralının emredici olup olmadığı, yürürlükte bulunan tüm hukuk kuralları göz önünde bulundurulmak suretiyle belirlenir²³³. Emredici hukuk kuralları, herkese hitap eden, herkese ödevler yükleyen genel nitelikli objektif davranış kurallarıdır²³⁴.

4.1.2. Emredici Hukuk Kurallarının Tespiti

Bir kuralın emredici nitelikte olup olmadığı, bazen kanun maddesinin yazılış şekline bazen de o kuralın izlemiş olduğu amaçtan çıkartılabilir²³⁵. Bir kuralın emredici nitelikte olduğu, aksine sözleşme yapılamayacağı her şeyden önce madde

²²⁹ **Von Tuhr** Andreas, *Borçlar Kanunu'nun Umumi Hükümleri*, 1. Cilt, Sıddık Sami ve Hazim Atıf Tercemesi, İstanbul, 1933, sh. 247. ; **Feyzioğlu**, sh. . ; **Oğuzman/Öz**, sh. 72. ; **Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, sh. 161-162. ; **Karahasan**, (Sorumluluk) sh. 257. ; **Eren**, sh. 287. ; **Karahasan**, (*Borçlar Hukuku*) sh. 268. ; **Aybay**, sh. 36. ; **Baştuğ**, sh. 62. ; **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 105. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534.

²³⁰ **Eren**, sh. 287. ; **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 112. ; **Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, sh. 162. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 72. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534

²³¹ **Eren**, sh. 287. ; **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 112. ; **Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, sh. 162. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 72. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534.

²³² **Güriz Adnan**, *Hukuk Başlangıcı, (Hukuk Başlangıcı)* 11. Baskı, Ankara, 2006, sh. 21. ; **Eren**, sh. 286 - 287. ; **Başpınar**, sh. 126. ; **Hatemi**, sh. 36.

²³³ **Eren**, sh. 286. ; **Başpınar**, sh. 126.

²³⁴ **Eren**, sh. 286.

²³⁵ **Tunçomağ**, *Borçlar Hukuku*, sh. 162. ; **Eren**, sh. 287.. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 72. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534.

metninde açıkça ifade edilmiş olabilir²³⁶. Bu şekilde açık bir düzenlemenin bulunduğu hukuk kuralları, *emredici niteliği* olan hukuk kurallarıdır²³⁷. Fakat bazen yasa metninde, bu kadar açık bir düzenleme yapılmamış olabilir. Bu takdirde, o hukuk kuralının *emredici* nitelikte olup olmadığı, yasanın amacı ve o hükümle korunmak istenen menfaat göz önünde tutularak belirlenebilir²³⁸. Eğer yasa hükmü, kamu düzenini, genel ahlakı ve şahsiyet haklarını koruma amacını güdüyorsa o hüküm, amacı itibarıyla *emredici* nitelikte bir yasa hükmüdür²³⁹. Bir başka ifadeyle, bir hukuk kuralına aykırılık kamu düzenine, genel ahlaka veya şahsiyet haklarına aykırı sonuçlar doğuruyorsa o hukuk kuralı, *emredici* nitelikte bir hukuk kuralıdır²⁴⁰. Emredici hukuk kuralları, toplumdaki ekonomik, sosyal veya fiziki durumları itibarıyla zayıf durumda olan kişileri korumak amacıyla konulmuş olan ve sosyal nitelikli yasa hükümleridir²⁴¹. Bu nedenle, çok kere kamu düzeni ve genel ahlakı koruyucu nitelikli olan hükümlerdir²⁴². Emredici hukuk kuralları, ya taraflardan birisini ya da her ikisini korumak amacıyla yahut genel ahlakı korumak amacıyla konulmuş olabilir²⁴³. Taraflardan yalnızca birini korumayı amaçlayan yasa hükümleri, *tek taraflı emredici hükümler* olarak nitelendirilirler²⁴⁴. Bunun anlamı, anılan emredici nitelikli hükümler, yalnızca yasayla korunan kimse aleyhine değiştirilemeyen ve fakat lehine değiştirilebilen hükümlerdir²⁴⁵. Bu nitelikleri ile, nispi emredici kurallar olarak da isimlendirilirler.

²³⁶ **Hatemi**, sh. 36. ; **Feyzioğlu**, sh. 235. **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 105. ; **Eren**, sh. 287

²³⁷ Örneğin; Temsil yetkisinden önceden feragat edilmesini yasaklayan BK. 34/II maddesi; Borçlunun, ancak hafif kusurundan doğan sorumluluğu kaldırabileceğine ilişkin hükmü düzenleyen BK. 100/III maddesi; Zamanaşımının sözleşme ile değiştirilmesini yasaklayan BK. 127 hükmü bunlara örnek olarak gösterilebilir. **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku sh. 112. ; **Eren**, sh. 287. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534-535..

²³⁸ **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 105. ; **Eren**, sh. 287.. ; **Hatemi**, sh. 36.

²³⁹ Örneğin, Medeni Kanununun evlenmeye ilişkin hükümlerini düzenleyen MK. m. 124 vd.; Toplumun ahlaki esaslarını koruma amacı güden hükümler BK. m. 65. ; Kişilerin kişilik haklarını koruma amacı güden hükümler MK. m. 23 hükmü bunlara örnek olarak gösterilebilir. **Oğuzman/Öz**, sh. 73. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku sh. 112. ; Yarg. 3. HD. T. 14.07.2005, E. 2005/7644, K. 2005/7978. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 28.11.2007 tarihinde alınmıştır.)

²⁴⁰ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 162. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 72-73. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 534. ; **Eren**, sh. 286.

²⁴¹ **Oğuzman/Öz**, sh. 72-73. ; **Eren**, sh. 287.

²⁴² **Oğuzman/Öz**, sh. 72-73.

²⁴³ **Eren**, sh. 287. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 72-73

²⁴⁴ **Eren**, sh. 287. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 72-73. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 536.

²⁴⁵ Örneğin, Feshi ihbar sürelerini düzenleyen ve bu sürelerin sözleşme ile işçi yararına olarak artırılabilirliğini öngören 4857 sayılı İş Yasasının 17. maddesi hükmü ; Tüketici Kredilerindeki sözleşme şartlarının sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceğini öngören 4077 sayılı Tüketici Koruma Kanunu'nun 10. maddesi bunlara örnek olarak gösterilebilir. **Eren**, sh. 296. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 73.

Borçlar Hukuku, irade özerkliği prensibi üzerine kurulmuş olduğundan emredici nitelikteki hukuk kurallarına Borçlar Hukuku alanında çok sık yer verilmemiştir²⁴⁶. Borçlar Hukukundaki kurallar, daha ziyade tarafların başka türlü anlaşmamış olmaları halinde uygulanma niteliğini haiz olan tamamlayıcı veya yorumlayıcı hukuk kuralları niteliğinde olan yedek hukuk kurallarıdır²⁴⁷. Yedek hukuk kuralları, tarafların bir sözleşmede aksini kararlaştırmadıkları ve herhangi bir husus ile ilgili sözleşmede bir düzenleme yapmamış oldukları durumlarda uygulama olanağına sahip olan kurallardır²⁴⁸. Dolayısıyla taraflar, bir sözleşmede yedek hukuk kuralları aleyhine her zaman hüküm koyabilecekleri gibi aksine bu kuralların yapmış oldukları düzenlemeler de hukuka aykırılık oluşturmaz²⁴⁹.

4.1.3. Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Emredici Hukuk Kurallarına Aykırılık

Bir sözleşmenin içeriğinin *emredici hukuk kurallarına* aykırı olup olmadığını incelenirken, yalnızca o sözleşmenin konusunu düzenleyen emredici hukuk kurallarını değil, tüm hukuk düzeninde yer alan emredici nitelikteki hukuk kurallarını göz önünde tutmak gerekir²⁵⁰. Zira bazen, sözleşme içerdiği hükümler itibariyle kendisini düzenleyen yasada belirtilen emredici hukuk kurallarına aykırı olmamakla birlikte başka bir yasada düzenlenen emredici bir hukuk kuralına aykırı olabilir. Burada, sözleşmede kararlaştırılan edimlerinden herhangi birisi, yürürlükteki emredici hukuk kurallarından birisi ile çatışmaktadır²⁵¹. Sözleşme içeriği, yürürlükteki yasalarda belirtilen herhangi bir emredici hüküm ile çatışıyor ise sözleşme, BK. 20/I hükmü gereğince batıl olacaktır²⁵². Örneğin, 6570 sayılı yasanın 15. maddesinde yasaklanan

²⁴⁶ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 535. ;

²⁴⁷ Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 112. ; Oğuzman/Öz, sh. 73. ; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 162. ; Eren, sh. 287 – 288. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 535.

²⁴⁸ Eren, sh. 287.

²⁴⁹ Eren, sh. 287-288.

²⁵⁰ Hatemi, sh. 36. ; Baspınar, sh. 126. ; Eren, sh. 287. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 535.

²⁵¹ Baspınar, sh. 130.

²⁵² Eren, sh. 287 vd. ; Karahasan, (Borçlar Hukuku) sh. 270.; Yarg. 4. HD. T. 03.06.1985, E. 1985/2315, K. 1985/5606 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 29.11.2007 tarihinde alınmıştır.)

hava parasının alınmasını öngören sözleşme hükümleri, 4857 sayılı İş Kanunun'daki feshi ihbar sürelerini kaldıran veya işçi aleyhine azaltan bir hükmün sözleşmeye konulmuş olması, çalışılması yasak olan 29 Ekim günü çalışılmasının kararlaştırılması, ödünç para verme işleri, bankalar, tasarruf sandıkları ve tarım kredi kooperatifleri hakkındaki hükümler saklı olmak üzere *faize faiz yürütüleceğine* ilişkin yapılan anlaşma hükümleri BK. 19/II ve 20/I maddeleri gereğince batıldır.

Bazen, bir sözleşmenin içerdiği hükümler emredici bir hukuk kuralına aykırı olmamakla birlikte sözleşmenin amacı emredici bir hukuk kuralına aykırı olabilir. Böyle bir halde taraflar, hukuk düzeni tarafından yasak edilmiş olan bir sonucu elde etmeyi amaçlamaktadırlar²⁵³. Amacın hukuka aykırı olması da sözleşme BK. 20/I hükmü gereğince batıl olacaktır²⁵⁴. Örneğin, eczacı olmayan birisinin, bir eczacı ile yapmış olduğu anlaşma gereği eczacılık diplomasını kullanmak suretiyle eczanenin işletilmesine yönelik yapılan anlaşma amacı itibariyle hukuka aykırıdır²⁵⁵.

Yine bir sözleşmenin içeriği ve sözleşme ile güdülen amaç emredici hukuk kurallarına aykırı olmamakla birlikte, yapılan sözleşmenin bizatihi kendisi emredici bir hukuk kuralına aykırılık teşkil edebilir²⁵⁶. Burada önemli olan sözleşmenin içeriği değil, bizzat yapılan sözleşmenin emredici bir hukuk kuralına aykırı olup olmadığı, bir başka ifadeyle sözleşmenin kendisinin hukuka aykırı olup olmadığıdır. Örneğin, *Lex Commissoria*²⁵⁷ yasağı olarak adlandırılan *taşınmaz rehninde borcun ödenmemesi halinde rehin konusu taşınmazın alacaklıya geçeceği yolunda önceden yapılan anlaşmanın geçersiz olacağını düzenleyen Medeni Kanun'un 873. maddesi ile aynı yasağın taşınır rehninde de uygulanacağını ifade eden Medeni Kanun'un 949'ncü maddesi buna örnek olarak gösterilebilir²⁵⁸. Bir başka örnek ise, *Medeni Kanun'un 194'ncü maddesinde* düzenlenmiş olan aile konutu ile ilgili hukuki işlemlerin*

²⁵³ Başpınar, sh. 131.

²⁵⁴ Başpınar, sh. 131.

²⁵⁵ Yarg. 13. HD. T. 01.03.1991, E. 1991/4193, K. 1991/7374. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 13.04.2008 tarihinde alınmıştır.)

²⁵⁶ Başpınar, sh. 127. ; Eren, sh. 289.

²⁵⁷ *Lex Commissoria yasağı*, Roma Hukundan günümüz hukuk sistemine aktarılmış bir kavram olup alacaklıya, vadesinde ödenmeyen borcun karşılığı olarak borçlu tarafından alacaklıya teminat olarak verilen malın mülkiyetini iktisap etmek hakkı tanıyan hukuki bir kavramdır. Bu uygulama Roma Hukukunda, Constantinius zamanında yasaklanmıştır. Umur, Roma Hukuku, sh. 347.

²⁵⁸ Başpınar, sh. 127. ; Eren, sh. 289.

geçerliliğinin diğer eşin rızasına bağlı tutulmasıdır²⁵⁹. Yeni *Medeni Kanun*, eskisine oranla aile ve miras hukuku ilişkilerinde, eşlerin birlikte oturdukları aile konutuna ve ev eşyaların özel bir önem atfetmiştir²⁶⁰. Bu nedenle, eşlerden birisinin aile konutu²⁶¹ ilgili yapacak olduğu bazı hukuki işlemlerin geçerliliği, diğer eşin açık bir şekilde bu işlemlere rıza göstermesine bağlı kılınmıştır²⁶². Madde, aile konutu ile ilgili işlemler yönünden eşlerin sözleşme özgürlüğüne getirilen bir kısıtlama niteliğindedir²⁶³. Eşlerin, *aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshetme, aile konutunu devretme ve aile konutu üzerindeki hakları sınırlandırmaya* yönelik hukuki işlemlerinin geçerliliği, diğer eşin rızasına bırakılmak suretiyle kısıtlanmaktadır. Bu gibi durumlarda sözleşmenin geçerli olabilmesi, diğer eşin muvafakatine bağlıdır²⁶⁴. Eğer, işlemi yapmayan eş muvafakat etmezse sözleşme geçersizlik yaptırımı ile karşı karşıya kalacaktır²⁶⁵. MK. 194'e benzer bir düzenlemeye MK. 229/I'de yer verilmiştir²⁶⁶. Buna göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde; *eşlerden birinin, mal rejimin geçerliliği sona ermeden bir yıl içinde, üçüncü bir kişiye yapmış olduğu karşılıksız kazandırmalar, diğer eşin rızasına tabi tutulmuştur.*

²⁵⁹ **Kılıçoğlu** Ahmet, *Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, Ankara, 2002, sh. 3. ; **Kılıçoğlu**, (Borçlar Hukuku), sh. 53.

²⁶⁰ **Barlas** Nami, *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları*, Prof. Dr. Necip Kocayusufoğlu'na Armağan, Ankara, 2004, sh. 119

²⁶¹ *Aile konutu* nun ne olduğu yasada açık bir şekilde tanımlanmamıştır. Buna karşılık MK. m 254'te “ ... ailenin ortak kullanımına özgülenmiş ... konut...” , MK. m. 240, 255, 274, 279 ve 652'de “ ... eşlerin birlikte yaşadığı konut ...” olarak ifade edilmiştir. **Barlas** , Hukuki İşlem Özgürlüğü, sh. 122.

²⁶² MK. 194/I'de “*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz*” hükmünü getirmektedir.

²⁶³ MK. m. 194 ile getirilen sınırlamanın hukuki niteliği konusundan öğretide görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüş, buradaki düzenlemenin işlemi yapan eş yönünden ve o işleme sınırlı olmak kaydıyla bir fiil ehliyeti kısıtlaması niteliğinde olduğunu ileri sürmektedir. (**Öztan** Bilge, *Aile Hukuku*, 4. Baskı, Ankara, 2004, sh. 206.) Buna karşın doktrindeki bir başka görüş, buraki kısıtlamanın eşlerin fiil ehliyetinin sınırlanması olarak değerlendirilemeyeceğini, sadece bir takım özel fonksiyonlar görmek için yasaya konulmuş olan eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasından başka bir şey olmadığını ileri sürmektedir. (**Barlas**, Hukuki İşlem Özgürlüğü, sh. 121. ; Aynı Görüşte, **Gümüş** M. Alper.: *Türk Medeni Kanunun'unun Getirdiği Yeni Şerhler*, Ankara, 2003, sh. 47.) Buna karşılık bizim de katıldığımız görüş ise, MK. m. 194'deki kısıtlamanın bir fiil ehliyeti kısıtlaması olmadığı, zira fiil ehliyetine ilişkin kısıtlamaların Medeni Kanunun'un fiil ehliyetine ilişkin aradığı koşulların bir kişide bulunmaması ile meydana geleceği, oysa, MK. 194'te böyle bir durumun söz konusu olmadığı, diğer taraftan, fiil ehliyetine ilişkin kısıtlamaların amacı, fiil ehliyeti kısıtlanan kişinin korunması iken, MK. 194'te eşlerin değil “evlilik birliğinin” korunması amacına yönelik olduğu açıktır. Bu nedenle, aile konutu üzerinde eşlerden birinin tek başına tasarrufta bulunmasının engellenmesi ve bunun diğer eşin rızasına bağlanması, eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne getirilen bir kısıtlamadır. Bu kısıtlama, hem borçlandırıcı işlemler için hem de tasarruf işlemleri için geçerlidir. **Şıpka** Şükran, *Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası*, 2. Baskı, İstanbul,2004, sh. 27-28, 49 vd. ; **Kılıçoğlu**, (Borçlar Hukuku), sh. 53, **Kılıçoğlu**, *Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı*, sh. 3

²⁶⁴ **Barlas**, Hukuki İşlem Özgürlüğü, sh. 128. ; **Kılıçoğlu** (Borçlar Hukuku), sh. 54. ; **Şıpka**, sh. 27.

²⁶⁵ **Barlas**, Hukuki İşlem Özgürlüğü, sh. 129. ; **Kılıçoğlu** (Borçlar Hukuku), sh. 54.

²⁶⁶ **Kılıçoğlu** (Borçlar Hukuku, sh. 54.

Buna göre, eşlerin evlilik birliğin son bir yılı içerisinde yapmış olduğu makulü aşan düzeydeki bağışlama işlemleri, diğer eşin onayı olmadığı sürece geçersiz kabul edileceğinden, sözleşme yapma özgürlüğü, diğer eşin rızası koşulu getirilmek suretiyle kısıtlanmaktadır.

Yine, temsil olunan kimsenin, temsil yetkisini kısmen veya tamamen ortadan kaldırılmasına ilişkin hakkından önceden feragat edemeyeceğine ilişkin yapılan anlaşmayı batıl sayan BK. 34/II hükmü, zamanaşımını ileri sürme hakkından önceden vazgeçmeyi yasaklayan BK. 139/I hükmü, işverenin kast veya ağır ihmalden doğan sorumluluğunun azaltılması veya kaldırılması anlaşmasının yapılamayacağını düzenleyen BK. 99/I ve 100/III hükmü, zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilmesini yasaklayan BK. 127²⁶⁷ atıf yaptığı BK. 125 ve BK. 126. maddeleri bertaraf edici sözleşmeler, içerikleri ne olursa olsun emredici hukuk kurallarına ve dolayısıyla hukuka aykırı olup batıldır²⁶⁸.

Emredici hukuk kuralları içerisinde değerlendirilebilecek olan ve sözleşmeler hukuku alanında yeni düzenlemeler getirecek olan genel işlem şartlarının ayrı bir başlık altında incelemek yerinde olacaktır.

²⁶⁷ Borçlar Kanunu'nun 127. maddesi, “ *Bu üçüncü bapta tayin olunan mürrü zaman müddetleri mukavele ile tadil olunamaz.*” hükmü gereği, Borçlar Kanunu'nda yer alan zamanaşımı sürelerinin aksinin sözleşme ile kararlaştırılıp kararlaştırlamayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrinindeki bir görüş (Giger, sh. 33. not 55.; **Başpınar** sh. 129'dan naklen), BK. 127'de ifade edilen “*üçüncü bap*” ile Borçlar Kanununun genel hükümlerinin kastedildiğini ve bu nedenle Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde belirtilen zamanaşımı sürelerinin sözleşme ile değiştirilemeyeceğini, buna karşılık Borçlar Kanunu'nun özel hükümlerinde yer alan veya özel kanunlarda yer alan zamanaşımı ile ilgili hükümler sözleşme ile değiştirilebileceğini savunmaktadır. Örneğin, BK. m. 207'de belirtilen *saticının ayıba karşı tekeffül sorumluluğundaki 1 yıllık zamanaşımı süresi* sözleşme ile değiştirilebilir. Buna karşı çıkan ve İsviçre Federal Mahkemesince de benimsenen görüşe göre ise, değiştirilmesi yasak olan zamanaşımı hükümleri BK. 125 ve 126'dır. Borçlar Kanunu'nun üçüncü bab'ında belirtilenlerin haricindeki zamanaşımı süreleri sözleşme ile değiştirilebilir. Ancak, bunu yaparken sözleşme ile değiştirilecek olan zamanaşımını düzenleyen hükümlerin yapısını da dikkate almak gerekmektedir. Zira, anılan hüküm emredici nitelikte ise Borçlar Kanunu'nun üçüncü bab'ında yer almamış olsa dahi bununla ilgili zamanaşımı süresi sözleşme ile değiştirilemez. Ayrıca, sözleşme ile değiştirilebilen zamanaşımı süreleri, BK. m. 125'te düzenlemiş olan genel zamanaşımı süresi olan 10 yıldan daha uzun süreli olamaz. Aynı zamanda, kısaltılabilen zamanaşımı süresi de, alacaklının hukuki takip yapmasını zorlaştıracak veya ortadan kaldıracak kadar kısa olmamalıdır. **Başpınar**, sh. 129.

²⁶⁸ **Başpınar**, sh. 128 vd. ; **Eren**, sh. 289-290.

4.2. GENEL İŞLEM ŞARTLARI

4.2.1. Genel Olarak

Günümüzde kişisel sözleşme modeli yerini, belirli bir formatta hazırlanmış ve hatta matbaalarda bastırılmak suretiyle matbu hale getirilmiş tip sözleşme modellerine bırakmaya başlamıştır. Özellikle bankacılık, sigortacılık, taşımacılık ve zincir marketlerin bulunduğu sektörler bu uygulamanın başını çekmektedir²⁶⁹. Bu şekilde hazırlanan sözleşmeler, matbu hükümler taşıdığından, sözleşme hükümleri üzerinde pazarlık yapma veya değiştirme yapma mümkün değildir. Karşı taraf, önüne konulan sözleşmeyi ya olduğu gibi imzalayarak hizmeti almak ya da sözleşmeyi imzalamamak suretiyle sözleşme konusu mal veya hizmetin alımından vazgeçmek arasında bir tercih yapmak zorundadır. Dolayısıyla, taraflar arasında var olduğu kabul edilen sözleşme eşitliği ilişkisi, diğer taraf aleyhine bozulmaktadır.

Günümüzde, sözleşme özgürlüğü ile sözleşme adaleti arasında işlevsel bir bağılılığın varlığı kabul edilmektedir²⁷⁰. Sözleşme mekanizmasına, taraflar arasındaki çıkar dengesini uygun biçimde sağlama görevi yüklenmiştir²⁷¹. Bir başka ifadeyle sözleşme, dağıtıcı adaletin bir aracı olarak kullanılmaktadır²⁷². Sözleşme kavramına yüklenen bu ağır yükümlülüğün gerçekleştirilebilmesi, sözleşenlerin, birbirleri karşısında eşit durumda olmalarına bağlıdır. Bu nedenle, genel işlem şartlarına dayalı sözleşmeleri daha sıkı bir denetim almak suretiyle sözleşmenin zayıf tarafını korumak için bir takım yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Pozitif hukukumuzda, genel işlem şartlarını düzenleyen genel kapsamlı bir düzenleme mevcut değildir. Ancak, belirli bazı yasalarda genel işlem şartlarına ilişkin hükümlerin yer aldığını

²⁶⁹ **Özel Çağlar**, Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak – Haziran Sayısı, 2006 -1, sh. 155. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 226.

²⁷⁰ **Özel**, sh. 156.

²⁷¹ **Özel**, sh. 156.

²⁷² **Kronman**, Antony T. ; *Hukuk ve Sözleşme, Sözleşme Hukuku ve Dağıtıcı Adalet*, Çeviren Dr. Sevtap Metin, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara, 2006, sh. 811

görmekteyiz²⁷³. Genel işlem şartlarına ilişkin hükümler, Tasarının 20 ve 25'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir.

4.2.2. Genel İşlem Şartları Kavramı

Genel işlem şartları, birden fazla sözleşmede kullanılmak üzere, sözleşmenin kurulmasından önce, sözleşmenin taraflarından birisince, diğer tarafın düşüncesi veya görüşü alınmaksızın, tek yanlı olarak kaleme alınan, genel ve soyut nitelikte hükümler ihtiva eden sözleşme koşullarıdır²⁷⁴. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, genel işlem şartlarından bahsedebilmek için 1-) bu şartların sözleşmenin kurulmasından önce tek yanlı olarak hazırlanmış olması, 2-) çok sayıdaki sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmiş olması, 3-) genel ve soyut nitelikte hükümler ihtiva etmesi, 4-) bu şartların bir sözleşmede kullanılmak amacıyla bir bütün olarak sözleşmenin karşı tarafına sunulması gerekmektedir.

Genel işlem şartları, Tasarının 20 ile 25'nci maddeleri arasında düzenlenmiştir. Tasarının 20/I'nci maddesi genel işlem şartlarını tanımlamaktadır. Buna göre ; “*Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer*

²⁷³ Borçlar Kanunumuzda *genel işlem şartları* ile ilgili herhangi bir hüküm yoktur. Türk Ticaret Kanununda ise 766 ve 1266/II maddeleri *genel işlem şartlarına* ilişkin hükümlerdir **Atamer**, Yeşim M. ; *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, (Genel İşlem Şartları), İstanbul, 1999, sh. 48. ; (**Küçükyalçın**, A.: *Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, AÜHFD, Cilt. 53, Sayı 4, Ankara, sh. 118. <http://auh.f.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-04/AUHF-2004-53-04-Kucukyalcin.pdf> 10.11.2008 tarihinde alınmıştır.

; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 158. ; **Özel** , sh. 157. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 231.) . Bir başka düzenleme ise, Sermaye Piyasası Kurulu'nun Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğinde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ'in (Seri V, No. 38)1. maddesinde yer almaktadır (**Atamer**, Genel İşlem Şartları, sh. 48. ; **Küçükyalçın**, sh. 118. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 231.) Ancak hukukumuzda mevzuat açısından yapılan en önemli değişiklik 4077 sayılı kanunun 4822 sayılı kanunla değişik 6. maddesi ve bu maddeye dayanılarak çıkartılan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik”tir (**Atamer** Yeşim, *Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar*, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, (Armağan)Ankara, 2004, sh. 291. ; **Özel** , sh. 156. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 231-232.). Anılan düzenleme ile tüketiciler, sözleşmelerdeki haksız şartlara karşı korunmuşlardır. Ancak, TKHK. m. 6 ve buna dayanak olarak çıkartılan yönetmelik, uygulama alanı olarak yalnızca tüketicileri hedef almaktan olduğundan uygulama alanı oldukça kısıtlıdır. Bu nedenle, Borçlar Kanunu Tasarısı'ndaki genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemeler, tüm genel işlem şartlarını kapsamına alan genel nitelikte bir düzenleme olduğundan dolayı oldukça önemlidir.

²⁷⁴ **Atamer**, (Genel İşlem Şartları) sh. 61. Nitekim bu husus, BKT.'nin *genel işlem koşullarını* tanımlayan 20/I maddesinde, *bir sözleşme yapılırken düzenleyen, önceden ...* hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Şeklinde ifade edilmiştir.

sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir.” şeklinde tanımlanmaktadır.

BKT. 20/I'deki *genel işlem şartları* tanımı incelendiğinde, tanımın hem öğretideki hem de Alman Medeni Kanunu [BGB] 305 ve diğer Avrupa ülkelerinin kanunlarında yer alan genel işlem şartları tanımları ile örtüştüğü gözlemlenmektedir²⁷⁵. Ancak, genel işlem şartlarının tanımında yer alan, genel işlem şartlarını kullananın bunları tek başına düzenlemiş olması ibaresi ve daha sonraki metinlerde de düzenleyenden bahsedilmesi yanlış anlaşılmaya yol açabilecek niteliktedir²⁷⁶. Zira, bu şartların mutlak surette bunları kullanan tarafından düzenleneceğine ilişkin bir kural yoktur. Genel işlem şartları, bizzat bunları kullanan tarafından düzenlenebileceği gibi, bunları kullanan tarafından bizzat bir başkasına da düzenlettirilebilir. Hatta, başka birisi tarafından düzenlenmiş olan bir genel işlem şartı da kullanılabilir. Böyle bir durumda, düzenleyen ile kullanan farklı kişiler olacağından dolayı kanun lafzı ile ruhu birbiriyle çelişecektir. Böyle bir duruma olanak tanımamak için, maddede kullanılan tek başına ibaresinin kaldırılarak yerine kullanan ibaresinin getirilmesi daha uygun olacaktır.

BKT. 20/I'in ikinci bendinde ise, *genel işlem koşullarının* tayin ve tespitinde, bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şeklinin önemli olmadığı belirtilmiştir.

BKT. 20/II'de, genel işlem şartlarına ilişkin düzenlemelerden sıyrılabilmek için, genel işlem şartları kullanan tarafın aynı amaçla düzenlenmiş olan sözleşme metinlerinde yapacak olduğu bir takım değişikliklerin, bunları genel işlem şartı olmaktan çıkarmayacağı düzenlenmiştir²⁷⁷. Buradaki amaç, hükmün dolanılmasını önlemektir. Bu nedenle, GİŞ kullanan tarafın, teknolojik imkânlardan yararlanarak ve farklı yöntemler kullanarak hazırlamış olduğu sözleşmelerin tip sözleşme olmaktan çıktığını ve bu sözleşmelerin kişisel sözleşme olduğunu ileri sürmesi engellenmiş olacaktır. Örneğin, delil sözleşmelerine ilişkin bir genel işlem koşulunun, sözleşmenin

²⁷⁵ **Atamer**, Armağan, sh. 323-324

²⁷⁶ **Atamer**, Armağan, sh. 324

²⁷⁷ Bu durum BKT. 20/II'de şu şekilde ifade edilmiştir. “*Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metinlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez.*”

asil metninde ve ekinde yer alması veya bunların yerlerinin değiştirilmesi suretiyle sözleşmenin farklılaştırılması o sözleşmeyi tip sözleşme olmaktan çıkarmayacaktır.

BKT. 20/III'te²⁷⁸, uygulamada ve özellikle de banka sözleşmelerinde çok sık bir şekilde rastlanan *sözleşmenin tüm hükümlerinin her birinin okunduğu, tartışıldığı ve bu şekilde kabul edildiğine ilişkin* kayıtların geçersiz olduğu ve bu şekilde genel işlem şartlarının dolanılması engellenmeye çalışılmıştır.

BKT. 20/IV'te, genel işlem koşullarının uygulanması bakımından, imtiyaz halinde kamu hizmeti sunan kurum veya kuruluşlarla, bunların dışındaki kişi veya kuruluşlar arasında herhangi bir farkın olmadığı belirtilmiştir. Kanaatimizce, böyle bir düzenlemeye gerek yoktur. Zira yasaların uygulanması bakımından herkes eşit mesafededir. Bu nedenle, imtiyaz halinde hizmet veren kurum ve kuruluşlar ile bunların dışındaki kurum ve kuruluşlar arasında, yasaların uygulanması bakımından bir fark varmış izlenimi uyandırmak, *herkesin yasalar önünde eşit olduğu* temel hukuk ilkesine aykırılık teşkil eder.

4.2.3. Emredici Hukuk Kuralı Olarak Genel İşlem Şartları

BKT. 21/I, sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğü bakımından bir sınırlama getirmektedir. Ancak BKT. 21/I ile sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlama, 818 sayılı BK.'nın 19/II ve 20/I'nci maddelerindeki veya BKT.'nin 27/I'nci maddesindeki sözleşme özgürlüğünün sınırlamalarından daha farklı bir sınırlamadır. Zira, hem BK 19/II ve 20/I'de hem de BKT. 27/I'de sözleşme özgürlüğünün sınırları olarak, hukuka aykırılık [emredici hukuk kurallarına aykırılık, kamu düzenine aykırılık, kişilik haklarına aykırılık], ahlaka aykırılık ve imkansızlık olarak belirtilmiştir. BKT. 21/I'de ise, genel işlem koşulları bu sınırlamalara aykırı olmamakla birlikte, *karşı tarafın menfaatine aykırı ise*, bu koşulların sözleşmenin içeriğine dahil

²⁷⁸ BKT. 20/III'te bu husus, "*Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz.*" şeklinde ifade edilmiştir.

edilebilmesi, belirli koşulların yerine getirilmesi şartına bağlanmıştır. Bu şartlar, BKT.'nin 21/I'nci maddesinde şu şekilde belirtilmiştir. “*Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.*”

Anılan maddeye göre, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dahil edilebilmesi için a.) karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem şartlarının varlığından diğer tarafı açıkça haberdar etmek, b.) karşı tarafa, genel işlem şartlarının içeriği hakkında bilgi edinebilmesi için imkan tanımak, c.) yukarıdaki a ve b şartlarının birlikte gerçekleşmesinden sonra, karşı tarafın, genel işlem şartlarını kabul etmesi ve bunların sözleşmede yer almasına onay vermesi gerekir [BKT. m. 20/I]. Bu düzenleme, büyük ölçüde Alman Medeni Kanunu'nun 306. maddesinde düzenlenen genel işlem şartlarının sözleşmenin içeriğine dahil edilmesine ilişkin hükmü ile paralellik taşımaktadır²⁷⁹.

Burada dikkat edilmesi ve üzerinde durulması gereken nokta, *karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları* kavramıdır. Bu kavramla, emredici nitelikteki hukuk kurallarının kastedilmediği açıktır. Zira, emredici nitelikteki hukuk kurallarına aykırı genel işlem koşullarının sözleşme içeriğine dahil edilebilmesi için BKT. 21/I'de belirtilen koşullara gerek kalmayacak. Bunlar BKT. 27/I hükmü gereğince kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Öyleyse buradaki *karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşulları* kavramından, tarafların aksine düzenleme yapabilecekleri yedek hukuk kurallarını anlamak gerekir. Sözleşme özgürlüğü taraflara, BK.19/II ve 20/I'de belirtilen sınırlara aykırı olmamak kaydıyla sözleşmenin içeriğini düzenleme imkanı tanımaktadır. Bu imkanın içerisine yedek hukuk kurallarının aksine düzenleme yapma özgürlüğü de dahildir. BKT. 21/I, kişilerin yedek hukuk kuralları aleyhine düzenleme yapma özgürlüğüne bir sınırlama getirdiğinden, BKT. 19/II ve 20/I'den farklı olarak sözleşme özgürlüğünü sınırlamaktadır. Nitekim, BK. 19/II ve 20/I'e aykırılığın yaptırımı kesin hükümsüzlük olarak öngörülmekte iken BKT. 21/I'e

²⁷⁹ **Atamer**, Armağan, sh. 324.

aykırılığın yaptırımını *yazılmamış sayılmadır*. Hukuk sistemimizde, *yazılmamış sayılma* olarak adlandırılan bir yaptırım türü mevcut değildir²⁸⁰. *Yazılmamış sayılma* ifadesiyle kastedilen şey, bu şartların sözleşme içeriğine dahil olmayacağıdır²⁸¹. Ancak, her ne kadar, madde ifadesi *yazılmamış sayılma* diyorsa da, bu hükümlerin sözleşmenin içeriğine dahil edilip edilmeyeceği yine bir yargı kararı ile mümkün olabilecektir. Böyle bir durumda hakim, BKT. 21/I'e aykırı olarak sözleşmeye dahil edilmiş olan genel işlem şartlarını değerlendirecek, bunları sözleşmenin içeriğine dahil etmeyecek [yazılmamış sayacak] ve sözleşmenin [yazılmamış sayılan] kalan kısmını ayakta tutarak uyuşmazlığı çözüme bağlayacaktır [BKT. m. 22]. Hiç kuşkusuz, tasarının hukuk sistemimizde yeri olmayan "yazılmamış sayılma" adı altında bir yaptırıma yer vermesi tasvip edilemez. Bu nedenle, hükmün konuluş amacı da göz önüne alındığında, buradaki yaptırımın "yazılmamış sayılma" gibi hukuk sistemimizde yer almayan bir yaptırım yerine BKT 27/I'de düzenlenen "kesin hükümsüzlük" yaptırımına bağlanmasının hukuk sistematığı bakımından daha yerinde olacağı kanaatindeyiz.

BKT. 21/II, öğretilde²⁸² ve mahkeme kararlarında²⁸³ da kabul edildiği üzere, olağan dışı, şaşırtıcı, beklenilmeyen kayıtlar olarak nitelendirilen şartların sözleşmeye dâhil edilmeyeceği yönünde bir düzenleme getirmiştir. Bu hüküm de BKT. 21/I'de olduğu gibi sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüne BK 19/II ve 20/I'de öngörülen sınırlamaların haricinde bir sınırlama getirmektedir. Buna göre, aktedilen sözleşmenin niteliğine yabancı olan, o sözleşme ile ruhsal ve bedensel olarak bir bütünlük sağlamayan genel işlem şartları da, sözleşmenin içeriğine dahil edilmeyecektir. Zira bu şartlar, tarafların üzerinde mutabakata vardıkları sözleşme konusunun dışındadır. Bu nedenle tarafların iradesi, bu şartların kabul edilmesi doğrultusunda uyuşmamıştır. Bu fıkranın, bir üst fıkra olan BKT. 21/I ile uyumlu olduğunu söyleyebiliriz. Ancak bu fıkrada da, yazılmamış sayılma adı altında hukukumuzda tanımlanmamış bir yaptırım türüne yer verilmesi isabetli olmamıştır. Bunun yerine, yokluk yaptırımına yer verilmesinin daha isabetli olacağı kanaatindeyiz.

²⁸⁰ **Atamer**, Armağan, sh. 325.

²⁸¹ **Atamer**, Armağan, sh. 325.

²⁸² **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 162. ; **Atamer**, Armağan, sh. 325. ; **Özel**, sh. 160.

²⁸³ Yarg. 3. HD. T. 02.06.1998, E. 1998/4363, K. 1998/6098 sayılı kararı. (Yargıtay Kararları Dergisi, Yıl. 1998, sh. 1140 – 1141.)

BKT. 22'deki düzenleme²⁸⁴, yürürlükteki BK.'nın 20/II'nci maddesinde kabul edilen, sözleşmenin kısmi butlanla geçersiz olması halinde taraflara, sözleşmenin bütününe geçersiz sayma yetkisi veren hükmün uygulanmasını engellemek amacını taşımaktadır²⁸⁵. Bu nedenle BKT. 22'ye göre, düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyecektir. Bu hükümle, sözleşmelerin mümkün olduğunca ayakta tutulması ilkesinin benimsendiği söylenebilir.

BKT. 24, "genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi içeren kayıtlara yer verilemez." hükmünü getirmiştir. Bu madde, BKT.21/I hükmünün özel bir düzenlemesi niteliğindedir. Zira BKT. 24 düzenlemesi olmasa dahi, *düzenleyene tek yanlı olarak sözleşmenin bir hükmünü karşı taraf aleyhine değiştirme ya da yeniden düzenleme yetkisi içeren genel işlem koşullarının geçerliliği* BKT 21/I hükmüne uygun olması koşuluna bağlı olacaktır. Ancak uygulamada genel işlem koşulları içinde, bu koşulların tamamının veya bir kısmının değiştirilmesi konusunda düzenleyene yetki verildiği görüldüğünden bu konuda özel bir düzenlemeye gidilme ihtiyacı hissedilmiştir. Genel işlem koşullarından yalnızca bir tanesinin seçilerek özel bir düzenlemeye tabi tutulması kanaatimizce yasa yapma tekniği açısından doğru değildir.

Hemen belirtmek gerekir ki, BKT. 24 hükmü emredici nitelikte bir düzenlemedir. Dolayısıyla, genel işlem koşulları içeren bir sözleşmede buna ilişkin kayıtların konulmuş olması kesin hükümsüzlük nedenidir. Ancak buradaki hükümsüzlük, sözleşmenin tamamına etkili olan ve sözleşmeyi geçersiz sayan bir hükümsüzlük olmayıp yalnızca emredici hukuk kuralına aykırı şartın hükümsüzlüğüne neden olan kısmi bir hükümsüzlüktür.

²⁸⁴ BKT. 22 hükmü, "Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez."

²⁸⁵ **Atamer**, Armağan, sh. 325. ; **Özel**, sh. 160.

Öte yandan maddede söz konusu edilen kayıtlar, sadece düzenleyen lehine, diğer taraf aleyhine olan değişiklik ya da yeni düzenleme yapma yetkisi veren genel işlem koşullarına ilişkindir. Buna karşılık, diğer taraf lehine yapılacak tek taraflı değişikliklerin ya da yeni düzenlemelerin geçerliliği konusunda kuşku duyulmamalıdır.

BKT. 24'teki bu düzenleme, 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 6 ve 6/A maddelerindeki *tüketicileri sözleşmedeki haksız şartlara karşı koruyan* hükümlerle benzer niteliktedir. Yine 4077 sayılı kanunun *sözleşmede öngörülen kredi koşullarının sözleşme süresi içinde tüketici aleyhine değiştirilemeyeceği öngören* 10'nuncu maddesi ile de büyük bir benzerlik taşımaktadır.

Tasarının 25. maddesinde, genel işlem koşulları ile ilgili bir başka emredici düzenlemeye yer verilmiştir. Bu düzenleme, genel işlem şartlarının içerik denetimi olarak da adlandırılmaktadır.

BKT. 25'e göre ; *Genel işlem koşullarına, karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamaz.*

Anılan hükme göre, genel işlem şartlarına konulmuş olan hükümler, *dürüstlük kurallarına aykırı olarak karşı tarafa zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte ise* bu hükümler BKT.'nin 27'nci maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesi gereğince hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Buradaki hükümsüzlük kısmi hükümsüzlüktür. Yani sözleşmenin tamamı değil, sadece emredici hukuk kuralına aykırı olan hükmü geçersiz sayılacak buna karşın sözleşmenin geri kalan kısmı geçerli olmaya devam edecektir.

Bir genel işlem koşulunun BKT.'nin 25'nci maddesi kapsamında değerlendirilebilmesi ve hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulabilmesi için, o genel işlem koşulunun dürüstlük kuralı göz önünde tutularak bir değerlendirmeye tabi tutulması

gerekmektedir²⁸⁶. “Dürüstlük kuralı” ölçütü, bir çok Avrupa ülkesindeki hukuk sistemlerinde de genel işlem şartlarının denetiminde kullanılan bir ölçüttür. Bu anlamda düzenleme, AB ülkeleri ve AB yönergeleri ile de paralellik göstermektedir²⁸⁷. Buna göre eğer bir genel işlem koşulu, dürüstlük kuralı göz önüne alındığında, karşı tarafa zarar verici nitelikte ise veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte ise o genel işlem koşulu BKT. 25 kapsamında değerlendirilecek ve BKT 27/II’nin birinci cümlesi gereğince hükümsüzlük yaptırımına tabi tutulacaktır.

BKT 25’in düzenlemesi, *dürüstlük kuralı* yanında hakime yol gösterecek başkaca bir kritere yer vermemesi nedeniyle öğretilerde eleştirilmiştir²⁸⁸. Atamer’e göre, genel işlem şartlarının geçerliliği veya geçersizliğinin karşı tarafın bir zarara uğramış olması koşuluna bağlanması, son derece sakıncalıdır. Zira, genel işlem koşullarında yapılacak olan değişiklikler, her zaman karşı tarafa zarar verici nitelikte olmayabilir. Örneğin, ispat koşullarının genel işlem şartları yoluyla diğer taraf aleyhine değiştirilmesi teknik anlamda bir zarara sebebiyet vermez. Ancak, bunların teknik anlamda bir zarara sebebiyet vermemiş olması, denetlenmemesi anlamına gelmez. Dolayısıyla madde de ifade edilen, zarar verme koşulu yerine, mağduriyetine neden olma koşulunun getirilmesi daha uygun olacaktır.

Bize göre de, genel işlem koşullarında yer alan hükümlerin geçersizliğinin, diğer tarafa zarar verme şartına bağlanmış olması isabetli olmamıştır. Zira, zarar vermeden bahsedilebilmesi için, karşı tarafın mal varlığında fiili bir eksilmenin olması yada, mal varlığının artışının engellenmesi gerekir. Oysa, genel işlem koşullarında yer alan bir hükmün, o sözleşme icra edilmeden diğer taraf aleyhine zarar verici bir sonuç doğurması mantıken mümkün değildir. Zira böyle bir sonucun doğabilmesi için, öncelikle o sözleşmenin uygulanmış olması gerekir. Sözleşme icra edilmeden, o sözleşme içerisinde yer alan bazı hükümlerin, diğer taraf aleyhine zarar vermesinden değil, belki zarar verme tehlikesinden söz edilebilir. Dolayısıyla, bu hükmün düzenleme amacı, ahlâka aykırılık ölçüsünde olmasa bile, dürüstlüğe aykırı olarak nitelendirilen davranışların, genel işlem koşulları alanında da önlenmesi olduğuna göre,

²⁸⁶ Atamer, Armağan, sh. 326.

²⁸⁷ Atamer, Armağan, sh. 326.

²⁸⁸ Atamer, Armağan, sh. 326.

bu amacı gerçekleştirmeye yönelik en uygun ifade, menfaatin ihlal edilmesi kavramıdır. Menfaat kavramı, zarar verme kavramına nazaran daha soyut nitelikte bulunduğundan, hakime, durumun gereklerine uygun karar verebilmesi için takdir yetkisi verecektir. Öte yandan, menfaat kavramı, zarar kavramına nazaran daha genel bir niteliğe sahiptir. Bu nedenle, zarar verme kavramına nazaran daha geniş bir uygulama alanına sahip olacaktır.

4.3. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK

4.3.1. Kamu Düzeni Kavramı

BK. 19/II, sözleşmelerin kamu düzenine aykırı olamayacağını, BK. 20/I’de hukuka aykırı olan sözleşmelerin batıl olacağını düzenlemiştir²⁸⁹. “Kamu düzeni”, oldukça tartışmalı bir kavram olup bu kavram ile tam olarak neyin kastedildiği hususunda bir görüş birliği mevcut değildir²⁹⁰. *Kamu düzeni* kavramı ile neyin kastedildiğini anlayabilmek için öğretide ve yargı kararlarında yer alan bazı tanımlara bakmamız faydalı olacaktır.

Von Tuhr’a göre, “*kamu düzeni*”, *korunmasında ve uygulanmasında toplumun büyük yararı bulunan özel hukuk kurallarıdır*²⁹¹. Becker, “*kamu düzeninin*” *kamu menfaati düşüncesi ile konulmuş özel hukuk düzeni olduğunu ve aynı zamanda sözleşme serbestisinin sınırını belirlerken bu kavrama başvurulabileceğini*” ifade etmiştir²⁹². Schwarz, “*kamu düzeninin*” *takdiri bir kavram olduğunu ve bunun kesin olarak sınırlandırılmayacağını*” belirtmiştir²⁹³. Türk Hukukunda ise Hatemi, “*kamu düzeni kuralları*”nın *örgütlenmiş toplumun temel yapısını ve temel çıkarlarını*

²⁸⁹ Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 113. ; Sirmen, sh. 449-450. ; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 162. ; Karahasan, (Borçlar Hukuku) sh. 272, Eren, sh. 288.

²⁹⁰ Hatemi, sh. 39. ; Feyzioğlu, sh. 235. ; Baştuğ, sh. 68. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 544.

²⁹¹ Naklen, Karahasan, (Borçlar Hukuku) sh. 273.

²⁹² Naklen, Karahasan, (Borçlar Hukuku) sh. 273.

²⁹³ Schwarz, sh. 343.

koruduğunu, bu nedenle ferdin ve toplumun zararını önleme amacını güden ahlak kavramı ile sıkı bir ilişki içinde olduğunu²⁹⁴.” ifade etmiştir.

Öğretideki bu tanımlamaların yanında kamu düzeni kavramı, yargı kararlarında da tanımlanmaya ve çerçevesi çizilmeye çalışılmıştır. Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesi, “ bir kuralın kamu düzenine ilişkin sayılabilmesi için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması, ya da ülkenin hukuk duygusunu ağır bir şekilde zedelemesinin zorunlu olduğunu” ifade etmiştir²⁹⁵. Anayasa Mahkemesi ise 1964 tarihli bir kararında, “Kamu düzenini”, toplumun dirlik ve düzenliğinin sağlanmasını, Devletin ve Devlet kuruluşlarının korunmasını hedef tutan her şeyi ifade ettiği, bir başka deyimle, toplumun her sahadaki düzeninin temelini oluşturan bütün kuralları kapsadığı kuşkusuzdur...” şeklinde ifade etmiştir²⁹⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 28.11.1973 tarihli kararında; “kamu düzeni kavramı”, kuşkusuz benzer yönler olmakla beraber her ülke için o ülkenin kendine özgü tarihsel sosyal ekonomik ve diğer koşullarının oluşturduğu özel bir anlam da taşır.” şeklinde ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 12.12.1990 tarihli bir başka kararında, “Bir kuralın kamu düzeni ile ilgisi, ülkenin sosyal, ekonomik, kültürel ve tarihsel gerçeklerine göre belirlenmelidir. Diğer bir deyimle, sözü edilen gerçekler kuralın vazgeçilmezliğini; toplumsal yararını ve hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını ortaya koyuyorsa, kuralın kamu düzeni ile ilgisi kabul edilmelidir.” şeklinde ifade edilmiştir²⁹⁷.

Yukarıdaki tanımlamalar ve açıklamalardan sonra şunu ifade edebiliriz ki, kamu düzeni, muhtevası tam olarak tanımlanamayan ancak toplumun genelinin menfaatini korumak amacını güden ve zamandan zamana ve toplumlardan topluma değişiklik gösteren bir kavramdır²⁹⁸. Bu kavramla, toplumun birlik ve düzeni, huzur ve güvenliğinin korunması amaçlanmış, bu birlik ve düzeni, huzur ve güvenliği bozacak veya tehlikeye düşürecek olan davranışların önlenmesine çalışılmıştır. Toplumun birlik

²⁹⁴ Hatemi, sh. 55.

²⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 545.

²⁹⁶ Anayasa Mahkemesi, T. 28.1.1964, E.1963/128, K.1964/8 sayılı kararı. Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 22.12.2007 tarihinde alınmıştır.

²⁹⁷ Yarg. HGK. T. 12.12.1990, E. 1990/3-527, K. 1990/627 sayılı kararı. Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 22.12.2007 tarihinde alınmıştır.

²⁹⁸ Hatemi, sh. 42-43. ; Eren, sh. 288. ; Erman, sh. 613. ; Baştuğ, sh. 68. ; Feyzioğlu, sh. 235-236.

ve düzenini, huzur ve güvenliğini ilgilendiren konular, içerisinde bulunulan zamana ve yere göre değişiklik gösterir. Örneğin, terör olayların yoğun olarak yaşandığı günümüz Türkiye'sinde, kişilerin can ve mal güvenliğini korumak, toplumdaki panik ve korku kültürünün ortadan kaldırılabilmesi için, güvenliğe ilişkin konular *kamu düzeninden* sayılmış, bunu bozmayı ya da ortadan kaldırmayı amaçlayan söz, yazı ve eylemler *kamu düzenini* ihlal ettiği gerekçesiyle, hukuka aykırı kabul edilmiştir. Aynı söz, yazı ya da eylemler İsviçre'de toplumsal birliği ve düzeni bozucu olarak nitelendirilmeyebilir ve bu nedenle *kamu düzenini* ihlal edici bir mahiyette görülmeyebilir. Ya da, Amerika Birleşik Devletlerinde göç sorunu *kamu düzenini* ilgilendiren bir konu olarak görülüp buna aykırı davranışlar yasaklanabilirken, aynı sorun Türkiye için *kamu düzenini* ilgilendiren bir olay olarak görülmeyebilir. Bu nedenle, *kamu düzeni* kavramı yaşayan bir kavram olup, sınırlarını tam olarak çizmek ve her zaman ve her yerde geçerli olacak şekilde bir tanım vermek mümkün değildir²⁹⁹.

4.3.2. Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzeni, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüne bir sınır teşkil eder. Yapılan sözleşmelerin konusu, amacı veya içeriği kamu düzenine aykırı ise o sözleşme BK. 20/I hükmü gereğince hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Hemen belirtelim ki, kamu düzenine ilişkin kurallar pozitif hukuk kuralları içerisinde düzenlenmiş olabilir. Bunun, kamu hukuku kuralları içerisinde düzenlenmiş olması ile özel hukuk kuralları içerisinde düzenlenmiş olması arasında herhangi bir fark yoktur. Önemli olan, düzenlenmiş olan bir hükmün kamu düzenine ilişkin olmasıdır. Bu şekilde düzenlenmiş olan bir sözleşmenin konusu, amacı veya içeriği, kamu düzenini koruyan pozitif bir hukuk kuralı ile çatışıyorsa, o sözleşme BK. 20/I uyarınca geçersiz olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, kamu düzenine ilişkin kuralların pozitif hukuk kuralları içerisinde yer alması halinde bunların emredici hukuk kuralları niteliğine bürünecekleridir. Dolayısıyla, pozitif hukuk kuralları içerisinde düzenlenmiş olan kamu düzenine ilişkin bir hukuk kuralına aykırı olan sözleşmeler, aynı zamanda

²⁹⁹ **Baştuğ**, sh. 69. ; **Erman**, sh. 613. ; **Aybay**, sh. 37. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 162.

emredici bir hukuk kuralına aykırılık teşkil edeceğinden, bunları emredici bir hukuk kuralına aykırılık kapsamında değerlendirerek batıl saymak gerekir³⁰⁰. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, *emredici hüküm* ile *kamu düzenine ilişkin hüküm* kavramları birbirini ile eş anlamlı değildir³⁰¹. *Kamu düzenini korumaya yönelik hükümler*, emredici hukuk kurallarının bir bölümünü oluşturur. Bir başka ifade ile emredici hukuk kuralları, kamu düzenine ilişkin kuralları da içine alan daha geniş bir kavramdır. Bunun yanısıra, kişilik haklarını korumaya yönelik olan hükümler ile genel ahlakı korumaya yönelik hükümler de emredici hukuk kurallarının kapsamına girer.

Ancak, bir sözleşmenin konusu, amacı veya içeriği, pozitif hukuk içerisinde düzenlenmiş olan kamu düzenine ilişkin bir kuralı ihlal etmemiş olsa dahi, eğer sözleşmenin konusu, amacı veya içeriği kamu düzenine aykırı ise yine de BK.20/I uyarınca geçersizlik yaptırımına tabi tutulacaklardır³⁰². Fakat, pozitif hukuk kuralları içerisinde düzenlenmemiş olan kamu düzenine aykırılık hallerinde, bir sözleşmenin geçerli olup olmadığı inceleme konusu yapılırken hakimin çok dikkatli hareket etmesi gerekir. Zira, kamu düzeni kavramı, sınırları tam olarak belirlenemeyen, zamandan zamana ve toplumdan topluma değişiklik gösteren bir kavram olduğundan, sözleşmelerin hukuka uygunluğunun tespitinde de çok dikkatli olarak davranılması gerekir. Aksi taktirde, sözleşme özgürlüğü çerçevesi içerisinde kişilerin yapmış oldukları sözleşmeler, *kamu düzeni* gerekçe gösterilerek sebepsiz yere geçersiz sayılabilir. Böyle bir durum, hukuka olan güvenin sarsılmasına yol açar. O nedenle, pozitif hukuk kuralları içerisinde düzenlenmemiş olan kamu düzenine aykırılık hallerinde hakim, iddia edilen aykırılığın, toplumun genel yapısına veya ihlal edilen değer yargısına ne derece etki ettiğini, toplumda var olan değer yargısını ciddi biçimde sarsıp sarsmadığını, hukukun temel niteliklerini kabul edilemez ve hoş görülemez bir şekilde zedeleyip zedelediği gibi unsurları göz önünde tutarak bir inceleme yapmalı ve asıl olanın tarafların iradeleri olduğunu, ancak istisnai hallerde kamu düzeni kavramı ile sözleşmelerin geçersiz sayılacağı hususlarını gözden uzak tutmamalıdır. Aksi taktirde, toplumda var olan hukuki güven kavramı onarılamaz bir biçimde

³⁰⁰ Oğuzman/Öz, sh. 73-74. ; Baştuğ, sh. 69. ; Eren, sh. 288. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 548.

³⁰¹ Kocayusufpaşaoğlu, sh. 547.

³⁰² Kocayusufpaşaoğlu, sh. 548. ; Örneğin, bir kimseye boşanma yükümlülüğü yüklenmesini açıkça yasaklayan bir yasa hükmü olmamasına rağmen, böyle bir sözleşme *kamu düzenine* aykırı olacağı için batıl sayılacaktır. Aybay, sh. 37. ;

zedelenebilir. İşte bu gibi unsurları göz önüne alarak inceleme yapan bir hakim, pozitif hukuk kurallarında düzenlenmemiş olsa dahi eğer bir sözleşmenin konusunun, amacının veya içeriğinin kamu düzenine aykırı olduğunu tespit etmesi halinde anılan sözleşme BK. 20/I hükmü uyarınca *kamu düzenine* ve dolayısıyla hukuka aykırılığı nedeniyle geçersiz olarak kabul edilecektir³⁰³.

Son olarak şunu belirtmek gerekir ki, kamu düzenine ilişkin kurallar, genelde *kamu hukuku* alanında düzenlenmiş olmakla birlikte bu kurallara *özel hukuk* alanında da yer verildiği görülmektedir³⁰⁴. Özel hukuk alanında kamu düzenine ilişkin hükümlere daha ziyade, *Aile, Miras ve Eşya Hukuku* alanlarında rastlanmaktadır³⁰⁵. Buna karşın *Borçlar Hukuku* alanında kamu düzenine ilişkin kurallar yok denecek kadar azdır³⁰⁶. Ancak, burada da azda olsa kamu düzenine ilişkin kurallara yer verilmiştir.³⁰⁷

4.4. KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRILIK

4.4.1. Kişi ve Kişilik Hakkı Kavramı

Hukuki bir kavram olarak kişi³⁰⁸, hak sahibi olabilen ve borç altına girebilen varlık anlamındadır³⁰⁹. Hukuk düzeni, hakları tanıırken bu haklara sahip olacak kişileri

³⁰³ Oğuzman/Öz, sh. 73-74. ; Aybay, sh. 37. ; Hatemi sh. 41-42.

³⁰⁴ Tekinay Selahattin Sulhi. ; *Borçlar Hukuku*, 4. Baskı, İstanbul, 1979, sh. 357. Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, sh. 113. ; Eren, sh. 297. ; Feyzioğlu, sh. 236. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 547.

³⁰⁵ Tunçomağ, *Borçlar Hukuku*, sh. 162. ; Eren, 267. ; Reisoğlu, *Borçlar Hukuku*, sh. 113. ; Baştuğ, sh. 68. ; Özel hukuk alanında kamu düzenine ilişkin kuralların sıklıkla yer verildiği bir yasa olan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'u gösterebiliriz. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 547.

³⁰⁶ Eren, sh. 288.

³⁰⁷ Buna örnek olarak BK. m. 127'yi gösterebiliriz. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 547. ; Feyzioğlu, sh. 236. ; Eren, sh. 288.

³⁰⁸ *Kişi* kelimesi, yabancı dillere Latince kökenli olan “*persona*” kelimesinden geçmiştir. *Persona* kelimesi, *maske* anlamında kullanılmaktadır. Eski Romada aktörler, sahneye çıkarken yüzelerine, temsil ettikleri tiplerin maskelerini takarlardı. Bu maskeler, her rol için değişmez bir biçimde belirlenmişti. Bu nedenle, rollerin temsil ettiği karakteri simgelemek için bunlara *persona* denilmiş ve bu kavram bu günkü dile *kişi* olarak geçmiştir. Bu anlamda *kişi*, Fransızca’da “*personne*”, Almanca’da “*person*”, İtalyancada “*persona*”, İngilizcede “*person*” olarak ifade edilmiştir. Ataay , sh. 21. ; Gürkan Ülker, *Kişilik Kavramının Evrimi, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu’na Armağan*, Ankara, 1995, sh. 42.

bir başka ifade ile hakların sujelerini de belirlemiştir³¹⁰. Bu haklara sahip olacak varlık olarak ilk akla gelen insandır. Bu nedenle insan, yeryüzünde yaşayan doğal bir varlık olarak hukuk düzeni tarafından tanınmış ve hak sahibi olarak kabul edilmiştir³¹¹. Ancak hukuk düzeni, yalnız insanları hak sahibi olarak tanımamış, bir amaç etrafında birleşmiş olan insan toplulukları ile bir amaca tahsis edilmiş mal topluluklarını da hak sahipliği kapsamı içerisine sokmuştur³¹². Bu nedenle, bugünkü hukuk sistemimizde insanların [gerçek kişilerin] yanısıra, tüzel kişiler de hak sahibi olarak düzenlenmiş ve dolayısıyla *kişi* olarak kabul edilmiştir.

Kişilik, kişinin kişi olması nedeniyle sahip olduğu hak ve fiil ehliyeti, hayatı, beden bütünlüğü, şeref ve haysiyeti, itibarı, adı, sanı, sırları gibi sahip olduğu tüm değerleri üzerindeki haklarına verilen isimdir³¹³.

Kişilik hakkı ise, bir kimsenin insan olması dolayısıyla sahip bulunduğu şeref, haysiyet, onur, kişisel veya mesleki sırlar, isim, resim, özgürlük gibi manevi değerleri ile yaşamı, beden ve ruh bütünlüğü, fiziki unsurları üzerinde sahip olduğu değerleri bütünüdür³¹⁴. Kişilerin sahip olduğu bu haklar, hem özel hem de kamu hukuku alanındaki düzenlemelerle koruma altına alınmıştır³¹⁵.

³⁰⁹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, sh. 2. ; **Arpacı** Abdulkadir, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* 2. Bası, İstanbul, 2000, sh. 1. ; **Özsunay** Ergun, *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu*, İstanbul, 1977, sh. 11. ; **Dural** Mustafa, **Öğüz** Tufan, *Kişiler Hukuku*, İstanbul, 2001, sh. 5. ; **Ataay** Aytekin, *Şahıslar Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 1978. sh. 20. ; **Gürkan**, sh. 40.

³¹⁰ **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, sh. 2. ; **Arpacı**, A., *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* 2. Baskı. İstanbul, 2000, sh. 2. ; **Dural/Öğüz**, sh. 4-5. ; **Özsunay**, sh. 11. ; **Ataay**, sh. 20-21.

³¹¹ **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, sh. 2. ; **Dural/Öğüz**, sh. 5. ; **Özsunay**, sh. 12-13. ; **Ataay**, sh. 22 vd. ; Esasında insan, hem hukuk düzenin kaynağı hem de bizzat bu düzenin oluşturan varlıktır.

³¹² **Dural/Öğüz**, sh. 5. ; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, sh. 2. ; **Ataay**, sh. 22 vd. ; **Özsunay**, sh. 12-13.

³¹³ **Arpacı**, sh. 2. ; **Dural/Öğüz**, sh. 4-5. ; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, sh. 2. ; **Ataay**, sh. 21. ; **Gürkan**, sh. 40.

³¹⁴ **Arpacı**, sh. 103. ; **Özsunay**, sh. 105. ; **Ataay**, sh. 122. ; Yargıtay bir kararında kişilik haklarını, üç guruba ayırarak tanımlamaktadır. Bunlardan ilki, bedensel bütünlüğe ilişkin maddi varlıklar (yaşam-sağlık); ikincisi, ruhsal (manevi) varlıklar (onur-saygınlık, özgürlükler, sır, resim); üçüncüsü ise mesleki ve ekonomik değerlerdir. Yarg. HGK. T. 20.03.1991, E. 1990/4-617, K. 1991/137. sayılı kararı. Bir başka kararında ise, kişilik haklarını; kişinin yaşamı, sağlığı, vücut ve ruh bütünlüğü ile toplum içindeki yerini koruyan haklar olarak tanımlamış ve bunların fiziksel, duygusal ve sosyal kişilik değerlerini içine aldığı belirtmiştir. Yarg. HGK. T.27.12.2006, E. 2006/4-800, K. 2006/821 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 02.04.2008 tarihinden alınmıştır.)

³¹⁵ Kamu Hukuku alanında kişilik haklarını koruyucu hükümlere örnek olarak, *Türk Ceza Kanunu*'ndaki şerefe karşı işlenen cürümleri düzenleyen hükümler [TCK. 125 vd], cinsel davranışlarz vücut bütünlüğünü ihlale düzenleyen hükümler [TCK. 102 vd.], kişi hürriyeti aleyhine işlenen cürümleri düzenleyen hükümler [TCK. 106 vd.] örnek olarak gösterilebilir. Özel Hukuk alanında *kişilik hakları*,

4.4.2. Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik hakları da sözleşme özgürlüğüne bir sınır çizer³¹⁶. Bu nedenle, kişilik haklarına aykırı olan sözleşmeler geçersizdir³¹⁷. Gerçekten de BK. 19/II, kanunun emredici hükümlerine aykırı sözleşmelerin yapılamayacağını belirttiikten sonra hemen akabinde, sözleşmelerin “ şahsi hükümlere müteallik haklara” da aykırı olamayacağını belirtmek suretiyle kişilik haklarının, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğü bakımından bir sınır çizdiğini vurgulamıştır³¹⁸. Kişiliğe ilişkin hakları koruyan hükümler, yasa koyucu tarafından genel olarak emredici bir tarzda düzenlenmiş olan hükümlerdir³¹⁹. Bu nedenle, bir sözleşme, yasalarda düzenlenmiş olan kişilik haklarını koruyucu bir hüküm ile çatışmakta ise, bir başka ifade ile sözleşme, kişilik haklarını koruyucu pozitif bir hukuk kuralına aykırı ise o taktirde sözleşme, emredici hukuk kurallarına aykırılık kapsamı içerisinde değerlendirilecek ve geçersiz olacaktır³²⁰. Ancak söz konusu sözleşme, yasalarda düzenlenmiş olan kişilik haklarını koruyucu bir hüküm ihlal etmemiş olsa dahi eğer yapılan sözleşme, konusu, amacı ve içeriği itibariyle kişilik haklarına aykırı ise, yine de geçersizlik yaptırımına tabi tutulacaktır³²¹. Bu şekildeki bir hukuka aykırılıkta, kişilik haklarına aykırılığın yanısıra genellikle ahlaka aykırılık da söz konusu olur³²². Yasa koyucu, kişiye ve onun kişiliğine bağlı haklara özel bir önem vermiş ve bu hakları, yalnız dışarıdan gelecek saldırılara karşı değil, bizzat kişinin kendisi tarafından yapılacak olan saldırılara karşı da korumuştur³²³.

Medeni Kanununun 23 ve 24. maddelerinde genel olarak düzenlenmiş olup, BK. 99, 161/III, 249/III, 332, 343, 344 gibi maddeler kişilik haklarının özel düzenlemeleri olup bunların aleyhine sözleşme yapılması yasaklanmıştır. **Sirmen**, sh. 450. ; **Karahasan**, (Borçlar Hukuku), sh. 273.

³¹⁵ **Arpacı**, sh. 149 vd. ; **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, sh. 129. ; **Özsunay** , sh. 155. ; **Dural /Öğüz** , sh. 145. ; **Ataay** , sh. 150. ; **Eren**, sh. 289.kişilik hakları, başlıca MK. 23 ve 24 çerçevesinde korunmaktadır. **Arpacı**, sh. 143 – 149. ;

³¹⁶ **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku) sh. 163.

³¹⁷ **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 113. ; **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku) sh. 163. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 67. ; **Eren**, sh. 289.

³¹⁸ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 67. ;

³¹⁹ **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku) sh. 163. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 67.

³²⁰ **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 66-67. ; **Tunçomağ**, (Borçlar Hukuku) sh. 163. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 531. ;

³²¹ **Oğuzman/Öz**, sh. 74. ;

³²² **Oğuzman/Öz**, sh. 74-75. ; **Aybay**, sh. 38. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 114-115. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 531.

³²³ **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 113. ; **Aybay**, sh. 38. ; **Erman**, sh. 612. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 67.

Kişilik hakları, esas olarak MK. 23 ve 24'te düzenlenmiş olup MK. 23, kişilik haklarının hukuki işlemlere karşı korunmasını, MK. 24 ise, üçüncü kişilerin hukuki işlem dışı saldırılarına karşı korunmasını hükme bağlamıştır³²⁴. Bunun yanında BK. 19/II, sözleşmelerin kişilik haklarına aykırı olamayacağını belirtmiştir. BK.19/II, kişilik hakları ile ilgili ne bir tanıma ne de herhangi bir açıklamaya yer vermemiştir. Bu nedenle, kişilik haklarına aykırılığın hangi hallerde sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüne sınır teşkil edeceğini tespit edebilmek için MK. 23 ve 24'ncü maddelerin incelenmesi zorunludur.

4.4.3. MK. 23/I Çerçevesinde Kişilik Haklarına Aykırılık ve Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Etkileri

MK. 23/I'e göre, *hiç kimse hak ehliyetinden kısmen dahi olsa vazgeçemez*. Bu hüküm ile kastedilen, kişinin bir hukuki işlem ile hak ehliyetinden kısmen ya da tamamen vazgeçmesinin hukuken geçerli olmayacağıdır³²⁵. Bu anlamda, bir kimsenin hiç hak sahibi olmayacağı ya da hiç borç altına girmeyeceği veya ölüme bağlı tasarrufla bulunmayacağı yolundaki taahhütleri MK.23/I ve BK. 19/II ve 20/I maddesi mucibinde geçersizdir³²⁶. Örneğin, bir kimsenin yapmış olduğu bir sözleşme ile hayatı boyunca evelenmeyeceğini, hiçbir derneğe üye olmayacağını, şirketlere ortak olmayacağını, bir kimse hakkında hiç bir nedenle dava açmayacağı yolundaki taahhütleri MK 23/I anlamında kişilik haklarına aykırı ve dolayısıyla batıldır³²⁷.

Buna karşılık, bir kimsenin bir hak doğduktan sonra onu kullanmayacağını beyan etmesi, o haktan feragat etmesi kişilik haklarını ihlal mahiyetinde değildir³²⁸. Zira, kişilerin hak doğduktan sonra ondan feragat etmeleri, hak ehliyetinden feragat niteliğinde olmayıp, belirli bir hakkın kullanılmasından vazgeçme niteliğindeki bir

³²⁴ Eren, sh. 289. ; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku , sh. 67. ; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 113 vd. ; Aybay, sh. 38. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 565.

³²⁵ Özsunay , sh. 157. ; Arpacı, sh. 144.

³²⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 129. ; Dural /Öğüz , sh. 145.

³²⁷ Arpacı, sh. 144.

³²⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130. ; Arpacı, sh. 146. ; Dural /Öğüz , sh. 146.

hakkın kullanılmasıdır³²⁹. Böyle bir hakkın kullanılmasının bizatihi kendisi de, kişilik haklarının bir gereğidir. Örneğin, bir kimsenin bir alacak hakkı doğduktan sonra alacak hakkından feragat etmesi, bir mal üzerindeki mülkiyet hakkının doğumundan sonra bu haktan vazgeçmesi hali bunlara örnek olarak gösterilebilir³³⁰.

MK.23/I hükmü, aynen hak ehliyetinde olduğu gibi, fiil ehliyetinden vazgeçmeyi de yasaklamıştır. Ancak burada şu hususu belirtmekte fayda vardır ki o da, özel bazı hallerde bir kimsenin kendi iradesi ile fiil ehliyetinin kısıtlanmasını talep etmesinin MK.23/I'e aykırılık teşkil etmeyeceğidir³³¹. Örneğin, bir kimsenin ihtiyarlığı, malüliyeti veya tecrübesizliği gibi nedenlerle işlerini gereği gibi görmekten aciz olduğu durumlarda, kendisinin vesayet altına alınmasını hakimden talep etmesi buna örnek olarak gösterilebilir³³².

4.4.4. MK. 23/II Çerçevesinde Kişilik Haklarına Aykırılık ve Sözleşmenin Konusunu Düzenleme Özgürlüğü Bakımından Etkileri

MK. 23/II'ye göre ; *“kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamaz”*. Bu hüküm, kişiliği özgürlükler yönünden koruyucu bir düzenleme getirmektedir³³³. Bu düzenleme ile yasa koyucu, kişinin özgürlüğünden her ne şekil ve surette olursa olsun bütünüyle vazgeçemeyeceğini emredici bir tarzda düzenlemiştir. Bu kural mutlak olup, kişinin özgürlüğünden bütünüyle vazgeçme sonucunu doğuracak olan her türlü sözleşme mutlak olarak batıl sayılmıştır³³⁴. Örneğin, bir kişinin bir başkasının kölesi olacağına dair yapılacak olan anlaşma, kişinin sahip olduğu özgürlüğün bir başkasına devredilmesi niteliğinde olduğundan MK.23/II ve BK. 19/II ve 20/I uyarınca batıl olacaktır³³⁵. Buna karşılık

³²⁹ Dural /Öğüz , sh. 146.

³³⁰ Arpacı, sh. 144.

³³¹ Arpacı, sh. 144.

³³² Arpacı, sh. 145.

³³³ Dural /Öğüz , sh. 146. ; Arpacı, sh. 145. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 566.

³³⁴ Dural /Öğüz , sh. 146. ; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 114. ; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku , sh. 67. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 566.

³³⁵ Öztan Bilge, *Şahıslar Hukuku*, Ankara 1987, sh. 131. ; Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130.

MK. 23/II hükmü, özgürlüklerin hukuka ve ahlaka aykırı olmayacak şekilde kısıtlanmasına cevaz vermektedir³³⁶.

Maddenin ikinci fıkrasındaki, *kimsenin özgürlüğünden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlayamayacağı* hükmünü, *kişilerin özgürlüklerinden tamamen vazgeçemeyecekleri ve bunları hukuka ya da ahlaka aykırı olabilecek bir şekilde sınırlanamayacağı* şeklinde anlamak gerekir³³⁷. Zira kişiler, sosyal ve ticari hayatın zorunlu bir gereği olarak yapmış oldukları çeşitli sözleşmeler ile özgürlüklerini kısıtlamaktadırlar³³⁸. Örneğin, bir fabrikada çalışmayı kabul eden işçi veya bir özel okulda çalışmayı kabul eden öğretmen, yapmış oldukları sözleşmelerle özgürlüklerinin kullanılmasını kısıtlamaktadırlar³³⁹.

Burada önem arzeden ve üzerinde durulması gereken konu, kişinin sahip olduğu özgürlüklerin, hukuka ya da ahlaka aykırılık oluşturacak derecede sınırlandırılması ve bu sınırlandırmanın sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüne kişilik hakları yönünden bir sınır çizmesidir³⁴⁰. Ancak, özgürlükleri sınırlandırmanın hangi hallerde hukuka ya da ahlaka aykırılık derecesine ulaşacağı, hangi hallerde ise hukuka ya da ahlaka uygun kabul edileceğine ilişkin bir sınır çizmek ve tespit etmek her zaman mümkün değildir³⁴¹. Yasa bazen, özgürlüklerin hangi hallerde aşırı oranda sınırlandırılmış olacağını *belirtmiş* olabilir³⁴². Böyle bir durumda, özgürlüğün sınırını

³³⁶ Arpacı, sh. 144. ; Dural /Öğüz , sh. 146. ; Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130. ; Özsunay , sh. 157. ; Ataay , sh. 150. ; Kocayusufpaşaoğlu, maddede ifadesini bulan *hukuka aykırı* sınırlama tabirinin basit bir beyan olduğunu ve bu konuda özel hükümlerdeki düzenlemelere yapılan bir atıf olduğunu belirtmektedir. Yazara göre, kanunun başka bir maddesinde özgürlüğün sınırlandırılmasına ilişkin bir hüküm olduğu takdirde, meydana gelen ihlalde özel hüküm uygulama alanı bulacak, hakim bu ihlal için Mk. 23/II'ye başvurmayacaktır. Kocayusufpaşaoğlu, sh. 565.

³³⁷ Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 114.

³³⁸ Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 114.

³³⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130.

³⁴⁰ Dural /Öğüz , sh. 146. ; Öztan , sh. 131. ; Özsunay , sh. 157. ; Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130. ; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 114.

³⁴¹ Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 114.

³⁴² Örneğin, evlenmeden kaçınan nişanlımın diğerine tazminat ödeyeceğine ilişkin yapılan sözleşmedeki şarta dayanarak diğer tarafın “cayma tazminatı” veya “ cezai şart” talep edemeyeceğini hükme bağlayan MK. m. 119 hükmü. Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 114. ; Bir başka örnek ise, BK. m. 343’de belirtilen *bir hizmet akdinin,ömür boyu veya on seneden fazla için yapılmış olması halinde, işçinin iş aktini on sene geçtikten sonra her zaman ve bir aylık bir ihbar müddetine riayet şartıyla tazminat dahi vermeksizin feshedebileceğine* ilişkin hüküm, bir diğer ise; BK. 349’da düzenlenen işçi ile işveren arasındaki rekabet yasağına ilişkin hükümdür. Anılan hükümde yasa koyucu, işçiye getirilecek olan rekabet yasağının, onun ekonomik geleceğini tehlikeye atacak derecede ve hakkaniyete aykırı olacak şekilde düzenlenemeyeceği belirtmiştir. Dural /Öğüz , sh. 147.

tespit etmek açısından bir sıkıntı olmayacak ve yasa ile belirtilmiş olan sınırı aşan sözleşmeler batıl olarak kabul edilecektir. Buna karşın, yasa tarafından açık bir biçimde belirtilmemiş olan hallerde, özgürlüklerin ne zaman *ahlaka aykırı* olarak sınırlandırılacağı hususu öğretide tartışmalıdır.

Öğretideki bir kısım yazarlar³⁴³, özgürlüğün bu şekilde sınırlandırılmasına kesin bir kriter getirilemeyeceğini her somut olayda durumun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişler ve örnekler vererek konuyu açıklamaya çalışmışlardır³⁴⁴. *Federal Mahkeme*, konuya ekonomik özgürlükler açısından yaklaşmış ve *bir kimsenin mesleki gelişmesini, ekonomik hayatını ve yarınını yıkıcı nitelikteki aşırı yükümlülükleri içeren sözleşmeleri kişilik haklarına aykırı ve dolayısıyla batıl saymıştır*³⁴⁵. *Federal Mahkeme* bir başka kararında ; *sınırsız veya aşırı uzunluktaki bir süre için yapılmış olan sözleşmelerin duruma göre MK. m. 2’de belirtilen “hakkın kötüye kullanılması yasağı”na veya MK. m. 23’e dayanılarak feshedilebileceğine karar vermiştir*³⁴⁶. *Yargıtay* ise, *kişisel veya ekonomik özgürlükleri kabul edilemez biçimde veya olağanüstü biçimde sınırlayan sözleşmeleri BK. 20/I uyarınca “ahlaka aykırı” kabul etmiş ve bu tür sözleşmeleri veya sözleşmelerdeki bu tür şartların batıl olacağına karar vermiştir*³⁴⁷.

Diğer taraftan, MK. 23/II’nin uygulama alanı [kapsamı] bakımından İsviçre ve Türk Hukuk doktrini arasında görüş farklılığı bulunmaktadır. Türk Hukuk doktrini³⁴⁸, MK. 23/II’nin uygulama alanının dar anlamda özgürlükler ile sınırlı tutmaktadır. Buna karşın, kişilik hakları içerisinde değerlendirilen ancak özgürlükler kapsamına girmeyen kişinin manevi alanı, beden bütünlüğü, özel hayatı gibi kişilik değerlerine ilişkin ihlallerde MK.23/II’nin değil, BK. 19/II’nin uygulama alanı bulacağını, bu bakımdan BK. 19/II’nin MK. 23/II’yi tamamladığını ileri sürmektedirler.

³⁴³ **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 114.

³⁴⁴ Din, meslek veya uyruk değiştirmeyi veya değiştirmemeyi, birisiyle evlenmeyi veya evlenmemeyi, bir partiye üye olmayı veya olmamayı konu alan sözleşmeler kişilik haklarına aykırı ve dolayısıyla batıldır. **Baştug**, sh. 68. Dpn. 36. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 114-115. ; **Sirmen**, sh. 451.

³⁴⁵ JT. 1995. I. 158. ; JT. 1959, I, 42. ; JT. 1958, I, 264., naklen **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 114., dpn. 5

³⁴⁶ JT. 1989, I. 2. naklen **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 114. Dpn. 5

³⁴⁷ Yarg. HGK. T. 07.02.2007, E. 2007/19-263, K. 2007 / 52 ; Yarg. HGK. T. 23.06.2004, E. 2004/19-346, K. 2004/ 374. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 08.02.2008 tarihinde alınmıştır.)

³⁴⁸ **Oğuzman/Seliçi/Oktay**, sh. 131. ; **Arpacı**, sh. 147. ; Karşı görüşte, **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 566.

İsviçre Hukuk doktrini³⁴⁹, MK 23/II'yi [İMK. m. 27.] daha geniş olarak yorumlamakta ve kişinin karar verme özgürlüğünü mutlak anlamda muhafaza etmesini engelleyen belirli bir sınırın üstündeki taahhütleri veya taahhüt altına girmemesi gereken alanlarda önceden kendisini bağlamasına yönelik hukuki işlemleri, özgürlüklerden vazgeçme veya özgürlüklerin aşırı biçimde sınırlandırılması olarak kabul etmektedir. Bize göre, BK. 19/II'de belirtilen "*kişilik haklarına aykırılık*" ifadesi, MK. 23/I ve II'de belirtilen tüm kişilik hakkı değerleri bu hükümlere bir yollama niteliğindedir. Bu anlamda, bir sözleşmenin kişilik haklarına ve dolayısıyla BK. 19/II'ye aykırı olup olmadığı, MK. 23 kapsamı göz önünde tutularak tespit edilmelidir.

MK. 23 hükmü, kişilik haklarını koruyucu düzenleme yaparken bu düzenlemelere aykırılık halinde uygulanacak olan hukuki yaptırımı belirtmemiştir. MK. 23'ün ihlali halinde uygulanacak olan hukuki yaptırımın ne olacağı konusunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Bunlardan ilki ve bizim de katıldığımız görüşe göre³⁵⁰, MK.23'te kişilik haklarına aykırılık halinde uygulanacak olan yaptırım belirtilmemiştir. Bu nedenle MK. 23'te belirtilen kişilik hakkı ihlalleri, BK. 19/II'de sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birisi olarak düzenlenmiş olup, BK. 20/I'de de yaptırımına bağlanmıştır. Buna göre, MK. 23 kapsamındaki *kişilik haklarına aykırılık*, BK. 20/I'deki *ahlaka aykırılık* kapsamı içerisinde değerlendirilecektir. Bize göre, kişilik haklarına aykırılığın sadece, BK. 20/I'deki ahlaka aykırılık kapsamı içerisinde değerlendirilmesi doğru değildir. Zira, MK. 23'te belirtilen kişilik haklarına aykırılık, hukuk sistemi içerisindeki bir hükmü ihlal edici mahiyette olduğu taktirde öncelikle hukuka aykırılık kapsamı içerisinde değerlendirilmelidir. Kişilik haklarına aykırılık, hukuk sistemi içerisinde düzenlenmiş olan herhangi bir hükmü ihlal etmemesine rağmen anılan ihlal, toplumun genel ahlak anlayışına, temel hak ve özgürlüklere aykırı ise o taktirde söz konusu aykırılık, BK. 20/I'deki ahlaka aykırılık kapsamı içerisinde değerlendirilecektir. Öte

³⁴⁹ **Thevenaz**, La Protection contre soi-meme, Etude de l'article 27 alinea 2 CC, Berne 1997, N. 68-70. ; **Zufferey –Werro**, Le contrat contraire aux bonnes moeurs, Fribourg Suisse 1988, N. 619, 634. ; **Egger**, Zürcher Kommentar, I Band ; Einleitung und Personenrecht, 2 A. Zurich 1930, Art. 27, N. 27. ; **Huguenin**, Basler Komm., Art. 19-20, 4. 44.; **Jaggi**, Fragen des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit, ZSR 79 (1960), s. 198 a vd. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 567, dpn.132'den naklen.

³⁵⁰ **V.Tuhr/Peter**, 31, V, 2-3, sh. 258-259, 261-262 ; **Zufferey**, Les Contrats du Sport professionnel face aux bonnes moeurs, SJZ 86 (1990), sh. 117. ; naklen, **Kocayusufpaşaoğlu**,sh. 568.

yandan, kişilik haklarını ihlal eden davranış, BK. 20/II hükmünün uygulanmasını gerektirir nitelikte ise öncelikle BK. 20/II hükmü uygulanacak ve sözleşme ayakta tutulacak, bunun mümkün olmaması halinde ise anılan ihlal BK. 20/I uyarınca [kesin hükümsüzlük] sonucunu doğuracaktır.

İkinci görüş³⁵¹, MK. 23/II'deki *özgürlüklerden vazgeçmeye veya özgürlüklerin ahlaka aykırı olarak aşırı bir biçimde kısıtlanmasına* yönelik düzenleme ile BK. 20/I'deki *ahlaka aykırılığın butlanı* arasında uygulama alanı bakımından farklılık bulunduğunu savunmaktadır. Bu görüşe göre BK. 20/I, konusu [içeriği] itibarıyla ahlaka aykırı olan sözleşmeleri batıl saymaktadır. Buna karşın MK. 23/II, taraflardan birisinin, tamamen özgür bir şekilde karar vermesi gereken bir alanda bu özgürlüğünden vazgeçmesi veya bu özgürlüğünü aşırı bir şekilde kısıtlaması nedeniyle kişilik haklarına aykırı sayılmaktadır. Bu nedenle, MK. 23/II'nin konusuna giren sözleşmeler, içerikleri itibarıyla BK. 20/I'e aykırı sözleşmeler değildir. Bu nedenle, bu sözleşmelere uygulanacak olan yaptırım BK. 20/I'deki butlan yaptırımını değildir. Bu sözleşmeler, geçerli olarak kurulmuş olup yalnızca borçlu, [aşırı yükümlülük altına giren taraf], aşırı yükümlülüğün gerçekleştiği andan itibaren kendisine tanınacak olan bir fesih hakkını kullanarak sözleşmeyi ileriye etkili [ex nunç] olarak sona erdirebilecektir. Bu görüş, kişilik değerleri bakımından mutlak bağlılık veya aşırı bağlılık yaratan bir hükmün sözleşmenin içeriği dışında tutulamayacağı ve taraflarca yüklenilen karşılıklı borçlara ilişkin bir düzenleme olarak sözleşmenin içeriğine dahil olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir³⁵².

Üçüncü görüşe göre³⁵³, MK. 23/II'ye aykırı sözleşmeler BK. 20/I uyarınca batıl [kesin hükümsüz] olmakla birlikte, MK. 23'ün kişilik hakları zedelenen tarafı koruyucu amacı göz önünde tutulmalı ve yalnızca kişilik hakları zarar gören tarafça ileri sürülebilmeli, bu kimse, sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürmediği müddetçe sözleşme geçerli kalmaya devam etmeli ve diğer tarafa, sözleşmenin hükümsüzlüğünü ileri sürme imkanı tanınmamalıdır. Aynı şekilde hakim de, kesin hükümsüzlüğü, kişilik

³⁵¹ **Bucher**, Art. 27 ZGB, N. 2, 126 vd., 162 vd., 295 vd., 523 vd., naklen **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 568.

³⁵² **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 572-573.

³⁵³ **Kramer**, Art. 19-20, N. 209, 371 vd. ; **Gauch/Schluap/Schmid**, N. 687. ; **Hürlimann**, N. 188. ; **Koller**, I, N. 973 vd. **Zufferey – Werro**, N. 1672. ; naklen **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 571.

hakları zedelenen tarafın lehine olarak re'sen göz önünde tutmalıdır. Bu hüküm, hem özgürlüğün bütünüyle ortadan kaldırılması sonucunu doğuran sözleşmelerde hem de, özgürlüğü ahlaka aykırı bir şekilde aşırı olarak sınırlandıran sözleşmeler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Ayrıca, aşırı bir şekilde özgürlüğün kısıtlanması halinde sadece aşırılığı geçersiz kabul ederek, bunu kanunun öngördüğü makul bir seviyeye indiren veya sadece bu şartı geçersiz sayarak sözleşmenin kalan kısmının geçerli olması sonucunu doğuran BK.20/II'deki kısmi butlan yaptırımını da burada uygulama olanağına sahiptir. Ancak, hükümsüzlüğü ileri sürmenin yalnızca kişilik hakları zedelenen tarafa tanınması buna karşılık diğer tarafa böyle bir imkanın tanınmaması ve hakim, kişilik hakkı zedelenen taraf lehine hükümsüzlüğü re'sen göz önüne bulundurması BK. 20/I'in düzenlemesi ile uyumsuzdur. Ancak, şartları var ise BK. 20/II'de belirtilen kısmi butlan yaptırımını söz konusu görüşün uygulanması açısından sınırlı da olsa bir imkan sağlayabilir.

Özgürlüğün MK.23/II anlamında kısıtlanması değişik şekillerde karşımıza çıkabilir.

Bu kısıtlamalardan bazıları, nitelikleri itibariyle caiz olmalarına karşın somut olaydaki ortaya çıkışı bakımından MK. 23/II'ye aykırı olabilirler³⁵⁴. Örneğin, ömür boyu veya çok uzun süreli bir iş sözleşmesinin yapılması halinde bu sözleşme MK. 23/II'ye ve dolayısıyla BK. 19/II ve 20/I'e aykırılık nedeniyle batıl olacaktır³⁵⁵. Ancak, aynı sözleşme daha kısa bir süre için yapılmış olsa idi, geçerli olarak kabul edilecekti³⁵⁶. Burada, bir kimsenin yapmış olduğu bir sözleşme ile özgürlüğünü kısıtlamasının bizatihi kendisi [sözleşme ile özgürlüğün kısıtlanması niteliği] hukuka aykırı sayılmamakta, aksine, bu kısıtlamanın niceliksel olarak [süresinin çok fazla olması] fazlalığı, sözleşmenin MK.23/II'ye aykırılığına neden olmaktadır³⁵⁷. Ancak, burada şunu belirtmek gerekir ki, sözleşme süresinin uzunluğu tek başına MK. 23/II anlamında bir özgürlük sınırlaması getirmemektedir³⁵⁸. O halde, uzun süreli sözleşmelerin hangi hallerde MK. 23/II'ye aykırılık teşkil edeceklerinin tespit edilmesi

³⁵⁴ Arpacı, sh. 145.

³⁵⁵ Arpacı, sh. 145-146. ; Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130-131.

³⁵⁶ Arpacı, sh. 145-146.

³⁵⁷ Arpacı, sh. 145-146.

³⁵⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130-131.; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 576.

gerekmektedir. Bu konuda kesin bir ölçüt olmamakla birlikte doktrinde ve uygulamada buna ilişkin bazı kriterler getirilmiştir. Doktrin, uzun süreli sözleşmelerin MK. 23/II'ye aykırı olup olmadığının tespitinde, uzun süreli sözleşmelerin kişinin ekonomik özgürlüğünü tehlikeye atıp atmadığı, kişiyi, ölçüsüz bir risk altına sokup sokmadığı hususlarının gözetilmesi gerektiğini savunmaktadır³⁵⁹. Eğer, yapılan sözleşme, süre itibariyle kişinin ekonomik özgürlüğünü tehlike altına atıyorsa veya kişi bu sözleşme ile ölçüsüz bir şekilde risk altına girmekte ise, sözleşme MK. 23/II'ye aykırı olacaktır.

Federal Mahkemeye göre ; yapılan sözleşme, taraflardan birisi için ekonomik özgürlüğünün devri niteliğindeyse veya sözleşme, taraflardan birini diğerinin keyfi davranışlarına tabi kılıyorsa yahut sözleşme, taraflardan birisinin özgürlüğünün özünü tehlikeye sokuyorsa o sözleşme MK. 23/II'ye aykırıdır³⁶⁰. Bu nitelikteki sözleşmelerin hukuka aykırı sayılmasının nedeni, kişinin, karar alma özgürlüğünü korumak ve geleceğini ipotek altına alan yükümlülüklerden kurtarmaktır³⁶¹. Hakim, kişilik haklarına aykırı olduğu iddiasıyla önüne gelen olaylarda, yalnızca sözleşmenin süresine bakarak o sözleşmenin MK. 23/II'ye aykırı olup olmadığına karar vermemeli, sözleşmenin uzunluğunun yanısıra, bu uzunluktaki bir sözleşmenin kişinin ekonomik geleceğini ne ölçüde etkileyeceği, kişinin sözleşme ile elde edeceği menfaat ile yükümlendiği yükü, özgürlükler açısından değerlendirmeli ve bu değerlendirmenin sonucunda yapılan sözleşmenin, kişinin özgürlüğünü ölçüsüz bir şekilde kısıtlayıp kısıtlamadığına karar vermelidir.

Bir başka kısıtlama şekli ise, süresi ne olursa olsun, nitelik itibariyle belli bazı konulara ilişkin yapılan sözleşmelerin MK.23/II'ye aykırı olmasıdır³⁶². Örneğin, bir kimsenin evlenip evlenmeyeceğine, dinini veya mezhebini değiştirip değiştirmeyeceğine, belirli bir siyasi partiye, derneğe veya kulübe üye olup olmayacağına, belirli bir siyasi ve sosyal düşünceyi benimseyip benimsemeyeceğine ilişkin sözleşmeler, bunların süresine bakılmaksızın nitelikleri gereği MK. 23/II'ye aykırıdır³⁶³. Bu tür konular, kişinin ruh ve vicdan özgürlüğü ile doğrudan ilintili olduğu

³⁵⁹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130-131.

³⁶⁰ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 131.

³⁶¹ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 131.

³⁶² Arpacı, sh. 146.

³⁶³ Arpacı, sh. 146.

için, bunların bir sözleşmeye konu edilmesi, kişinin ruh ve vicdan özgürlüğünü baskı altına alma sonucunu doğuracağından dolayı ahlaka aykırı sayılmıştır³⁶⁴. Bunun gibi, bir kimsenin ticari alandaki özgürlüklerinin yok edilmesini konu edinen sözleşmeler de bu anlamda MK. 23/II'ye aykırıdır³⁶⁵. Buna karşılık, kişinin ekonomik imkanlarını aşan bir şekilde bir sözleşme ilişkisine girmiş olması ve bu nedenle ekonomik ve psikolojik buhrana maruz kalması hali MK. 23/II anlamında değerlendirilmez³⁶⁶. Ancak yukarıda da belirtildiği gibi, bu taahhütler kişinin ekonomik varlığını ahlaka aykırı sayılacak ölçüde tehlikeye sokacak derecede ağır ise o zaman sözleşme MK. 23/II'e aykırı ve batıl olur³⁶⁷. Örneğin, bir kimsenin gelecekteki tüm alacaklarını rehnettiği veya devrettiğine ilişkin bir sözleşme bu açıdan MK. 23/II'ye aykırıdır³⁶⁸. Yargıtay'da bir kararında “ ... kişilerin kişiliklerini, ekonomik varlıklarının temellerini, ahlaki anlayışlarla bağdaşamayacak bir biçimde fiziki, ahlaki ve ekonomik bakımdan tehlikeye sokan sınırlamalar aşırı olup, bu sınırlamaları öngören sözleşmeler geçersiz sayılırlar.” demek suretiyle aynı ilkeyi benimsemiş gözükmektedir³⁶⁹.

Kişilik hakkının korunması, yalnızca MK. 23 de belirtilen hak, fiil ehliyeti ve özgürlükler yönünden değil, bunların dışındaki kişilik değerleri yönünden de korunmuştur³⁷⁰. Örneğin, bir kimsenin hayatını sona erdirecek nitelikteki bir anlaşma yapması bu anlamda MK. 23/II'ye aykırılık oluşturur³⁷¹. Aynı şekilde, vücut bütünlüğüne ve manevi değerlerine saldırı teşkil edici nitelikteki sözleşmeler de MK. 23/II'ye aykırı ve batıldır³⁷². Örneğin, bir kimsenin karısı ile olan cinsel ilişkisinin filme alınıp internette yayımlanmasına ve umuma gösterilmesine rıza göstererek bu konuda bir sözleşme yapması, hem kişilik haklarına hem de ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır³⁷³.

³⁶⁴ Arpacı, sh. 146.

³⁶⁵ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130. ; Arpacı, sh. 146.147.

³⁶⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130. ; Arpacı, sh. 146.147.

³⁶⁷ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130.

³⁶⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 130.

³⁶⁹ Yarg. HGK. T. 11.02.1976, E. 1973/4-1088, K. 1976/209 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 15.02.2008 tarihinde alınmıştır)

³⁷⁰ Arpacı, sh. 147. ; Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 131.

³⁷¹ Bu anlamda, acı çeken bir hastanın acılarını dindirmek için yaşamına son verilmesine dair yapılan anlaşma (ötenazi) bizim hukukumuz tarafından kabul edilmemiştir. Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 131.

³⁷² Arpacı, sh. 147. ; Oğuzman/Seliçi/Oktay, sh. 131.

³⁷³ Arpacı, sh. 147.

MK. 23, kişinin vücut bütünlüğünü bizzat kişinin kendisine karşı da korumuştur. Örneğin, bir kimsenin kolunun kesilmesine veya intihar etmek isteyen bir kimseyi öldürmeye yönelik yapılan sözleşmeler hukuka aykırı ve batıldır³⁷⁴. Ancak, 29.05.1979 tarih ve 2238 sayılı *Organ ve Doku Alınması, Saklanması ve Nakli Hakkında Kanun*'un 6. ve 8. maddelerinde; *yazılı rıza üzerine vericinin yaşamını sona erdirmeyecek veya hayatını tehlikeye sokmayacak nitelikteki organ ve dokuların nakline ve insan kökenli biyolojik maddelerin alınması ve aşılmasına ilişkin sözleşmelerin yapılabilmesini düzenlenmiştir.*

Buna paralel bir düzenleme yapan MK. 23/III'te ise "yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve naklinin mümkün olduğu ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesinin istenemeyeceği ve maddi ve manevi tazminat talebinde bulunulamayacağını belirtmek suretiyle kişinin iradesi dışında vücut bütünlüğünün ihlali hukuka aykırı sayılmıştır³⁷⁵.

Kişilik haklarına ilişkin yapılan bu açıklamalardan sonra şunu açıkça ifade edebiliriz ki, *kişilik hakları* sözleşme özgürlüğüne çizilen sınırlardan biridir³⁷⁶. Yasa koyucu, insana ve onun ayrılmaz bir parçası olan kişiliğine ayrı bir önem vermiş ve korumuş, kişiliğe karşı yapılacak olan saldırıları hukuka aykırı ve batıl saymıştır. Bu nedenle kişiliği korumak amacıyla konulmuş olan hükümler, emredici niteliği olan hukuk kurallarıdır³⁷⁷. Dolayısıyla kişilik haklarına aykırı olan, kişilik haklarını ihlal eden, kişilik haklarını aşırı oranda sınırlayan sözleşmeler emredici nitelikteki bir hukuk kuralını ihlal etmiş olmaları nedeniyle BK. 19/II ve 20/I uyarınca hukuka aykırı ve batıl sayılacaktır³⁷⁸. Ancak bir sözleşme, yasalarda kişilik haklarını koruyucu amaçla düzenlenmiş olan somut bir hukuk kuralını ihlal etmemiş olsa dahi, eğer sözleşmenin konusu, kendisi veya muhtevası kişilik haklarını ihlal edici mahiyette ise bu sözleşme

³⁷⁴ **Baştuğ**, sh. 68. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 114.

³⁷⁵ Örneğin, yazılı olarak böbreklerden birisinin alınmasına rıza gösteren bir kimse, daha sonra böbreklerini bağışlamaktan vazgeçtiğini bildirir ise, bu kimse aleyhine ifa davası açılmayacağı gibi, bağışlamadan feragat etmesi nedeniyle aleyhine maddi veya manevi tazminat davası da açılmaz. **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 114.

³⁷⁶ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 163. ; **Eren**, sh. 289. ; **Aybay**, sh. 38. ; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, sh. 273.

³⁷⁷ **Arpacı**, sh. 148. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 66-67. ; **Eren**, sh. 289. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 565 vd.

³⁷⁸ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 163. ; **Eren**, sh. 289. ; **Baştuğ**, sh. 67. ; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, sh. 273. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 67. **Oğuzman/Öz**, sh. 74.

MK. 23, BK.19/II ve 20/I uyarınca batıl olacaktır³⁷⁹. Bu durumda yapılan ihlal çoğu kez, aynı zamanda *ahlak kurallarına* da aykırılık teşkil eder³⁸⁰. Ancak, ahlaka aykırı olmasa dahi, hatta yüksek bir ahlaki değer taşısa dahi yapılan sözleşme, kişilik haklarına aykırı bir mahiyette ise yine de hukuka aykırı ve batıl kabul edilecektir³⁸¹.

III. AHLAKA AYKIRILIK

1.Genel Olarak

Ahlak kavramı, aslında oldukça göreceli bir kavramdır. Toplumda yaşayan kişilerin büyük bir çoğunluğunun, bir davranışın yapılması veya yapılmaması ile ilgili değer yargıları o toplumun genel ahlak anlayışlarını yansıtır. Ancak, bu anlayış o kadar görecelidir ki, bir toplumdaki başka bir topluma değişiklik gösterebileceği gibi, aynı toplum içerisinde zamandan zamana ve mekandan mekana da farklılık gösterebilir³⁸². O nedenle, ahlak kavramından bahsederken, belirli bir toplumun, belirli bir yerinde ve zamanındaki geçerli olan ahlak anlayışı kastedilmektedir. Bu açıklamalara göre *ahlak*, belirli bir ülkede, belirli bir zamanda, toplum üyelerinin çoğunluğu tarafından benimsenen etik değerler ve kurallar bütünü olarak tanımlanabilir³⁸³. Ahlak kuralları, uzunca bir zamandan beri uygulanmaları nedeniyle bu kurallara, toplum tarafından

³⁷⁹ Burada şunu belirtmekte yarar vardır. Medeni Kanun'un 23. ve 24. maddesi *kişilik haklarını* korumak için konulmuş özel ve genel kapsamlı düzenlemelerdir. Bu maddelerin dışında, kişilik haklarını koruyucu başka hükümler de mevcuttur. Örneğin, BK. 99, BK. 161/III, BK. 249/III, BK. 332, BK. 343, BK. 344, BK. 535/II bunlara örnek olarak verilebilir. Öte yandan, MK. 23'te yer alan genel kural, insan kişiliğinin hak ve fiil ehliyetini ve özgürlüklerini korumuş olması nedeniyle BK.19/II ile MK.23 arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Hatta, BK. 19/II'deki hükmün Mk. 23'te yer alan kişiliğin korunmasına ilişkin genel kuralın özel bir görünümü olduğu bazı yazarlarca ileri sürülmüştür. Bkz. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 163. ; **Baştuğ**, sh. 68. ; **Erman**, sh. 612.

³⁸⁰ Örneğin, din ve mezhep değiştirmeyi konu edinen sözleşmeler. **Oğuzman/Öz**, sh.74. ; **Aybay**, sh. 38. ; **Baştuğ**, sh. 68.

³⁸¹ Örneğin, yaşlı olan annelerine daha iyi bakabilmek için hiç evlenmeyeceklerini birbirlerine taahhüt eden kardeşler arasındaki sözleşme. **Oğuzman/Öz**, sh.74.

³⁸² **Sirmen**, sh. 451. ; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, sh. 275. ; **Eren**, sh. 291. ; **Karahasan**, Sorumluluk, sh. 265. ; **Başpınar**, sh. 136. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku , sh. 67. ; **Baştuğ**, sh. 66. ; **Atamer**, Genel İşlem Şartları, sh. 152.

³⁸³ **Güriz Adnan**.: Hukuk Felsefesi, 7. Baskı, Ankara, 2007, sh. 13 vd.

büyük önem atfedilmektedir. Bu önemlerine binaen kişiler, bu kurallara uymayı bir görev ve onur biçimi olarak kabul etmektedirler. Yasa koyucu da, toplum tarafından kendisine bu kadar önem atfedilen ahlaki kuralları gözardı etmemiş ve bunların bir çoğunu yasalar içerisinde düzenlemek suretiyle hukuk kuralı haline getirmiştir. O nedenle, ahlak kurallarının bir çoğu aynı zamanda bir yazılı hukuk kuralıdır³⁸⁴. Ancak, belli bazı toplumlarda kabul edilen ahlak kuralları, insan hakları ve evrensel ahlak ilkeleriyle çatışması nedeniyle yasal düzenlemeye kavuşturulmamıştır. Örneğin, Türkiye'nin Doğu ve Güneydoğusunda kabul edilen *başlık parası* bunun en güzel örneğidir. *Başlık parası* alınması, doğu ve güneydoğuda normal ve ahlaka uygun bir davranış olarak kabul edilmekle birlikte bu davranış günümüz çağdaş hukuk sistemlerinde hukuka ve evrensel ahlak ilkelerine aykırı görülmüş ve hukuk düzeni tarafından yasaklanmıştır³⁸⁵.

2. Ahlaka Aykırılık Kavramı

Öte yandan, *ahlaka aykırılık* kavramı konusunda yasalarımızda bir kavram birliği mevcut değildir³⁸⁶. Eski Medeni Kanununun 23/II, 50/son, 71, 462/II ve 501. maddelerinde *ahlaka aykırılığı* ifade etmek için “*adabı umumiye*”, MK. 45/II ve 499/III’te “*adab*”, BK. 19, 20, 65, 155, 226, 319’da “*ahlaka (adaba) aykırılık*”, BK. 344’te ise “*adab*” kavramı kullanılmıştır³⁸⁷. Bunun nedeni ise, İsviçre Medeni Kanunu’nun Türkçeye tercümesi sırasında “*contraire aux bon moeurs*” kavramına karşılık olarak “*umumi ahlaka (adaba mugayir) mugayir*” kavramından hangisinin kullanılması gerektiği yolunda bir görüş birliğine varılamayarak bu konudaki tercihin Yasama Organına bırakılmasıdır³⁸⁸. Türkiye Büyük Millet Meclisi, madde metinleri üzerinde tartışma yapmadan, tasarıyı toptan oylamak suretiyle kabul ettiğinden, iki kavram da kanun metni içerisinde birlikte yer almıştır³⁸⁹. Borçlar Kanunu’nun 19/II ve

³⁸⁴ Baştuğ, sh. 66. ; Başpınar, sh. 135. Dpn. 137. ; Karahasan, Borçlar Hukuku, sh. 275.

³⁸⁵ Hatemi, sh. 311.

³⁸⁶ Başpınar, sh. 134.

³⁸⁷ Başpınar, sh. 135. Dpn. 146.

³⁸⁸ Başpınar, sh. 135. Dpn. 146.

³⁸⁹ Başpınar, sh. 135. Dpn. 146.

20/I maddelerinde belirtilen *ahlaka (adaba) aykırılık* kavramını *genel ahlaka aykırılık* olarak yorumlamak gerekir³⁹⁰.

Ahlaka aykırılık, BK. 20/I hükmü uyarınca sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğünün bir başka sınırını oluşturur³⁹¹. Gerçekten de, BK. 19/II, ahlaka aykırı sözleşmelerin yapılamayacağını, BK. 20/I ise ahlaka aykırı olan sözleşmelerin geçersiz olacağını belirtmiş ancak *ahlaka aykırılık kavramını* tanımlamamıştır³⁹².

Yasa koyucu, aynen hukuka aykırılıkta olduğu gibi ahlaka aykırı olan sözleşmelerin de batıl olacağını belirtmiştir. Yukarıda da belirtildiği üzere kimi *ahlak kuralları*, yasa koyucu tarafından benimsenmiş ve bir yasa maddesi ile düzenlenmiştir. Böyle bu durumda, ahlaki esasa dayalı emredici bir hukuk kuralından bahsedilebilir³⁹³. Bu şekilde, bir yasa maddesinin konusunu oluşturan *ahlak kuralına* aykırı bir sözleşme ile karşılaşıldığında, aynen emredici hukuk kurallarına aykırılıkta olduğu gibi yapılan sözleşme hukuka aykırı ve batıl kabul edilecektir³⁹⁴.

Ancak asıl sorun, ahlak kurallarının bir yasa maddesi ile düzenlenmemiş olduğu bir durumda yapılan sözleşmenin, ahlak kurallarına aykırı olması halinde durumun ne olacağıdır. Borçlar Kanununun 19/II ve 20/I maddelerinde ifade edilen ve sözleşme özgürlüğüne sınır getiren ahlaka aykırılık, bir yasa hükmü ile düzenlenmemiş olan *ahlaka aykırılıktır*. Anılan yasa hükümleri uyarınca *genel ahlaka aykırı* olan sözleşmeler hukuka aykırı ve batıldır. BK.19/II ve 20/I’de belirtilen *ahlaktan* kasıt ise *genel ahlaktır*³⁹⁵. *Genel ahlak*, bir toplumda belirli bir dönemde orta zekada, dürüst ve makul kişilerin görüş, düşünce, anlayış ve telakkileridir³⁹⁶. Bir sözleşmenin BK.19/II ve 20/I’de belirtilen genel ahlaka aykırı olup olmadığının tespiti, hakim tarafından

³⁹⁰ İsviçre Borçlar Kanunu’nda, yalnızca *ahlaka aykırılık* terimi kullanılmış olup, bizdeki *ahlaka (adaba) aykırılık* kavramını İsviçre Borçlar Kanunu’nda kullanıldığı üzere *ahlaka aykırılık* olarak anlamak gerekir. **Başpınar**, sh. 134. ; **Eren**, sh. 291.

³⁹¹ **Atamer**, Genel İşlem Şartları, sh. 151. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 165. ; **Eren**, sh. 291.

³⁹² **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 165.

³⁹³ **Oğuzman/Öz**, sh. 74.

³⁹⁴ **Oğuzman/Öz**, sh. 74.

³⁹⁵ **Eren**, sh. 300. ; **Başpınar**, sh. 136.

³⁹⁶ **Karahasan**, Sorumluluk Hukuku, sh. 265. ; **Eren**, sh. 291. ; **Başpınar**, sh. 136. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 550.

yapılacaktır³⁹⁷. Hakim, bu tespiti yaparken kendisinin veya bir başkasının ahlak anlayışını değil, sözleşmenin yapıldığı zamanda, toplumda yaşayan, orta zekada, dürüst ve makul olan çoğunluğun görüş, düşünce ve telakkilerini göz önüne alacaktır³⁹⁸. Hakim, bir sözleşmedeki ahlaka aykırılığı tespit ederken, belirli meslek çevrelerinde (Avukatlık, doktorluk, eczacılık vb) oluşmuş olan sıkı ahlak anlayışlarını da göz önünde bulundurmalıdır³⁹⁹. Zira anılan mesleklerin icrası, belirli bir niteliğe sahip olan kişilere hasredilmiş olduğundan, bu meslekleri ifa eden kişilere karşı toplum nezdinde bir güvenin oluşmasına neden olmuştur. İşte, toplum tarafından duyulan bu güven ve saygının zedelenmemesi için meslek birlikleri, toplumun diğer kesimlerine nazaran daha sıkı ahlak kuralları geliştirmişlerdir. Bu nedenle hakim, önüne gelen bir sözleşmedeki ahlaka aykırılığı tespit ederken, bu meslek kuruluşlarında geçerli olan ahlak anlayışını da göz önünde tutmalı ve ona göre sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığını değerlendirmelidir.

İsviçre Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi, *ahlaka aykırılığı, hukuka aykırılıktan* daha geniş bir şekilde düzenlemiştir⁴⁰⁰. Anılan maddede, *sözleşmenin içeriğinin imkansızlığından* bahsedilmesine karşın aynı madde de, *sözleşmenin ahlaka aykırılığı* deyimine yer verilmek suretiyle *içerik* kavramına yer verilmemiş ve böylece *ahlaka aykırılık* kavramı konu ile sınırlı tutulmamış, sözleşmenin amacını da içerecek şekilde bir düzenlemeye gidilmek suretiyle *hukuka aykırılık* kavramından daha geniş bir şekilde düzenlenmiştir⁴⁰¹. Türk Hukukunda da bazı yazarlar⁴⁰², Borçlar Kanunu'nun 20. maddesinde belirtilen *ahlaka aykırılığı*, İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi geniş yorumlamaktadırlar. Diğer bir ifadeyle, konusu, amacı, hükümleri veya bizzat kendisi ahlaka aykırı olan sözleşmeler BK.20/I hükmünün kapsamında değerlendirilecek ve bu nitelikleri haiz sözleşmeler batıl kabul edilecektir.

³⁹⁷ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, sh. 265.

³⁹⁸ Eren, sh. 291 vd. ; Başpınar, sh. 136. ; Karahasan, Sorumluluk Hukuku, sh. 265. ; Akıntürk, sh. 55. ; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku , sh. 68. ; Baştuğ, sh. 67. ; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 165. ; Karahasan, Borçlar Hukuku, sh. 275. ; Oğuzman/Öz, sh. 74-75. ; Erman, sh. 610.; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 116. ; Sirmen, sh. 451. ; Aybay, sh. 38. ; Hatemi, sh. 83. ;

³⁹⁹ Karahasan, Borçlar Hukuku, sh. 265. ; Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 165. ; Eren, sh. 291 – 292.

⁴⁰⁰ Oğuzman/Öz, sh. 75. ; Başpınar, sh. 137.

⁴⁰¹ Karahasan, Sorumluluk Hukuku, sh. 265

⁴⁰² Hatemi, sh. 83. ; Başpınar, sh. 137. ; Oğuzman/Öz, sh. 75.; Eren, sh. 291 vd. ; Aybay, sh. 37. ; Erman, sh. 610. Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 165.

Bu açıdan *ahlaka aykırılık*; bizzat sözleşmenin yapılmasının ahlaka aykırı olması, sözleşmenin konusunun [içeriğinin] ahlaka aykırı olması ve sözleşmenin amacının ahlaka aykırı olması olmak üzere üç şekilde gerçekleşebilir⁴⁰³.

3. Ahlaka Aykırılığın Gerçekleşme Şekilleri

3.1. Bizzat Sözleşmenin Yapılmasının Ahlaka Aykırı Olması

Yasa koyucu, bazen bizatihi sözleşmenin yapılmasını ahlaka aykırı kabul etmiştir⁴⁰⁴. Örneğin, bir menfaat karşılığı olarak din, mezhep, siyasi görüş, tabiiyet, dernek, kulüp değiştirmek için yapılan sözleşmeler, sözleşmenin amacı, konusu, içeriği veya edimlerine bakılmaksızın doğrudan ahlaka aykırı ve batıldır⁴⁰⁵. Zira bu türden tasarruflar, modern toplumların bir gereği olarak kişiye bahşedilmiş olan özgürlük alanlarıdır. Kişilerin, özgür iradelerine ve vicdani kanaatlerine bırakılmış olan bu alanları bir menfaatin konusu haline getirmeleri, insanlığın büyük mücadeleler sonucu elde etmiş olduğu medeniyet seviyesinden bir anlamda geriye dönüş olarak nitelendirilebilir. Bu tür davranışların ancak ahlaki bir saik ile yapılacağı toplum tarafından kabul edilmiş olduğundan, bunları maddi bir menfaatin konusu haline getirmek, toplum tarafından kabul edilen genel ahlak anlayışına ters düşer⁴⁰⁶. Bu şekildeki bir davranış, ayrıca kişinin kişiliğini koruyan MK. 23'e de aykırı olur⁴⁰⁷. MK. 23, bir kimsenin vücut bütünlüğü kadar, ruh bütünlüğünü de korumayı hedef tutan bir hükümdür⁴⁰⁸. Bu nedenle bir kimsenin, kişilik haklarının ihlaline yönelik olarak yapılan sözleşmelerin kendisi ahlaka aykırı ve batıldır⁴⁰⁹. Aynı şekilde, bir kimsenin bir

⁴⁰³ Eren, sh. 292..

⁴⁰⁴ Eren, sh. 292. ; Başpınar, sh. 138. ; Kocayusufpaşaoğlu, sh. 555.

⁴⁰⁵ Eren, sh. 292-293. ; Başpınar, sh. 138.

⁴⁰⁶ Tunçomağ, Borçlar Hukuku, sh. 166. ; Eren, sh. 292-293. ; Erman, sh. 611.

⁴⁰⁷ Başpınar, sh. 138.

⁴⁰⁸ MK. 23'ü kapsamına bir kimsenin hayatı, vücut bütünlüğü, dış görünüş bütünlüğü, duygusal bütünlüğü, sağlığı, cinsel hayatı, ekonomik hareket özgürlüğü de girer. Başpınar, sh. 139.

⁴⁰⁹ Örneğin, bir kimsenin, bir başkasını öldürmeyi veya vücut bütünlüğüne zarar vermeyi taahhüt etmesi ile para karşılığı bir çifti boşanmaya veya bir kimseyi evlenmeye razı etmeyi taahhüt etmesi, başka hiçbir unsura bakılmaksızın ahlaka aykırı ve batıldır. Başpınar, sh. 139.

sözleşme ile kendi kişilik haklarını ihlal etme yetkisini bir başkasına vermeyi taahhüt etmesi hallerinde de yapılan sözleşme, ahlaka aykırı ve batıl olacaktır⁴¹⁰.

Bir kimsenin belirli bazı davranışlarda bulunmayı veya bulunmamayı taahhüt etmesi de ahlaka aykırıdır⁴¹¹. Örneğin, bir kimsenin belirli bir saatte yemek yemeyi, belirli saatlerde uyumayı, belli bir kitabı veya gazeteyi okumayı, hiç tatile gitmemeyi, hiç alkol veya sigara kullanmamayı sözleşme ile taahhüt etmesi ahlaka aykırıdır⁴¹².

3.2. Sözleşme Konusu Edimin Ahlaka Aykırı Olması

Sözleşme konusu olan veya sözleşmenin içerdiği edim, diğer bir ifade ile borçlunun sözleşme ile taahhüt ettiği davranış ahlaka aykırı ise sözleşme yine BK. 20/I uyarınca ahlaka aykırı ve batıldır⁴¹³. Örneğin evlilik dışı ilişki kurmak için para vaadi, bir memura bir işi yapma karşılığı olarak rüşvet verilmesi vaadi, yabancı gümrük kanunlarından sıyrılmak için yapılan kaçakçılık sözleşmeleri, kumarhane işletilmesi, konusu ve içeriği itibariyle ahlaka aykırılık teşkil eder⁴¹⁴.

Bir kimsenin kişisel ve ekonomik özgürlüğünü gereğinden fazla sınırlayan rekabet yasağı, fahiş miktardaki cezai şart, çok uzun süreli ve süresiz edim yükümlülüklerini içeren sözleşmeler de ahlaka aykırıdır⁴¹⁵. Burada, yapılan sözleşmenin ahlaka aykırı olup olmadığının tespitinde, ekonomik özgürlüğü sınırlayan edimin kapsamı, süresi veya içeriği göz önünde tutulmalıdır⁴¹⁶. Hukuk düzeni içerisinde kişiler, sosyal ve ekonomik hayatın gereği olarak bankalarla, finans

⁴¹⁰ Örneğin, *organ ve doku bağıışı olmaksızın* bir kimsenin yapmış olduğu bir sözleşme ile, bir başkası tarafından gözünün çıkarılabileceğini taahhüt emmesi ahlaka aykırı ve batıldır.

⁴¹¹ **Başpınar**, sh. 139.

⁴¹² Ancak alkolizmle veya sigarayla mücadele amaçlı olarak kurulmuş olan bir derneğe üye olabilmek için alkol kullanmama veya sigara içmeme kuralı ahlaka aykırı değildir. Zira bu tür derneklerin amacı, zaten bu tür kötü alışkanlıkların önlenmesi için mücadele etmek olduğundan dolayı, kendi üyeleri tarafından bu alışkanlıkların yapıyor olması, derneğin kuruluş amacına aykırı olur. Bir başka ifadeyle, kendi kendini inkar etmek olur. **Künzler**, sh. 99-100. ; **Bucher**, Art. 27, Nr. 118. ; **Gauch/Schluep**, Nr. 660. ; naklen, **Başpınar**, sh. 140.

⁴¹³ **Eren**, sh. 293. ; **Başpınar**, sh. 142. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 555.

⁴¹⁴ **Sirmen**, sh. 451. ; **Eren**, sh. 293. ; **Başpınar**, sh. 142. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 555.

⁴¹⁵ **Başpınar**, sh. 140. ; **Eren**, sh. 293. ; **Atamer**, Genel İşlem Şartları., sh. 154. ; **Erman**, sh. 611. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 76.

⁴¹⁶ **Başpınar**, sh. 140.

kurumlarıyla, çeşitli şahıs veya şirketlerle sözleşmeler yapmaktadırlar. Yapılan bu sözleşmelerin hepsi, bir yönü ile kişilerin sosyal ve ekonomik özgürlükleri kısıtlamaktadır. Bu durum gayet normal olup, sosyal ve ticari hayatın olağan akışına da uygundur. Zira yapılan sözleşmelerle kişiler birtakım haklara sahip olmakta ve bunun karşılığı olarak da birtakım yükümlülükler üstlenmektedirler. Kaldı ki, sözleşme ilişkisine girme ve bunun neticesinde bir takım yükümlülüklerin yüklenilmesi, kişinin özgür iradesinin bir sonucu olup kişi bu şekilde özgürlüğünün sınırlandırılmasına muvafakat etmektedir. Hukuk düzeni de, kişilerin sözleşme ilişkileri nedeniyle üstlenmiş oldukları yükümlülükler sonucunda, ekonomik ve sosyal özgürlüklerinin belirli bir ölçüye kadar kısıtlanabileceğini kabul etmiştir. Ancak, eğer yapılan anlaşma, bir kimsenin kişisel veya ekonomik özgürlüğünü tamamen ortadan kaldırıyorsa⁴¹⁷ veya tamamen ortadan kaldırmamakla birlikte bir kimsenin ekonomik geleceğini tehlikeye sokuyorsa⁴¹⁸ o taktirde yapılan anlaşma ahlaka aykırı ve batıl kabul edilecektir⁴¹⁹. Bu şekilde kişilerin ekonomik özgürlüklerinin aşırı bir şekilde sınırlayan sözleşmelere “*kelepçeleme sözleşmesi*”⁴²⁰ denilmektedir⁴²¹.

Borçlar Kanununda, kişilerin kişisel veya ekonomik özgürlüklerini korumak amacıyla çeşitli hükümler konulmuştur. Örneğin BK. 349, işçilerin rekabet yasağına

⁴¹⁷ Örneğin, bir kimsenin yapmış olduğu bir hizmet sözleşmesi ile, hayatının sonuna kadar yalnızca belirli bir işte çalışacağını taahhüt ettiği sözleşme, kişinin ekonomik özgürlüğünün tamamen ortadan kaldırılması anlamı taşır ve bu nedenle ahlaka aykırıdır. **Başpınar**, sh. 140.

⁴¹⁸ Örneğin, bir kimsenin 40 yıl süre ile yalnızca Calserg marka bira satmayı ve bu biraları yalnızca belirli bir firmadan almayı taahhüt ettiği sözleşme, ekonomik özgürlükleri aşırı bir şekilde kısıtlaması nedeniyle ahlaka aykırıdır. **Başpınar**, sh. 140. ; Yargıtay, kat karşılığı inşaat sözleşmelerinde, yüklenicinin sözleşmeye aykırı davranışı halinde, yaptığı işlerin tamamının hiçbir karşılık ödenmeksizin iş sahibine geçeceği, yüklenicinin hiçbir hak talep etmeyeceği şeklinde kararlaştırılan cezai şartın, yüklenicinin mahvına neden olacak şiddette olduğunu, BK. 20’de yer alan genel ahlaka ve dolayısıyla batıl olduğunu kabul etmektedir. Yarg. HGK. T. 20.03.1974, E. 1970/1053, K. 1974/ 222. ; Aynı doğrultuda, Yarg. 15. HD. T. 13.01.2005, E. 2004/2891, K. 2005/133. ; Yarg. 15. HD. T. 03.07.2001, E. 2001/2880, K. 2001/3661. ; Yarg. 15. HD. T. 05.05.1999, E. 1999/1120, K. 1999/ 1768. ; Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 24.04.2008 tarihinde alınmıştır.

⁴¹⁹ **Oğuzman/Öz**, sh. 76. ; **Başpınar**, sh. 149. ; **Eren**, sh. 302. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Erman**, sh. 611. ; **Atamer**, Genel İşlem Şartları, sh. 154. ; **Sirmen**, sh. 451.

⁴²⁰ Federal mahkemeye göre (BGE 114.II.162 ; 111.II.337.), borçlu bir başkasının canı nasıl isterse o şekilde kullanabileceği iradesine teslim olmuş, ekonomik özgürlüğünü ortadan kaldırmış veya üstlendiği yükümlülükler onun ekonomik varlığını tehlikeye sokacak bir düzeye ulaşmış ise ortada bir *kelepçeleme (kısıvrak bağlama) sözleşmesi vardır*. Öğretide, borçlunun ekonomik varlığının yok olma tehlikesi yaratacak şekilde alacaklının keyfine bırakılması, borçlunun alacaklının bir iradesiz bir aleti haline gelmesi hallerinde bir kelepçeleme sözleşmesinin varlığından söz edilebileceği belirtilmektedir. **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 574.

⁴²¹ Bu sözleşmeler, “*cendere sözleşmesi*” veya “*borçluyu kısıvrak bağlama sözleşmesi*” olarak da isimlendirilmektedir. **Başpınar**, sh. 140. ve Dpn. 171. de belirtilen yazarlar.

ilişkin bir düzenleme getirmektedir⁴²². Buna göre rekabet yasağı, işçinin ekonomik geleceğinin tehlikeye girmesine neden olmayacak biçimde zaman, yer ve işin türüne göre, durumun gerektirdiği ölçüde ve şekilde sınırlandırıldığı takdirde geçerli olacaktır. Bu sınırları aşacak nitelikteki kısıtlamalar ise geçerli olmayacaktır.

Kişinin kişisel veya ekonomik özgürlüğünün korunmasına yönelik bir başka hüküm, Borçlar Kanununun 343'üncü maddesinde düzenlenmiştir⁴²³. Anılan hükme göre; bir hizmet sözleşmesi ömür boyu veya 10 yıldan daha fazla bir süre için yapılmış olursa işçi, 10 yıl geçtikten sonra her zaman ve 1 aylık ihbar süresine uymak şartıyla tazminatsız olarak sona erdirebilir. Yasa koyucu bu hükümlerle, işçilerin bir köle gibi çalıştırılmasının önüne geçmek ve kişilerin kişisel veya ekonomik özgürlüğünün ahlaka aykırı bir şekilde aşırı sınırlandırılmasını önlemeyi amaçlamıştır.

3.3. Sözleşmenin Amacının Ahlaka Aykırı Olması

Sözleşmenin içeriği ahlaka aykırı olmamakla birlikte, sözleşme ile güdülen dolaylı ortak amaç ahlaka aykırı ise sözleşme BK. 20/I uyarınca, ahlaka aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır⁴²⁴. Burada, sözleşmenin içeriği geniş bir şekilde yorumlanmalıdır⁴²⁵. Sözleşme yorumlanırken, tarafların yapılan sözleşme ile güttükleri ortak amacın ve saiklerin ne olduğu araştırılmalıdır. Bu gibi hallerde, tarafların sözleşmeyi yapmak için gütmüş oldukları amaç ahlaka aykırı olduğundan, yapılan sözleşmede ahlaka aykırı bir amacın yerine getirilmesine hizmet etmiş olması nedeniyle ahlaka aykırı olacaktır⁴²⁶. Örneğin⁴²⁷, bir kimsenin yetkili makamlardan izin almadan gizlice, genel ev veya randevu evi işletmek için başka bir kimseden borç alması halinde, taraflar arasında BK. 306'da düzenlenen bir karz akdi kurulmuş olur. Karz akti, Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş ve yapılması yasalara uygun olan bir akit türüdür. Örneğimizde, taraflar arasında kurulmuş olan karz akti geçerlidir. Ancak, karz

⁴²² Eren, sh. 293.

⁴²³ Eren, sh. 293.

⁴²⁴ Başpınar, sh. 145.

⁴²⁵ Hatemi, sh. 163. ; Başpınar, sh. 145. ; Eren, sh. 293. ; Atamer, Genel İşlem Şartları, sh. 153.

⁴²⁶ Başpınar, sh. 145. ; Sirmen, sh. 451.

⁴²⁷ Başpınar, sh. 145.

aktinin kurulmasına neden olan amaç ahlaka aykırı olduğu için, taraflar arasında kurulmuş olan karz akti de ahlaka aykırıdır. Aynı şekilde, bir kimsenin adam kaçırmak veya bir işyerini yağmalamak için araç kiralaması, hamile bir kadının hukuka aykırı bir şekilde çocuk düşürmek için eczaneden tıbbi malzeme satın alması, açık artırma ihalesinde bir kimsenin ihaleye girecek diğer kişilere para verme vaadi ile ihaleye girmelerini önlemesi gibi hallerde sözleşmenin amacı ahlaka aykırıdır⁴²⁸. Ancak, ahlaka aykırı amaç güdülmesi nedeniyle bir sözleşmenin geçersiz olabilmesi için, sözkonusu amacın sözleşmenin her iki tarafınca da güdülmüş olması veyahut bir tarafça güdülen ahlaka aykırı amacın sözleşmenin diğer tarafından da bilinmiş olması gerekir⁴²⁹. Ahlaka aykırı amaca iştirak etmeksizin, bu amacın sözleşmenin diğer tarafınca bilinmesi, her zaman sözleşmenin geçersiz olmasına yol açmaz⁴³⁰. Sözleşmenin geçersizliği için, sözleşmenin karşı tarafının, ahlaka aykırı amacı bilmesi yeterli olmayıp, ahlaka aykırı amacın gerçekleştirilmesi için diğer tarafı teşvik etmesi veya bunu fırsat bilerek normalin üzerinde bir menfaat sağlaması gerekir⁴³¹. Ayrıca, bir ahlaka aykırı amacın gerçekleştirilmesi, diğer tarafın bir şey vermesine bağlı ise ve verilen şey olmaksızın ahlaka aykırı amaç gerçekleştirilemeyecek veya çok güç gerçekleştirilebilecek ise, bunun sağlanmasına yönelik olarak yapılan sözleşmeler de ahlaka aykırı ve batıl olacaktır⁴³².

⁴²⁸ Bu ve daha fazla örnek için bkz. **Başpınar**, sh. 145 ; **Aybay**, sh. 38.

⁴²⁹ **Oğuzman/Öz**, sh. 75-76. Yazar bunun şu esere atıf yapmaktadır. **Von Tuhr/Peter**, 31, V, 1 s. 257,258. ; **BGE** 80 II 43. ; **Başpınar**, 147. ; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, sh. 400-401.; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 556.

⁴³⁰ **Oğuzman/Öz**, sh. 75-76. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh.556-557.

⁴³¹ **Oğuzman/Öz**, sh. 75. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 557. ; Aynı doğrultuda bkz. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 166. ; **Tunçomağ**, taraflardan birisinin güttüğü amaç ahlaka aykırı olsa ve bu maksattan karşı taraf haberli olsa dahi sözleşmenin batıl sayılmayacağı görüşündedir. Yazar buna örnek olarak, satıcı müşterinin aldığı mücevheratı metresine vereceğini bilmesi veyahut borç veren kişinin borç alan kişinin almış olduğu parayı bir memura rüşvet vereceğini bilse dahi ödünç sözleşmesinin geçerli olacağını belirtmektedir. Yazara göre, bu durumlarda sözleşmenin geçerliliğine etki eden husus, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan kişinin ahlaka aykırı amacı bilmiş olmasına rağmen bundan faydalanmaya kalkışmış olması halidir. Zira bu durumda diğer taraf, ahlaka aykırı amaç gerçekleştirmek isteyen tarafın düşüncesini benimsemektedir. Hatta, sözleşmenin diğer tarafını oluşturan kişi, ahlaka aykırı amaçtan haberdar olur ve sözleşmeye katılmak suretiyle ahlaka aykırı amacı teşvik ve himaye etmiş olursa yine ahlaka aykırılığın gerçekleşeceğini belirtmektedir. Buna örnek olarak da, bir kimsenin, bir başkasına ahlaka aykırı amacı gerçekleştirmesi için gerekli olan vasıtaları vermesi ve diğer tarafında bunları başka bir yerden tedarik edememesi halini göstermektedir. Yazar, bu görüşünü BK. 504 maddesi ile bağdaştırmaktadır. Anılan madde, kumar amacı ile verilen ödünç paraların geri alınması için dava hakkı vermemektedir. Buna göre, bir kimsenin sözleşmenin diğer tarafının ahlaka aykırı amacını bilerek onunla yapmış olduğu sözleşmelerin BK. 20'ye göre batıl olacağını ifade etmektedir.

⁴³² **Oğuzman/Öz**, sh. 75-76. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 166.

4. İMKANSIZLIK

1. Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğüne getirilen bir diğer sınırlama, sözleşmenin konusunun *imkansız* olmasıdır⁴³³. Sözleşmenin yapılması anında, sözleşmenin konusunu teşkil eden edimlerden birisi objektif olarak imkansız ise, sözleşme geçersizdir⁴³⁴. Bu husus BK. 20’de, şu şekilde ifade edilmiştir. “*Bir akdin mevzuu gayri mümkün olursa o akit bâtıldır.*” Maddede ifade edilen “*gayri mümkün*” kelimesinden kasıt, “*mümkün olmama, imkan dahilinde bulunmama, imkansız olma*” durumudur. Ancak, Borçlar Kanunu *imkansızlık* kavramının tanımı yapmamış, bu tanımın yapılmasını doktrine bırakmıştır⁴³⁵.

İmkansızlık, Borçlar Kanunu Tasarısı’nın 27’nci maddesinin 1’nci fıkrasında düzenlenmiştir. Mevcut düzenleme ile Tasarıdaki düzenleme arasında herhangi bir farklılık söz konusu değildir. İmkansızlık, Tasarıda da sözleşmeyi düzenleme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak kabul edilmiştir.

2. İmkansızlık Kavramı

İmkansızlık, sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan objektif ve sürekli bir engel nedeniyle edimin ifasının mümkün olmamasıdır⁴³⁶. İmkansızlık, doktrinde çeşitli ayrımlara tabi tutulmaktadır. Bir kısım yazarlar⁴³⁷ imkansızlığı, mantıki imkansızlık ve nisbi imkansızlık olarak ikiye ayırmaktadırlar. İmkansızlığı, tabiat kurallarına göre değerlendiren bu görüşe göre, *mantıki imkansızlık*; mantık kurallarına göre tabiatta gerçekleşmesi mümkün olmayan hususlara ilişkin imkansızlıktır⁴³⁸. Buna örnek olarak,

⁴³³ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Eren**, sh. 295. ; **Başpınar**, sh. 110.

⁴³⁴ **Von Tuhr**, sh. 249. ; **Kocayusufpaşaoğlu**, sh. 578.

⁴³⁵ **Başpınar**, sh. 111.

⁴³⁶ **Başpınar**, sh. 111. ; **Eren**, sh. 295.

⁴³⁷ **Dural** Mustafa ; *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık*, İstanbul, 1976, sh. 8.

⁴³⁸ **Dural** , İmkansızlık, sh. 8

bir kimsenin, sözleşme ile *devri daim makinasının*⁴³⁹ yapımını taahhüt etmesi gösterilmektedir⁴⁴⁰. Böyle bir makinanın yapım taahhüdü, mantık kurallarına göre gerçekleşmesi mümkün olmayan bir taahhüttür. Mantıki imkansızlığın karşıtı olarak kullanılan *nisbi imkansızlık* ise, edimin ifasının tabiat kanunlarına göre mümkün olduğu ancak borçlunun şahsından kaynaklanan nedenlerden dolayı edimin ifasının imkansızlığını ifade etmek için kullanılmaktadır⁴⁴¹. Bu durumda, edimin ifasının imkansızlığı yalnızca borçlunun şahsından kaynaklanan bir imkansızlık olup, edim borçlu dışındaki diğer kişiler tarafından ifa edilebilir durumdadır⁴⁴². Diğer bir ifadeyle, böyle bir durumda *subjektif imkansızlık* hali sözkonusudur⁴⁴³.

Genel olarak imkansızlık, *maddi* [fiili] *imkansızlık* ve *hukuki imkansızlık* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır⁴⁴⁴. *Maddi* [fiili] *imkansızlık*, iş hayatındaki telakkilere, dürüstlük ve güven kurallarına göre, edimin ifasının, borçlu da dahil olmak üzere hiç kimse tarafından yerine getirilememesi olarak tanımlanmaktadır⁴⁴⁵. Örneğin, ünlü bir ressamın orjinal bir tablosunun satımına ilişkin yapılan sözleşmede, tablo sözleşme yapılmadan önce yanmışsa ortada maddi [fiili] imkansız sözkonusudur⁴⁴⁶. Yahut, bir sanatçının konser vermesi için menajeri tarafından yapılan anlaşmada, konser verecek olan sanatçı sözleşme yapılmadan önce ölmüşse, ortada yine fiili bir imkansızlık sözkonusudur⁴⁴⁷.

Hukuki imkansızlık ise, edimin ifasının fiili olarak mümkün olmasına rağmen ifa, bir hukuk kuralı nedeniyle yerine getirilemiyorsa ortada hukuki bir imkansızlık vardır⁴⁴⁸. Örneğin, bir kimse, sahibi olduğu araziyi 100 m²'lik parsellere ayırarak 100 m²'lik bir parselin satımı konusunda bir başkası ile sözleşme yapması halinde, sözleşmenin yapıldığı tarihteki imar yasası o bölgede 200 m²'den daha küçük

⁴³⁹ *Devri daim makinası*, hiçbir enerjiye gerek olmaksızın kendiliğinden işleyen makineye verilen isimdir. **Aybay**, sh. 38-39.

⁴⁴⁰ **Dural**, *İnkansızlık*, sh. 8.

⁴⁴¹ **Dural**, *İnkansızlık*, sh. 8.

⁴⁴² **Dural**, *İnkansızlık*, sh. 8.

⁴⁴³ **Dural**, *İnkansızlık*, sh. 8.

⁴⁴⁴ **Şenyüz**, sh. 23. ; **Eren**, sh. 297.

⁴⁴⁵ **Şenyüz**, sh. 23. ; **Dural**, *İnkansızlık*, sh. 10-11. ; **Başpınar**, sh. 113. ; **Eren**, sh. 297.

⁴⁴⁶ **Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 69-70. ; **Reisoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 117.

⁴⁴⁷ **Baştuğ**, sh. 71. ; **Kılıçoğlu**, *Borçlar Hukuku*, sh. 69-70.

⁴⁴⁸ **Dural**, *İnkansızlık*, sh. 10-11. ; **Şenyüz**, sh. 23. ; **Başpınar**, sh. 113.

parsellere izin vermiyorsa ortada hukuki bir imkansızlık söz konusudur⁴⁴⁹. Aynı şekilde, devletin hüküm ve tasarrufu altında bulunan ve özel mülkiyete konu olamayan⁴⁵⁰, ormanlar, kıyılar, meralar, yaylak ve kışlaklar, dağlar, denizler, göllerin satımını konu edilen sözleşmelerde de hukuki imkansızlık söz konusudur⁴⁵¹. Buna karşılık, bir malın ithalatının veya ihracatının yasaklanmış olduğu durumda, yasağa konu malın satımına yönelik sözleşmelerin, emredici bir hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle mi yoksa hukuki imkansızlık nedeniyle mi geçersiz olacağı hususu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş⁴⁵², bir malın ithal veya ihracının yasaklanmış olması halinde yasaklanan edimin ifasının mantık kurallarına göre ve objektif olarak imkan dahilinde bulunduğunu ancak bunun bir yasa hükmü tarafından yasaklanmış olması nedeniyle ifasının mümkün olmadığını, ifaya hukuk düzeni engel olduğundan dolayı buradaki imkansızlığın *hukuki imkansızlık* olduğunu savunmaktadır.

Buna karşılık ithal veya ihraç yasağı getirilen bir malın satımına ilişkin sözleşmelerin, emredici bir hukuk kuralına aykırılık oluşturması nedeniyle hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz olacağını savunan görüşe göre⁴⁵³, konuyu ikiye ayırarak incelemek gerekir. Bu görüşe göre, sözleşmenin *hukuken imkansız olması* ile *hukuka aykırı olmasını* birbirinden ayırd etmek gerekir. Herşeyden önce, hukuki imkansızlık halinde de bir imkansızlık durumu sözkonusudur. Örneğin, yasağın olmasına rağmen ithal edilen bir mala, kamu otoriteleri tarafından sözleşmenin yapıldığı anda el konması halinde de bir imkansızlık hali söz konusudur. Ancak, buradaki imkansızlık fiili bir imkansızlık değil, hukuki bir imkansızlıktır. Öte yandan, savaş ekonomisinin uygulandığı zamanlarda veya salt ithal yahut ihraç yasaklarının ihlali hallerinde, ithal veya ihraç yasağı getiren norm, emredici nitelikte olup genellikle bir kanun hükmüdür. Emredici bir kanun hükmünün ihlali halinde ise, hukuki imkansızlıktan değil hukuka aykırılıktan söz edilmesi gerekir⁴⁵⁴. Yazar⁴⁵⁵ buna örnek olarak, Köy Kanunu'nun 87. maddesini örnek göstermektedir. Anılan yasa hükmü, yabancıların taşınmaz satın

⁴⁴⁹ Oğuzman/Öz, sh. 76-77. ; Aybay, sh. 39.

⁴⁵⁰ Yarg. HGK. T. 30.11.1988, 1988/8-657, K. 1988/966. sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 03.04.2008 tarihinde alınmıştır.)

⁴⁵¹ Oğuzman/Öz, sh. 76-77. ; Başpınar, sh. 113. ; Reisoğlu, Borçlar Hukuku, sh. 117.

⁴⁵² Dural , İnkansızlık, sh. 23.

⁴⁵³ Başpınar, sh. 114. ; Von Tuhr/Peter, 31, VI, s. 263. ; Keller/Schöbi, s. 140. ; naklen, Oğuzman/Öz, sh. 77, dpn. 129'dan.

⁴⁵⁴ Von Tuhr/Peter, sh. 262. ; naklen, Başpınar, sh. 114. .

⁴⁵⁵ Başpınar, sh. 114.

almasının yasak olduğu yerlerde, yabancılara taşınmaz satımına ilişkin sözleşmelerin *hukuki imkansızlık* nedeniyle değil, *emredici hukuk kurallarına aykırılık* nedeniyle geçersiz olacağını vurgulamaktadır.

Bize göre de, ithal veya ihraç yasağı olan bir edimin ifasına yönelik sözleşme, hukuki imkansızlık nedeniyle değil, emredici hukuk kurallarına aykırılık nedeniyle hukuka aykırı ve batıldır. Burada üzerinde durulması ve vurgulanması gereken husus, hukuki imkansızlık kavramı ile hukuka aykırılık kavramı arasındaki farktır. Hukuki niteliğı olarak her iki kavramda aynı hukuki sonuca neden olsa da, sonuca neden olan sebepler bakımından birbirlerinden oldukça farklı niteliklere sahiptirler. Hukuki imkansızlıkta, aynen fiili imkansızlıkta olduğu gibi bir imkansızlık hali sözkonusudur. Örneğın ormanların, denizlerin ve dağların özel mülkiyete konu edilmelerinde bir imkansızlık hali sözkonusudur. Bir başka örnek ise, 500m²'den daha aşağı parsellere bölünemeyen bir arazinin 200m²'lik parsellere bölünerek satılması taahhüdünde hukuki imkansızlık vardır. Zira, bu gibi durumlarda edimlerin ifası mantık kurallarına göre de mümkün değildir. Buna karşın, ithalat veya ihracat yasağı olan bir mala ilişkin yapılan sözleşmede, sözleşme konusu malın fiili olarak ithali veya ihracı mantık kurallarına göre ve objektif olarak imkan dahilindedir. Ancak, bu şekildeki bir ifa, hukuk düzeni tarafından yasaklanmış olan bir kuralı ile çatışacak ve o hukuk kuralını ihlal edecektir. Böyle bir durumda edimin ifası, fiili olarak imkan dahilinde bulunmakla birlikte edimin ifası, emredici bir hukuk kuralına aykırılık teşkil edeceğinden sözleşme, hukuka aykırılık nedeniyle geçersiz olacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken nokta, hukuki imkansızlığın aksine burada edimin ifasının imkan dahilinde bulunmasıdır. Ancak, edimin ifası mümkün olmasına karşın ifa, emredici bir hukuk kuralı tarafından yasaklanmış olması nedeniyle gerçekleştirilememektedir. Bu nedenle, ithal veya ihraç yasağını ihlal eden sözleşme hukuki imkansızlık nedeniyle değil, emredici bir hukuk kuralına aykırı olması nedeniyle hukuka aykırı ve batıl sayılmaktadır.

3. İmkansızlığın Unsurları

İmkansızlık, iki şekilde karşımıza çıkabilir. Edim, ya sözleşmenin kurulduğu andan imkansızdır ya da edimin ifası sözleşmenin kurulduğu anda mümkün olmasına rağmen sonradan imkansız hale gelmiştir. Birinci halde, *başlangıçtaki imkansızlık*⁴⁵⁶, ikinci halde ise *sonradan ortaya çıkan imkansızlık*⁴⁵⁷ sözkonusudur⁴⁵⁸. Eğer sözleşme yapıldığı sırada, sözleşme konusu edimin ifası imkansız ise sözleşme BK. 20/I uyarınca geçersiz olacaktır⁴⁵⁹.

⁴⁵⁶ BK. 20/I'de belirtilen imkansızlık, başlangıçtaki imkansızlıktır.

⁴⁵⁷ Sonraki imkansızlığa, kusur durumuna göre ya BK. 96 ya da BK.117 uygulanacaktır.

⁴⁵⁸ **Serozan**, başlangıçtaki imkansızlık ve sonraki imkansızlık ayrımına karşı çıkmaktadır **Serozan** Rona, *Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan ın Aşılması*, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, (Armağan) İstanbul, 2007, sh. 2030.). Yazara göre, bu şekildeki bir ayırım haksız ve adaletsiz hukuksal sonuçlara yol açmaktadır (**Serozan**, Armağan, sh. 2030.). Örneğin, bir nesnenin sözleşmenin kurulmasından bir dakika sonra yanması halinde bu sözleşme geçerli sayılıp, sözleşme hukukunun yaptırımları devreye girerken, bir nesnenin sözleşmenin kurulmasından bir dakika önce yanmış olması halinde sözleşmenin geçerli sayılmayıp sebepsiz zenginleşme hukukuna göre sözleşmenin tasfiye edilmesi halinde, salt kronolojik bir farkın bu kadar çarpıcı bir hukuksal rejim farkına yol açması "lojik" (bilimsel) olarak izah edilemez (**Serozan**, Armağan, sh. 2030.). Yazara göre, sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen imkansızlıkta alacaklıya tanınan imkanların (örneğin, müspet zararın tazminine imkan tanınması, zaman aşımı süresini bir yıl yerine on yıl olarak kabul edilmesi, yok olan edimin yerine kaim olan değerlerin (sürrogatların) talep edilebilmesi), bir dakika önce gerçekleşmiş olan başlangıçtaki imkansızlık durumunda alacaklıdan esirgenmesi haksız sonuçlara yol açar(**Serozan**, Armağan, sh. 2030.). Bu nedenle, bu şekildeki bir suni ayırım yerine, imkansızlığı borçlunun sorumlu (kusurlu) olduğu imkansızlık ve borçlunun sorumlu (kusurlu) olmadığı imkansızlık şeklinde bir ayırma tabi tutmak gerekir(**Serozan**, Armağan, sh. 2031-2036.). Bu şekilde bir ayırma gidildiğine, imkansızlık ister sonradan isterse sözleşme kurulmadan önce meydana gelmiş olsun borçlu bu imkansızlığın ortaya çıkmasında kusurlu ise, alacaklı, borçludan müspet zararının tazminini talep edebilecektir. (**Serozan**, Armağan, sh. 2032.) Buna karşın, imkansızlık, ister sonradan isterse sözleşme kurulmadan önce meydana gelmiş olsun borçlu bu imkansızlığın ortaya çıkmasında kusursuz ise, alacaklı, borçludan menfi zararının tazminini talep edebilecektir. (**Serozan**, Armağan, sh. 2033.) Yazar, başlangıçtaki imkansızlık halinde de sözleşmenin geçerli olarak kurulduğunu, ancak sözleşme konusu edimin imkansız olması nedeniyle edimin ifasının talep edilemeyeceğini kabul etmektedir. (**Serozan**, Armağan, sh. 2030.) Yazar bu görüşünü desteklemesi için , Hollanda ve Alman Medeni Kanunlarında, Eşya Satımına İlişkin Birleşmiş Milletler Anlaşmasında ve Avrupa Sözleşme Hukuku İlkelerinde *başlangıçtaki imkansızlığın* sözleşmenin hükümsüzlük nedeni olmaktan çıkarılmasını kanıt olarak göstermektedir. **Serozan**, Armağan, sh. 2031.

⁴⁵⁹ Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 20.02.1990 tarihli bir kararında, taraflar arasında yapılan satım sözleşmesi uyarınca Davacının, İran menşeli 20275 m/ton fuel-oili Davalının Türkiye'nin muhtelif yerlerindeki fabrikalarına teslim etmeyi, davalının da satış bedelini davacı lehine İsviçre'deki bir bankaya açtıracığı akreditiflerle ödemeyi üstlendiği, ancak davalının dış ticaret rejimi yasakları nedeniyle akreditif açtıramaması nedeniyle sözleşmenin davalının ediniminin imkansızlığı yüzünden hükümsüz kaldığı, sözleşmenin kurulması için almak durumunda kaldığı Teminat Mektubu için, 3.739,48 ABD doları masraf ve komisyon ödediği, ayrıca aynı emteayı başka bir firmaya daha elverişsiz şartlarla satmak zorunda kaldığından 913.591 ABD doları kar kaybına uğradığını ileri sürerek açılmış olan bir davada Yargıtay, dış ticaret yasağının sözleşmenin kurulması sırasında bulunduğunu, bu yasağı sonradan ortaya çıkmadığını bu nedenle başlangıçtaki objektif imkansızlık nedeniyle sözleşmenin batıl olduğunu, bu şekilde sözleşmenin batıl olması halinde tarafların menfi zararlarını talep edebileceklerini, sözleşme ifa edilseydi elde edecekleri karları (müspet zararları) talep edemeyeceğine karar vermiştir. Yarg. 11. HD. T.

3.1. Edim, Başlangıçtan İtibaren İmkansız olmalıdır

Başlangıçtaki imkansızlıkta, sözleşme konusu edimin sözleşmenin kurulmasından önce, en geç sözleşmenin kurulma anında imkansız olması gerekmektedir⁴⁶⁰. Bu nedenle, sözleşmenin kurulma anının tespiti, sözleşmenin geçerliliği açısından son derece önemlidir. Zira edim, sözleşmenin kurulduğu anda imkansızsa, sözleşme Borçlar Kanunu'nun 20/I maddesi uyarınca batıl [geçersiz] olacaktır⁴⁶¹. Örneğin, kira konusu evin kira sözleşmesinin yapıldığı anda yanmış olması, satışı yapılan bir yarış atının satım sözleşmesinin kurulduğu anda ölmüş olması veya bağışlanan bir yüzüğün, bağışlama sözleşmesinden önce denize düşmüş olması başlangıçtaki maddi (fiili) imkansızlığa⁴⁶², imar mevzuatına aykırı olarak bir yapının yapılmasına yönelik olarak yapılan bir inşaat yapım sözleşmesi, ithalatı yasak olan bir malın ithalatının yapılmasına, trafiğe çıkması yasak olan bir aracın trafiğe çıkarılacağına dair yapılan sözleşmeler başlangıçtaki hukuki imkansızlığa⁴⁶³, örnek olarak gösterilebilir⁴⁶⁴.

20.02.1990. E. 1988/9411, K. 1990/1087 sayılı kararı. Aynı yönde, Yarg. HGK. T. 27.02.1985, E. 1983/15-74, K. 1985/254 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 26.12.07 tarihinde alınmıştır.)

⁴⁶⁰ Eren, sh. 295 ; Karahasan, Borçlar Hukuku, sh. 283. ; Baştuğ, sh. 70. ; Akıntürk, sh. 56. ; Karahasan, Sorumluk, sh. 273. ; Kılıçoğlu, sh. 68-69. ; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, sh. 404.

⁴⁶¹ Baştuğ, sh. 70. ; Eren, sh. 297-298. ; Karahasan, Borçlar Hukuku, sh. 283. ; Akıntürk, sh. 56. ; Karahasan, Sorumluk, sh. 273. ; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku , sh. 68-69.

⁴⁶² Eren, sh. 295.

⁴⁶³ Yargıtay 15. Hukuk Dairesinin 07.05.1981 tarihli bir kararında ; taraflar arasında aktedilen 29.9.1978 tarihli inşaat sözleşmesi ile davalı Kadir ve Hamdi'nin davacıardan Hıdır'a ait 60 ve 61 sayılı parseller ile Zülfikar'a ait 68 sayılı parselleri birleştirmek suretiyle üzerine projesine uygun 5 katlı bir bina yapmayı ve bundan 5 daire ve 1 dükkanı Hıdır'a vermeyi taahhüt etmişlerdir. Sözleşmenin 4.maddesine göre inşaat yığma tuğla ile yapılacağı kararlaştırılmıştır. Elazığ Belediye Başkanlığının 5.6.1979 günlü yazısında, Elazığ'ın 2.derece deprem bölgesi olduğu ve İmar İskan Bakanlığı'nın afet bölgelerinde yapılacak yapılar hakkında çıkarttığı yönetmelik hükümlerine göre 2.derece deprem bölgelerinde yığma binaların 3 kattan fazla olamayacağı ve 3 kattan fazla yığma binalar için inşaat ruhsatı verilmesinin mümkün olmadığı belirtilmiştir. 9 Haziran 1975 tarihinde çıkarılmış afet işlerine ilişkin yönetmelik gereğince 2.derece deprem bölgelerinde yığma binaların 3 kattan fazla olamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda projesine göre 5 katlı yığma bina yapılmasına ilişkin olarak taraflar arasında kurulmuş olan inşaat sözleşmesi *hukuki imkansızlık* nedeniyle BK.nun 20/1.maddesi gereğince baştan itibaren batıldır. Çünkü sözleşmenin yerine getirilmesi imkansız bulunmaktadır. Taraflar ileri sürmeseler bile hakim in butlanı re'sen nazara alması icap eder. Sözleşme batıl olduğundan herhangi bir hukuki sonuç, başka ifade ile taraflar için bir borç veya alacak meydana getirmez. Ancak tarafların iktisap ettiklerini nedensiz zenginleşme hükümlerine göre iade etmek zorunda olduğu ve kusurlu olan tarafın, sözleşmenin geçerliliğine güvenmesi sonucu diğer tarafın uğradığı menfi zararı tazmin etmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Yarg. 15. HD. T. 07.05.1981 E. 1981/331, K. 1981/1050 sayılı kararı ile Yarg. HGK. T. 27.02.1985, E. 1983/15-74, K. 1985/254. sayılı kararı. Aynı doğrultuda, Yarg. 15. HD. T. 02.03.1994, E. 1993/1707, K. 1994/1232 sayılı kararı ile Yarg. 15. HD. T. 14.06.1979, E. 1979/979, K. 1979/1968 sayılı kararı, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından Alınmıştır.)

Aynı şekilde, sözleşme yapıldığı esnada, sözleşme konusu edimin ifa zamanında yerine getirilemeyeceğinin kesin, sürekli ve objektif olarak belli olduğu hallerde de başlangıçtaki imkansızlık sözkonusudur⁴⁶⁵. Örneğin, Pazartesi günü saat 15'te satılan bir yağlı boya tablosunun, aynı gün saat 10'da yanmış olduğunun anlaşılması halinde sözleşme başlangıçtaki imkansızlık nedeniyle geçersiz olur⁴⁶⁶.

Edimin ifasının gelecekte gerçekleşecek olan bir şarta veya süreye bağlanmış olduğu sözleşmelerde⁴⁶⁷, şartın gerçekleşmesi veya süre sonunda edimin ifasının mümkün hale gelmesi hallerinde, yapılan sözleşme, başlangıçta imkansız olsa dahi geçerli olacaktır⁴⁶⁸.

Ancak imkansızlık, sözleşmenin kurulması sırasında var olmasına karşın sonradan ortadan kalkıyorsa, bu durum sözleşmenin geçersizliğini etkilemez. Bir başka ifadeyle, sözleşme konusu edimin sonradan mümkün hale gelmesi, sözleşmeyi geçerli hale getirmez⁴⁶⁹. Zira, sözleşme konusu, başlangıçta imkansız olduğundan sözleşme

⁴⁶⁴ **Öz**, M. Turgut, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte) İstanbul, 1989, sh. 164.

⁴⁶⁵ **Başpınar**, sh. 118.

⁴⁶⁶ **Dural**, İmkansızlık, sh. 75.; **Başpınar**, sh. 118.

⁴⁶⁷ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu 24.04.1978 tarihli bir kararında; Ana taşınmazda henüz kat mülkiyetinin ya da kat irtifakının meydana gelmediği bir evrede, bağımsız bölümün devri için satış vaadi sözleşmesi yapılmasına eşya hukuku ve Borçlar Kanunu yönünden engel bir hüküm bulunmadığına karar vermiştir. Yüksek Mahkeme İçtihat kararında, kat mülkiyeti veya kat irtifakının tapu kütüğüne tescil edilmeden aynı hak olarak tapuda satım ve başkası adına tescilinin mümkün olmadığını ancak asıl satım sözleşmesinin yapılmasına yönelik olarak taraflar arasında borçlandırıcı (iltizami) bir ilişki kuran bağımsız bölüm satış vaadi sözleşmesinin bu halde de yapılabileceğini belirtmiştir. Anılan kararın devamında yüksek mahkeme, sözleşme yapma ve sözleşme yapma vadinin, genellikle sözleşmeler hakkındaki hükümlere bağlı olduğunu, borçlandırıcı sözleşmelerin konusuna ilişkin genel sınırların, Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20 nci maddelerinde gösterildiğini buna göre *konusu ahlaka, kamu düzenine kişilik haklarına aykırı ve konusu imkansız olan* sözleşmelerin yapılamayacağını belirtmekte ve devamında *bağımsız bölüm satış vadinin*, yasalara aykırı olmadığı gibi *objektif anlamda imkansız* da olmadığını belirtmektedir. Yüksek Mahkemeye göre, *satış konusunun ifa zamanında var olması veya satıcının tasarrufunda bulunması* yeterlidir. Satış vadinin konu olan bağımsız bölümün ifa zamanında var olması mümkün olduğundan sözleşme geçersiz değildir. Çünkü satışı vaat eden yüklenicinin inşaatı bitirmesi, taşınmaza tek başına malik ise kendisinin kat mülkiyetini kurması ve bağımsız bölüm satım sözleşmesi yapması ve taşınmazı tapuda temlik etmesi, taşınmazda ortak paydaşlar varsa onlarla anlaşarak kat mülkiyetini kurması bağımsız bölümü alıcıya satması olanağı bulunduğu *objektif imkansızlık* yoktur. Kat irtifakı için de durum böyledir. ; Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu, T. 24.04.1978, E. 1978/3, K. 1978/4 sayılı kararı.(Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından Alınmıştır.)

⁴⁶⁸ **Oğuzman/Öz**, sh. 77. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Eren**, sh. 298.

⁴⁶⁹ **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 109. ; **Tekinay**, sh. 357. ; **Saymen/Elbir**, sh. 145. ; **Eren**, sh. 298.

geçerli olarak kurulmamıştır⁴⁷⁰. Geçerli olarak kurulmayan ve doğmayan bir sözleşmeye daha sonra bir takım şartların değişmesi nedeniyle geçerlilik tanınmaz⁴⁷¹. Dolayısıyla sözleşme, sözleşme konusu edimin sonradan mümkün hale gelmesi durumunda da geçersiz olmaya devam eder⁴⁷².

Buna karşın, başlangıçtaki imkansızlığı, borcu sona erdiren sebeplerden biri olan sonraki imkansızlıkla karıştırmamak gerekir⁴⁷³. Edimin ifası, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan olaylar nedeniyle objektif ve sürekli olarak imkansız hale gelirse, bu durum borcu sona erdiren nedenlerden biri olarak kabul edilir ve sözleşme konusu edim borcu sonraki imkansızlık nedeniyle sona erer⁴⁷⁴. BK. 20/I'de ifade edilen, *başlangıçtaki imkansızlık* sözleşmenin geçerli olarak kurulmasına engel

⁴⁷⁰ Eren, sh. 298.

⁴⁷¹ Oğuzman/Öz, sh. 77.

⁴⁷² Ancak, doktrinde ileri sürülen bir görüşe göre (Öz), şartların sonradan değişmesi nedeniyle sözleşmenin ifası mümkün hale gelmişse, taraflardan birisi, daha önceki aynı iş ve bedeli ödemek kaydıyla işe devam etmesini diğer taraftan talep etmesine karşın, diğer tarafın bu teklifi reddetmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde, sözleşmeye geçerlilik kazandırılması gerektiğini savunmaktadır. Yazara göre bu durum, özellikle imar mevzuatı ile ilgili değişikliklerin olduğu durumlarda karşımıza çıkabilir. İmar mevzuatına aykırı olarak taahüt edilen bir inşaat sözleşmesi, yapıldığı esnada imar mevzuatına ve emredici yasa hükümlerine aykırılı olması nedeniyle başlangıçtaki hukuki imkansızlık nedeniyle geçersiz olmasına karşın daha sonra imar mevzuatındaki değişiklik nedeniyle inşaat sözleşmesinin yapılması mümkün hale gelebilmektedir. Böyle bir durumda, iş ve bedel bakımından aynı koşullarla sözleşmenin yapılmasını teklif eden tarafın teklifi, diğer tarafça butlan gerekçe gösterilerek reddediliyorsa o taktirde dürüstlük kuralına aykırı bir hareketin varlığı kabul edilmeli ve sözleşmeye geçerli olduğu gözüyle bakılmalıdır. Ancak aradan oldukça fazla zaman geçmiş ise ve bu geçen zaman içinde inşaat konusu yer ile ilgili koşullar sözleşmenin ifa edilmesini talep edilmeyecek tarzda değişikliğe uğramışsa o taktirde butlanı ileri sürmenin dürüstlük kuralına aykırı olduğu söylenemeyecektir. İş sahibinin yükleniciden işe devam etmesini istemesi ve iş sahibinin de butlanı ileri sürerek ifadan kaçınması halinde, mevcut şartlar değerlendirildiğinde yüklenicinin butlanı ileri sürmesi MK.2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması ve dürüstlük kuralına aykırılık olarak nitelendirilebiliyorsa sözleşmeye geçerlilik kazandırabilir. Öz, sh. 165. ; Kanaatimizce, butlan ile malül bir sözleşmenin dürüstlük kuralı ile aşılması ve sözleşmeye geçerlilik kazandırılması çok istisnai durumlarda söz konusu olabilir. (Örneğin, Kat Mülkiyeti Kanununa tabi olmak üzere yapımına başlanılan taşınmazdan bağımsız bölüm satımına ilişkin geçerli bir sözleşme olmadan tarafların bağımsız bölüm satımında anlaşarak alıcının tüm borçlarını eda etmesi ve satıcının da bağımsız bölümü teslim ederek alıcının onu malik gibi kullanmasına rağmen satıcının tapuda mülkiyetin devrine yanaşmaması hallerinde; olayın özelliğine göre hakimin M. K. nun 2. maddesini gözeterek açılan tescil davasını kabul edebilir. Yarg. İBGK. T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2) Buna karşın, butlan ile malül olan bir sözleşmenin, her durumda dürüstlük kuralı ile düzeltilmesi yolunun açılması hukuki güven ilkesinin zedelenmesine yol açar. O nedenle, yukarıdaki örnekte, şartların kısa bir zaman sonra değişmesi nedeniyle sözleşmenin ifasının mümkün hale gelmesi ve bir tarafın aynı şartlarla sözleşmeye devam etmesini diğer taraftan istemesini bir icap olarak değerlendirmek gerekir. Karşı tarafın bu icabı reddi, dürüstlük kuralına aykırı bir nitelik taşıyorsa o taktirde, dürüstlük kuralına aykırı olarak sözleşmeyi reddetme taraf, MK.2 hükmü uyarınca sözleşme yapmaya zorlanabilir.

⁴⁷³ Eren, sh. 295. ; Oğuzman/Öz, sh. 77-78.

⁴⁷⁴ Serozan Rona, *Sözleşmeden Dönme, (Sözleşmeden Dönme)* 2. Bası, İstanbul, 2007, sh. 262. ; Oğuzman Kemal, *Borçlar Hukuku Dersleri*, 3. Baskı, İstanbul, 1979, sh. 185. ; Eren, sh. 295.

olan bir butlan ⁴⁷⁵ sebebi iken⁴⁷⁶, BK. 96 ve BK. 117'de ifade edilen *sonraki imkansızlık* ise borcu sona erdiren sebeplerden birisi olan ifa imkansızlığıdır⁴⁷⁷. Sonraki imkansızlıkta, sözleşme başlangıçta geçerli olarak kurulmuştur. Ancak, daha sonra ortaya çıkan bir olay, sözleşme konusu edimin ifasını engellemiştir. Borcun ifasının, borçlunun kusuru olmaksızın imkansızlaşması halinde [BK. m. 117] sözleşme ilişkisi devam etmesine rağmen borç sona erer⁴⁷⁸. Bu durumda borçlu, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde almış olduğu şeyleri geri verme borcu altına girer ve kendisine henüz verilmemiş olan şeyleri isteme hakkından mahrum olur⁴⁷⁹. Şayet, sonraki imkansızlık borçlunun kusurlu bir davranışı sonucu meydana gelmişse [BK. m. 96] bu durumda borç yine sona erecek ancak sona eren borcun yerini tazminat ödeme yükümlülüğü alacaktır⁴⁸⁰.

3.2. Edim, Objektif (Mutlak) Olarak İmkansız Olmalıdır

Sözleşme yapılırken var olan imkansızlığın sözleşmenin geçerliliğine etki edebilmesi için bu imkansızlığın *objektif nitelikte bir imkansızlık* olması gerekir⁴⁸¹. Başka bir deyişle, sözleşme konusu edim, yalnızca borçlu tarafından değil, hiçbir kimse tarafından da ifa edilemez nitelikte ise ortada *objektif bir imkansızlık* sözkonusudur⁴⁸². Buna karşılık edimin ifası, başka kimseler tarafından yerine getirilebilmesine rağmen sadece borçlu tarafından yerine getirilemiyorsa bir *subjektif imkansızlık* hali sözkonusudur⁴⁸³. Örneğin, borçlunun gerekli veya yeterli çalışma kudretine sahip olmaması, vaad ettiği şeyde tasarruf yetkisinin bulunmaması, yeterli ekonomik güce

⁴⁷⁵ , geçerli bir hale gelebilecek olan hükümsüz muamelelere denir. **Von Tuhr**, sh. 249.

⁴⁷⁶ Karşı görüş için bkz. **Serozan** , (Armağan) sh. 2030-2031.

⁴⁷⁷ **Eren**, sh. 295.

⁴⁷⁸ **Oğuzman**, sh. 185. ; **Serozan** , Sözleşmeden Dönme, sh. 262 vd.

⁴⁷⁹ **Oğuzman**, sh. 186.

⁴⁸⁰ **Serozan**, Sözleşmeden Dönme, sh. 265. ; **Oğuzman**, Borçlar Hukuku, sh. 185-186. ; Yarg. 15. HD. T. 25.10.2001, E. 2001/2599, K. 2001/4820 sayılı kararı. Aynı yönde, Yarg. 13. HD. T. 02.10.1992, E. 1992/7755, K. 1992/7381 sayılı kararı.

⁴⁸¹ **Oğuzman/Öz**, sh. 76-78. ; **Eren**, sh. 295.

⁴⁸² **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 117. ; **Karahasan**, Sorumluluk, sh. 273. ; Akıntrk, sh. 56. ; **Karahasan**, Borçlar Hukuku, sh. 283. ; **Baştuğ**, sh. 60. ; **Oğuzman/Öz**, sh. 77-78. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Erman**, sh. 616. ; **Eren**, sh. 295.; **Serozan** , (Armağan) sh. 2029. ; Yarg. HGK. T. 18.04.1984, E. 1984/11-139, K. 1984/426, sayılı kararı ile Yarg. 14. HD. T. 05.10.2006, E. 2006/7776, K. 2006/10511 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 19.02.08 tarihinde alınmıştır.)

⁴⁸³ **Oğuzman/Öz**, sh. 77-78. ; **Başpınar**, sh. 120. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Eren**, sh. 295.; Yarg. 14. HD. T. 05.10.2006, E. 2006/7776, K. 2006/10511 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından 16.02.08 tarihinde alınmıştır.)

sahip bulunmaması gibi borçlunun şahsından kaynaklanan bir neden, edimin ifasını imkansızlaştırmaktadır⁴⁸⁴. Bu gibi hallerde edim, yalnızca borçlu tarafından yerine getirilememektedir. Buna karşın aynı edim, borçlu dışındaki kimseler tarafından ifa edilebilir durumdadır⁴⁸⁵. Edimin ifasına engel olan bu gibi kişisel haller, BK. 20 anlamında bir imkansızlık durumu yaratmazlar ve sözleşmenin kurulmasına ve geçerliliğine engel oluşturmazlar⁴⁸⁶. Ayrıca, borçlunun şahsından kaynaklanan ve ifayı engelleyen neden, herhangi bir zamanda ortadan kalkabilir ve borç, borçlu tarafından ifa edilebilir hale gelebilir⁴⁸⁷. Bu nedenle, subjektif imkansızlık hallerinde ifaya engel olan durumlar kesin ve sürekli değildir⁴⁸⁸.

Buna karşılık, borçlunun şahsında gerçekleşen kişisel güçsüzlük hali için bir ayırımı gitmek gerekir. Eğer, borçlunun borçlandığı edim, onun fikri veya artistik yeteneğine bağlı ise ve bu edim, borçludan başka bir kimse tarafından yerine getirilemeyecek bir edimse bu durumda *objektif imkansızlık* hali sözkonusudur⁴⁸⁹. Örneğin, Ünlü bir ressamla portre yapımına ilişkin yapılan bir istisna sözleşmesinde, sözleşmenin yapıldığı esnada ünlü ressamın geçirmiş olduğu bir kaza nedeniyle iki kolunun da felç olması halinde, edim konusu portre ne sözleşmenin tarafı ressam ne de bir başka kimse tarafından yerine getirilemeyeceğinden sözleşme BK. 20 anlamında *başlangıçtaki objektif imkansızlık* nedeniyle geçersiz olacaktır⁴⁹⁰. Diğer taraftan, sözleşme konusu edim, borçlunun fikri ve artistik yeteneğine bağlı olmayıp, fiziki gücüne, ekonomik durumuna bağlı bir edim ise, [örneğin bir temizlik veya taşıma konusu olan bir edim ise] sözleşmenin kurulduğu anda borçlu felç geçirmiş olsa bile

⁴⁸⁴ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Eren**, sh. 295-296. ; *İmkansızlık* kavramı, Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamıştır. Bu nedenle yasada, *objektif ve subjektif imkansızlığın* ne olduğuna ilişkin bir tanımlama bulmak da mümkün değildir. Aynı şekilde, Avusturya, Fransa ve Alman Medeni Kanunlarında da imkansızlığın bir tanımı yapılmamıştır. Buna karşın Alman Medeni Kanunu (BGB), *objektif imkansızlık* ve *subjektif imkansızlık* gibi bir ayırımı gitmek yerine *objektif imkansızlık*, *ekonomik güçsüzlük* gibi bir ayırımı gitmiştir. Alman Medeni Kanunu (BGB)'nin 275/II maddesinde önce *ekonomik güçsüzlük* kavramına yer verilmiş akabinde BGB. 306'da ise objektif imkansızlık (Unmöglichkeit = unmöglich werden) kavramına yer verilmiştir. Buna karşılık, Alman Medeni Kanunu'nun aksine Türk Hukuku'nda ekonomik güçsüzlük kavramına yer verilmemiştir. **Başpınar**, sh. 120-121 ve özellikler dpn. 80 ve 81'de belirtilen açıklamalar ve yazarlar.

⁴⁸⁵ **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Eren**, sh. 296.

⁴⁸⁶ **Dural** , sh. 83. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 167. ; **Eren**, sh. 296.

⁴⁸⁷ **Başpınar**, sh. 121.

⁴⁸⁸ **Başpınar**, sh. 121.

⁴⁸⁹ **Sirmen**, sh. 452. ; **Eren**, sh. 296.

⁴⁹⁰ **Eren**, sh. 296.

burada objektif bir imkansızlık hali sözkonusu değildir⁴⁹¹. Böyle bir durumda, sözleşmenin geçerliliği ile ilgili bir sorun yoktur. Sözleşme, geçerli olarak kurulmuştur. Ancak, edimin ifası borçlu tarafından yerine getirilememektedir. İfa safhasında ortaya çıkan bu imkansızlık ile ilgili olarak, borçlunun sorumluluğunun belirlenmesinde imkansızlığa neden olan olayın gerçekleşmesinde borçlunun kusurlu bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerekir. Borçlu, ifaya engel olayın gerçekleşmesinde kusurlu ise, BK. 96 vd maddeleri gereğince *kusurlu ifa imkansızlığı* nedeniyle alacaklının uğramış olduğu zararları tazmin etme borcu altına girer⁴⁹². Buna karşın borçlu, sözleşme konusu edimin yerine getirilmesine engel olan olayın ortaya çıkmasında kusursuz ise BK. 117 uyarınca sorumlu tutulmayacak ve borçlu kurtulacaktır⁴⁹³.

Buna karşılık, taraflardan birisinin sözleşmenin kurulduğu anda, sözleşme konusu edimin objektif olarak imkansız olduğunu bildiği veya bilmesi gerektiği halde bunu karşı tarafa söylemeyip sözleşmeyi yapması, *sözleşme öncesi sorumluluk* [*culpa in contrahendo*⁴⁹⁴] kuralları gereğince karşı tarafa tazminat ödemeyi gerektirir⁴⁹⁵. Böyle bir durumda, sözleşme geçersizdir⁴⁹⁶. Ancak, sözleşmenin geçersizliğine taraflardan birinin kusurlu davranışları neden olduğundan bu taraf, diğer tarafa, sözleşmenin geçersiz olması nedeniyle uğramış olduğu menfi zararları tazmin etmekle yükümlüdür⁴⁹⁷.

⁴⁹¹ **Sirmen**, sh. 452. ; **Aybay**, sh. 39. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 117. ; **Eren**, sh. 296.

⁴⁹² **Eren**, sh. 296.

⁴⁹³ **Eren**, sh. 296.

⁴⁹⁴ *Culpa in contrahendo* kavramı, ilk olarak Alman hukukçu Rudolf von Jhering tarafından ele alınmıştır. Jhering, akit görüşmeleri esnasında kusur veya batıl ya da kurulmamış akıtlarda tazminat” adlı eserinde, daha ziyade batıl veya kurulmamış sözleşmeler açısından konuyu ele almış ve bu sözleşme görüşmeleri nedeniyle doğan zararın tazmini sorununa çözüm bulmaya çalışmıştır. Ancak Jhering, geçerli olarak kurulmuş olan sözleşmelerde, tarafların sözleşme öncesi sorumluluğu konusuna değinmemiştir. Daha sonra Leonhard, “akdın kurulması sırasında kusur” adlı eserinde, sözleşme öncesi sorumluluğun ancak geçerli olarak kurulmuş sözleşmelerde söz konusu olabileceğini savunmuştur. Bugünkü anlamda ise, yukarıda belirtilen her iki hukukçunun görüşleri birleştirilmiş, *sözleşme görüşmelerden doğan sorumluluğun söz konusu olabilmesi için, akdin kurulmuş ya da kurulmamış veya batıl ya da geçerli olmasının şart olmadığı sonucuna varılmıştır*. Bugün İsviçre/Türk Hukukunda, sözleşme görüşmelerindeki kusur sorumluluğunu düzenleyen genel bir kural yoktur. **Baygın**, Cem ; *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması*, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/turkish/CBaygın1.html> adlı internet sitesinden 21.05.2008 tarihinde alınmıştır.

⁴⁹⁵ **Eren**, sh. 298; **Oğuzman/Öz**, sh. 78.

⁴⁹⁶ **Oğuzman/Öz**, sh. 78. **Eren**, sh. 298.

⁴⁹⁷ Alman Hukukunda, sözleşme yapıldığı sırada edimin ifasının imkansız olduğunu bilen veya bilmesi gereken tarafın, sözleşmenin geçerli olduğuna güvenerek borç ilişkisine giren karşı tarafın bu ilişkinin

4. İmkansızlık Kavramının Benzer Hukuki Kavramlardan Ayırd Edilmesi

*Aşırı ifa güçlüğü*⁴⁹⁸ durumunun imkansızlık yaratıp yaratmayacağı konusu doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki bir görüş⁴⁹⁹, edimin ifasının dürüstlük kuralı uyarınca borçludan beklenemeyecek kadar güç olduğu durumların BK. 20/I uyarınca bir *imkansızlık hali* yaratacağı ve sözleşmenin bu nedenle geçersiz olacağını ifade etmektedir⁵⁰⁰. Başka bir görüş ise⁵⁰¹, aşırı ifa güçlüğü ile imkansızlık kavramlarının birbirine karıştırılmaması gerektiğini, *aşırı ifa güçlüğü halinin*, borçluya şartları varsa, dürüstlük kuralına, irade sakatlığına ve özellikle BK. 23 veya BK. 24/3 ve 4'e dayanarak sözleşmeyi iptal ettirme hakkı verebileceğini ayrıca borçluya sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının talep hakkı verebileceğini ancak böyle bir halin *objektif bir imkansızlık yaratmayacağını ve sözleşmeyi geçersiz hale getirmeyeceğini* ifade etmektedirler.

hükümsüzlüğünden doğan zararını tazmin etmekle yükümlü olduğu BGB. § 307/f.1'de açıkça düzenlenmiştir. İsviçre-Türk Hukukunda ise, başlangıçtaki imkansızlığı bilmesine rağmen, sözleşme yapan kimsenin sorumluluğunu doğrudan doğruya düzenleyen bir hüküm mevcut değildir. Ancak söz konusu boşluğun, BK.m.26, 36/f.2 ve 39 hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması sonucu aynı şekilde doldurulması kabul edilmektedir. Bu itibarla, taraflardan biri akdin kurulduğu anda borçlandığı edimin ifasının imkansız olduğunu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, akit batıl olsa bile, karşı tarafın sözleşmenin geçersizliği yüzünden uğradığı menfi zararı tazmin etmek zorundadır. Zira bu kişi, sözleşme görüşmeleri esnasındaki kusurlu davranışıyla sözleşmenin butlanı sonucunu doğurmuştur. **Başpınar**, sh. 178. ; **Eren**, sh. 298. ; **Kılıçoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 69. ; **Reisoğlu**, Borçlar Hukuku, sh. 117. ; **Erman**, sh. 617.

⁴⁹⁸ *Aşırı ifa güçlüğü*, edimin ifasının imkansız olmadığı ancak ifanın yerine getirilebilmesi için borçlunun aşırı ölçüde bir masraf veya fedakarlık yapmak durumunda kaldığı hali ifade etmektedir. Gerçekte, böyle bir durumda edimin ifası maddi olarak mümkündür. Ancak borçlu, bu ifayı gerçekleştirebilmek için çok aşırı bir şekilde bir çaba harcamak veya masraf yapması gerekmektedir. Yapacak olduğu masraflar veya uğraşlar ile ifa konusu edim karşılaştırıldığında, borçludan edimin ifasını talep etmek hakkaniyet kuralına ve dürüstlük ilkesine aykırılık teşkil edecek boyuttadır. **Eren**, sh. 296-297. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 168.

⁴⁹⁹ **Dural**, sh. 17. ; **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 168.

⁵⁰⁰ Örneğin, borçlunun bir fabrikanın ürünlerini satmayı borçlandığı ancak sözleşme kurulmadan önce fabrikanın yanarak yok olduğu bir durum buna örnek olarak gösterilebilir. Böyle bir durumda borçlu, sözleşme konusu edimi ifa edebilmek için, fabrika yanmadan önce satmış olduğu malları tespit etmeli, bu malların kime satıldığını bulmalı, daha sonra bu malların kendisine satılması konusunda önceki mal sahiplerini ikna etmeli, bedelini ödeyerek malları geri almalı ve sözleşme gereğince borcunu ifa etmelidir. Böyle bir borcun ifası, borçlu açısından oldukça masraflı, zor ve neredeyse imkansızdır. **Tunçomağ**, Borçlar Hukuku, sh. 168. ; **Eren**, sh. 297.

⁵⁰¹ **Eren**, sh. 296-297 ; **Oğuzman/Öz**, sh. 78.

Bize göre de, imkansızlık hali ile ifanın aşırı derecede güçleşmesi halini birbirinden ayırdetmek gerekir⁵⁰². *İmkansızlık* durumunda sözleşme konusu edim, hukuki ya da fiili nedenlerden dolayı yerine getirilememektedir. Bir başka ifadeyle borçlu, borcunu yerine getirmek istese dahi bir takım nedenler buna engel olmaktadır⁵⁰³. Buna karşın *ifanın aşırı güçleşmesi* halinde, sözleşme konusu edim halen ifa edilebilir durumdadır⁵⁰⁴. Bir başka deyişle, edimin ifası “imkansız” değildir. Ancak edimin ifası, alacaklıya sağlayacağı yararlar ölçülemeyecek derecede ve iyiniyetle bağdaşamayacak şekilde, borçlu için çok ağır bir yük teşkil edecektir⁵⁰⁵. Böyle bir halde borçlu, MK.2 uyarınca ya sözleşmenin değişen hal ve koşullara göre yeniden uyarlanmasını ya da sözleşmenin sona erdirilmesini hakimden isteyebilir⁵⁰⁶. Bu durumda hakim, uyarılma ile ilgili kuralları göz önünde bulundurarak sözleşmeyi ya yeni koşullara uyarlayacak veya sona erdirecektir⁵⁰⁷. Görüldüğü üzere, *ifanın aşırı güçleşmesi* hali, sözleşmenin ifa safhası ile ilgili bir sorun olmasına karşın BK. 20/I anlamındaki *imkansızlık* ise, sözleşmenin geçerliliği, inikadı ile ilgilidir. Dolayısıyla, *ifanın aşırı güçleşmesi* halinde sözleşme geçerliliği tartışma konusu olmazken, *imkansızlıkta* sözleşmenin kurulup kurulmadığı tartışma konusu yapılmaktadır.

Öte yandan, borcu sona erdiren ve BK.20/I anlamında olmayan *sonraki imkansızlık* hali ile *aşırı ifa güçlüğü* arasında ise hukuki sonuçları bakımından da farklılık bulunmaktadır. *İmkansızlık* halinde borç ilişkisi kendiliğinden [ipso iure] sona ermesine karşın, *aşırı ifa güçlüğü* halinde borç ilişkisi kendiliğinden sona ermez⁵⁰⁸. Borç ilişkisini sona erdirebilmek için, borçlunun hakimden sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmesi gerekir. Hakim, durumu değerlendirerek sözleşmenin sona erdirilmesine karar verirse sözleşme bu kararla sona ermiş olur⁵⁰⁹.

⁵⁰² Yarg. 4. HD. T. 10.10.1978, E. 1977/12581, K. 1978/11161 sayılı kararı, Aynı doğrultuda ; Yarg. 13. HD. T. 26.11.1982, E. 1982/6168, K. 1982/7199 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından Alınmıştır.)

⁵⁰³ **Tunçomağ**, Muamelenin Temeli, sh. 887.

⁵⁰⁴ **Tunçomağ**, Muamelenin Temeli, sh. 887.

⁵⁰⁵ **Tunçomağ**, Muamelenin Temeli, sh. 887.

⁵⁰⁶ **Burcuoğlu**, Uyarılma, sh. 14. ; **Eren**, sh. 297.

⁵⁰⁷ **Burcuoğlu**, Uyarılma, sh. 14.

⁵⁰⁸ Yarg. 13. HD. T. 26.11.1982, E. 1982/6168, K. 1982/7199 sayılı kararı. (Kazancı İçtihat Bilgi Bankasından Alınmıştır.)

⁵⁰⁹ **Akyol**, sh. 100.

Bir başka açıdan bakacak olursak, *imkansızlık* kavramı ile *aşırı ifa güçlüğü* kavramı arasında teknik bakımdan da farklar bulunduğu görülebilir. Gerçekten de *imkansızlık*, bir şeyin yerine getirilmesinin insan gücünün dışında bulunmasını, bir başka ifadeyle o şeyin ifasının imkansız olması anlamına gelirken, *aşırı ifa güçlüğü*, edimin ifasının mümkün olduğu ancak bu ifanın borçludan istenemeyecek kadar zorlaştığını ifade eder⁵¹⁰. Dolayısıyla, hem hukuki sonuçları bakımından hem de kavramsal olarak her iki kurum arasında fark vardır⁵¹¹.

⁵¹⁰ **Tunçomağ**, Muamelenin Temeli, sh. 887.

⁵¹¹ *Aşırı ifa güçlüğü* hali, hazırlanmakta olan Türk Borçlar Kanunu tasarısında ele alınmış ve Tasarının 143. maddesinde düzenlenmiştir. BK. Tasarısının 143. maddesinde *aşırı ifa güçlüğü* ; “Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa, borçlu, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır.” şeklinde düzenlenmiştir. Bu düzenlemede, *aşırı ifa güçlüğü*ün unsurları ve bu unsurların gerçekleşmesi halinde borçlunun hangi hukuki yollara başvurabileceği belirtilmiş ancak maddede *aşırı ifa güçlüğü*ün bir tanımı yapılmamıştır. Yapılan düzenleme ile, *aşırı ifa güçlüğü* halinde borçlunun sözleşmenin uyarlanmasını talep edebileceği veya bunun mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönebileceği hükme bağlanmıştır. Böylece, *aşırı ifa güçlüğü*ün unsurları ve hukuki sonucu belirtilmek suretiyle bu kavramın ve BK. 96 ve 117’de belirtilen *sonraki imkansızlık* kavramı ile karıştırılması da engellenmiş olacaktır.

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

Sözleşme özgürlüğü, bir yönü ile irade özgürlüğünün hukuk alanındaki yansıması olan bireyin özgür iradesi ile hukuki işlemlere taraf olmasını, diğer yönü ile, düzenlenecek olan sözleşmenin şeklini, konusunu ve içeriğini düzenleme özgürlüğünü ifade eder. Birinci anlamdaki sözleşme özgürlüğü, insan hak ve özgürlüklerinin tarihi ile doğru orantılı olarak bir gelişme göstermiştir. Bu süreç içerisinde, insan hak ve özgürlüklerinin tanınmadığı veya çok sınırlı olarak tanındığı otoriter ve totaliter rejimlerde sözleşme özgürlüğü ya hiç kabul edilmemiş ya da çok sınırlı olarak kabul edilmiştir. Buna karşın, liberal düşünce akımının ortaya çıkardığı liberal ekonomik rejimlerde sözleşme özgürlüğü, bireyin özgür iradesinin hukuk alanındaki bir yansıması olarak kabul edilmiş ve bu anlamda sözleşme özgürlüğü, liberal ekonomiyi benimsemiş olan ülkelerin hukuk sistemleri tarafından ilke olarak kabul edilmiştir. Ancak, tüm hak ve özgürlüklerde olduğu gibi sözleşme özgürlüğü de mutlak olarak kabul edilmemiş, sosyal eşitlik ve toplumsal adaletin gerçekleştirilebilmesi gibi bir takım nedenlerle sözleşme özgürlüğünün istisnalarına yer verilmiş ve sözleşme özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Bu gibi durumlarda, kişiye tanınan sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğü yerini, sözleşme yapma zorunluluğuna bırakmaktadır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, sözleşme yapma zorunluluğu halleri istisnai olarak yasalarda düzenlenmiş olup asıl olan, sözleşme özgürlüğüdür. Sözleşme özgürlüğü asıl, sözleşme yapma zorunluluğu istisna olarak düzenlenmiş olduğundan, sözleşme yapma zorunluluğu hallerinin tespitinde dar anlamda bir yorum anlayışını benimsemek gerekir. Örneğin, bir hükmün sözleşme yapma zorunluluğu getirip getirmediği konusunda bir tereddüte düşülmesi durumunda, o hükmün, sözleşme yapma zorunluluğu getirmediği şeklinde yorumlanması gerekir. Sözleşme özgürlüğüne istisna getiren sözleşme yapma zorunluluğu halleri, tek bir yasa içerisinde düzenlenmediğinden bunların tam olarak tespiti mümkün değildir. Nitekim biz de çalışmamızda, sözleşme yapma zorunluluğu getiren tüm halleri incelemek yerine, uygulamada önemli olan belirli bazı yasalarda öngörülmüş olan sözleşme yapma zorunluluğu hallerini inceleme konusu yaptık.

Diğer taraftan, sözleşme yapma özgürlüğünün tanınmış olduğu diğer hukuk sistemlerinde olduğu gibi bizim hukuk sistemimizde de, sözleşme özgürlüğü mutlak

olarak kabul edilmemiş, bu özgürlüğe bir takım yasal sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalar 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19/II ve 20/I'nci maddelerinde düzenlenmiştir. Sözleşmeyi düzenleme özgürlüğüne getirilen bu sınırların iki farklı yasa maddesinde düzenlenmiş olması ve her iki düzenlemenin birbiri ile uyumlu olmaması doktrinde eleştirilmiştir. Gerçekten de BK. 19/II ve 20/I maddeleri, sözleşmeyi düzenleme özgürlüğünün sınırlarının net olarak çizilmesine imkan vermeyen bir düzenlemedir. Borçlar Kanunu Tasarısı, mevcut düzenlemedeki bu eksikliği görerek sözleşme özgürlüğünün sınırlarını tek bir hüküm altında düzenlemiştir. Bu haliyle Tasarıdaki düzenlemenin mevcut düzenlemeye nazaran daha isabetli olduğu söylenebilir.

818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19'ncü maddesinin ikinci fıkrasındaki *iki tarafın yapmış olduğu sözleşmelerin kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmadığı müddetçe geçerli olacağı* şeklindeki düzenlemede ifadesini bulan “kamu düzenine aykırılık” ve “kişilik haklarına aykırılık” kavramlarının başlı başına sözleşme özgürlüğüne bir sınır olarak mı getirildiği yoksa, emredici yasa hükümlerini açıklamak için mi yasaya konulduğu konusunda var olan tereddütleri gidermek için Tasarı, bunları sözleşme özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen 27/I'nci maddesinde ayrı ayrı zikrederek bunların her birinin sözleşmeyi düzenleme özgürlüğüne ayrı bir sınır getirdiğini açık bir şekilde kabul etmiştir. Kuşkusuz buradaki “kamu düzeni” ve “kişilik hakları” kavramları, yasalarda kişilik haklarına veya kamu düzenine ilişkin düzenlemelerin bulunmadığı durumlarda sözleşme özgürlüğüne bir sınır çecektir. Zira, kişilik haklarını ve kamu düzenini koruyucu hükümlere yasalarda yer verilmesi halinde bunlar, emredici hukuk kuralları içerisinde değerlendirileceğinden bu kurallara aykırılık öncelikle emredici yasa hükümlerine aykırılık nedeniyle butlan yaptırımına tabi olacaktır. Buna karşın, yasalarda düzenlenmemiş olsa dahi bir sözleşme, kamu düzenini yahut kişilik haklarını ihlal ediyorsa o sözleşme, BK. 19/II ve 20/I uyarınca ve BKT. 27/I hükmü uyarınca kesin hükümsüzlük yaptırımına tabi olacaktır. Tasarıdaki bu değişikliklere rağmen, sözleşme özgürlüğü ile ilgili bir tanıma yer verilmemiş olması ve sözleşme özgürlüğünü yalnızca sözleşmeyi düzenleme özgürlüğü olarak düzenlemesi kanaatimizce bir eksikliklerdir.

Diğer taraftan, Tasarının “Genel İşlem Şartları” başlığı altındaki 20 ile 25’nci maddeleri arasındaki düzenlemesi, sözleşme özgürlüğüne getirilen sınırlamaların haricinde başka bir takım sınırlamalar getirmesi nedeniyle önemlidir. Zira buradaki hükümler, tarafların sözleşmeyi diledikleri gibi şekillendirebilme özgürlüklerini kısıtladıklarından sözleşme özgürlüğüne getirilen bir sınırlama olarak kabul edilmektedir. Öte yandan, buradaki sınırlamalar, sözleşmenin konusunu düzenleme özgürlüğüne BK. 19/II ve 20/I’ile getirilen sınırlamalardan farklıdır. Zira, BKT. 20 ile 25’nci maddeleri arasındaki düzenlemelerde, sözleşme özgürlüğüne sınır çizen kavramlara aykırılık şart değildir. Eğer genel işlem şartı, BK 19/II ve 20/I’de veya BKT 27/I’de sayılan sınırlamalara aykırı ise evleviyetle geçersiz olacaktır. Buna karşın, BK. 19/II ve 20/I’deki sınırlamalara aykırı olmamak kaydıyla *dürüstlük kuralına aykırı olarak karşı tarafa zarar veren genel işlem koşulları, karşı tarafın aleyhine tek yanlı değişiklik yapmayı öngören genel işlem koşulu* BKT. 27/II birinci cümle gereğince hükümsüzlük yaptırımına bağlanmıştır. Tasarı ile sözleşme özgürlüğüne getirilen bir başka sınırlama ise, karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının geçerli olabilmesini, bu koşulların varlığı hakkında karşı tarafa açıkça bilgi vermesine, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlamıştır. Buna uygun olarak gerçekleşmemiş genel işlem koşulları ise *yazılmamış sayılma* yaptırımına bağlanmıştır. Bu yaptırım türü, hukukumuzda mevcut olmayan bir yaptırım türü getirmektedir. BKT ile getirilen bu düzenlemelerin temelinde yatan düşünce, hukuki eşitliğin ekonomik ve sosyal alanda gerçekleşmemiş olması nedeniyle sözleşmenin zayıf tarafını korumak ve bu surette sözleşme adaletini gerçekleştirmektir. Tasarı, sosyal adaleti gerçekleştirmek amacına hizmet edecek düzenlemeleri yaparken diğer taraftan sözleşme özgürlüğü gibi hukukun temel değerlerini ve prensiplerini zayıflatmamalı bu prensiplere sahip çıkarak bunları korumalıdır.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- Akıntürk, T., 2003. *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri* 9. Baskı. İstanbul
- Akyol, Ş., 2006. *Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağ.* 2. Baskı. İstanbul
- Ardıç, O. / Ersol, E., 2007. *Borçlar Hukuku.* Ankara
- Arpaç, A., 2000 *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)* 2. Baskı. İstanbul
- Ataay, A., 1978 *Şahıslar Hukuku.* 3. Baskı. İstanbul
- Atamer, Yeşim M., 1999 *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi. (Genel İşlem Şartları)* İstanbul
- Atamer, Yeşim M., 2004 *Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan, (Armağan)* Ankara
- Ateş, D., 2007 *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık* Ankara
- Aybay, A., 1995 *Borçlar Hukuku Dersleri.* 11. Baskı. İstanbul
- Barlas, N., 2004 *Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu'na Armağan. (Hukuki İşlem Özgürlüğü)*Ankara
- Başpınar, V., 1998 *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlan.,* Ankara
- Baştuğ, İ., 1984 *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)* 3. Baskı, Manisa
- Burcuoğlu, H., 1995 *Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama. (Uyarlama)* İstanbul
- Camcı, Ö., 1997 *Taşınmaz Kirasında Uyarlama Davaları.* İstanbul
- Dural, M., 1976 *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık.* İstanbul
- Dural, M. / Ögüz, T., 2001 *Kişiler Hukuku.* İstanbul
- Erdoğmuş, B., 2004 *Hukukta Latince Teknik Terimler – Özlü Sözler.* 1. Baskı, İstanbul
- Eren, F., 2008 *Borçlar Hukuku Genel Hükümler,* 10. Baskı. İstanbul
- Ertürk, E., 2005 *Uygulamada Kira Tespiti ve Uyarlama Davaları* Ankara
- Feyzioğlu, N. F., 1976 *Borçlar Hukuku Genel Hükümleri. C. I,* İstanbul
- Günay, İ.C. 2004 *İş Hukuku (Yeni İş Yasaları),* 2. Baskı, Ankara
- Gümüş, M. A. 2003 *Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler,* Ankara
- Güriz, A., 2006 *Hukuk Başlangıcı.* 11. Baskı, Ankara
- Güriz, A., 2007 *Hukuk Felsefesi.* 7. Baskı, Ankara
- Gürkan, Ü., 1995 *Kişilik Kavramının Evrimi, Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu'na Armağan.* Ankara
- Hatemi, H., 1976 *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları.* İstanbul
- Hırş, E., 2001 *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Dersleri.* Ankara
- İnal, T., 2004 *Borca Aykırılık ve Sonuçları.* İstanbul
- İnal, N., 2003 *Adli Tıp ve Ekonomik Terimli Hukuk Sözlüğü.* Ankara

- İnceoğlu, Mehmet M.; 2000 *Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açından Değerlendirilmesi, M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan.* İstanbul
- Kaplan, İ., 2007 *Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi.* 2. Baskı, Ankara
- Karahasan, M. R., 2003 *Türk Borçlar Hukuku (Genel Hükümler).* 1. Cilt, İstanbul
- Karahasan, M.R., 2003 *Sorumluluk Hukuku (Sözleşmeler).* 6. Baskı, İstanbul
- Kılıçoğlu, A. M., 2007 *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler),* 8. Baskı, Ankara
- Kılıçoğlu, A. M., 2002 *Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı.* Ankara
- Kocayusufpaşaoğlu, N.2008 *Borçlar Hukuku,* 1. Cilt, 4. Baskı, İstanbul
- Kronman, Antony T., 2006 *Hukuk ve Sözleşme, Sözleşme Hukuku ve Dağıtıcı Adalet, Çeviren Dr. Sevtap Metin, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan.* Ankara
- Kuntalp, E., 1971 *Karışık Muhtevalı Akit, Yayınlanmış Doçentlik Tezi, Ankara Üniversitesi Basımevi. Ankara*
- Oğuzman, K., 1979 *Borçlar Hukuku Dersleri.* 3. Baskı. İstanbul
- Oğuzman, K. / Öz, T. : 2006 *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler).* İstanbul
- Oğuzman, K. / Seliçi, Ö. / Oktay, S. 2002 *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler) 7. Baskı, İstanbul*
- Öz , M. T., 1989 *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, (Bayındırlık İşleri Şartnamesinin İlgili Hükümleri ile Birlikte)* İstanbul
- Özsunay, E., 1977 *Gerçek Kişilerin Hukuki Durumu,* İstanbul
- Öztan, B., 1987 *Şahıslar Hukuku.* Ankara
- Öztan B., 2004 *Aile Hukuku, 4. Baskı, Ankara*
- Rado, T., 1997 *Roma Hukuku Dersleri (Borçlar Hukuku).* İstanbul
- Reisoğlu, S., 2006 *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler). (Borçlar Hukuku)* 18. Baskı. İstanbul
- Saymen, F. / Elbir, H.,1958 *Türk Borçlar Hukuku. C. 1, İstanbul*
- Schwarz, Andreas B., 1948 *Borçlar Hukuku Dersleri, Çev. Bülent Davran. İstanbul*
- Serozan, R., 2007 *Sözleşmeden Dönme. (Sözleşmeden Dönme)* 2. Baskı, İstanbul
- Serozan, R., 2007 *Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan.(Armağan)*İstanbul
- Sirmen, L., 1972 *Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Cahit Oğuzoğlu'na Armağan.* Ankara
- Şafak, A., 2002 *Ansiklopedik Hukuk Sözlüğü,* Ankara
- Şenyüz, D., 2006 *Borçlar Hukuku.* 3. Baskı, Bursa
- Şıpka Ş. 2004 *Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası,* İstanbul
- Tahiroğlu, B., 2000 *Roma Borçlar Hukuku.* İstanbul
- Tekdemir Y. 2003 *AT Hukukunda Anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve ZorunluUnsur Doktrini, Rekabet Hukuku Uzmanlık Tezleri Serisi, No: 2, Ankara*
- Tekinay, S. / Akman, S. / Burcuoğlu , H. / Altop, A., 1993 *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler).* 7. Baskı, İstanbul
- Tekinay, S., 1979 *Borçlar Hukuku,* 4. Baskı, İstanbul
- Tunçomağ, K., 1976 *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler).* C.1, 3. Baskı, İstanbul

- Umur, Z., 1999 *Roma Hukuku Ders Notları*. 3. Baskı, İstanbul
- Von Tuhr A., 1933 *Borçlar Kanunu'nun Umumi Hükümleri, 1. Cilt, Sıddık Sami ve Hazim Atıf Tercemesi*, İstanbul
- Yanık M. 2003 *Rekabet Hukukunun Hakim Durum ve Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Uygulamalarında Piyasa Giriş Engelleri*, Ankara
- Yavuz , C., 2004 *Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler)*. 3. Baskı, İstanbul
- Yayla, A., 2000 *Özgürlük Yolu – Hayek'in Sosyal Teorisi*. Ankara
- Yılmaz, E., 2004 *Hukuk Sözlüğü*. 8. Baskı, Ankara
- Yolcu İ. A. 2003 *4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Yer Verilen Soruşturma Prosedürünün ve Uygulamada Karşılaşılan Usul Sorunlarının AB Hukuku Bağlamında Değerlendirilmesi*, Rekabet Kurumu Uzmanlık Tezleri Serisi, No : 11, Ankara
- Zevkliler, A., 2002 *Özel Borç İlişkileri*. 7. Baskı, Ankara

Sürelî Yanınlar

- Ayrancı, H., 2003 *Sözleşme Kurma Zorunluluğu*. AÜHF, Cilt. 52, Sayı 3, Ankara
- Erman, H., 1973 *Borçlar Hukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları*. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 38, Sayı, 1-4, İstanbul
- Özel, Ç., 2006 *Genel İşlem Koşulları Meselesi ve Borçlar Kanunu Tasarısının Genel İşlem Koşullarına Yönelik Olarak Getirdikleri, Sosyo Ekonomi Dergisi, Ocak – Haziran Sayısı, 2006 -1*
- Tunçomağ, K., 1966-1967 *Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) İle İlgili Objektif Görüşler*, İÜHF. Mecmuası, Cilt 31-32, Sayı, 1-4, İstanbul

Yararlanılan İnternet Siteleri

- Baygın, C, 2008 *Culpa In Contrahendo Sorumluluğu Ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması*,
<http://archiv.jura.unisaarland.de/turkish/CBaygın1.html> adlı internet sitesinden 21.05.2008
- Erten A, 2000 Bankacılık Uygulamasında Ticari İşletme Rehni ve Hukuki Sorunlar, Bankacılar Dergisi, 2000, Sayı 32, sh. 86-87. ;
<http://www.tbb.org.tr/turkce/dergi/dergi32> 15.04.2008
- Karagöz, Y., 2002 *Liberal Öğretide Adalet, Hak ve Özgürlük*, C.Ü. Sosyal Bilimler Dergisi, C.26,
<http://www.cumhuriyet.edu.tr/edergi/makale/73.pdf> 15.01.2008
- Küçükyalçın, A., 2004 *Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması*, AÜHFD, Cilt. 53, Sayı 4, Ankara,
<http://auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-53-04/AUHF-2004-53-04-Kucukyalcin.pdf> 10.11.2008
- Pala Ceylan, 2008 *Tüketici Sözleşmelerinde Genel İşlem Şartları* (http://www.turkhukusitesi.com/makale_270.htm 08.09.2007