

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

MEDENİ HUKUKTA VE REKABET HUKUKUNDA
SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Fatma ÇELİK

05911934

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

MEDENİ HUKUKTA VE REKABET HUKUKUNDA
SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

Fatma ÇELİK

05911934

Tez Danışmanı

Prof. Dr. Vedat BUZ

Ankara-2008

T.C.
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK (MEDENİ HUKUK)
ANABİLİM DALI

MEDENİ HUKUKTA VE REKABET HUKUKUNDA
SÖZLEŞME YAPMA ZORUNLULUĞU

Yüksek Lisans Tezi

Tez Danışmanı: Prof. Dr. Vedat BUZ

Tez Jürisi Üyeleri

Adı ve Soyadı

İmzası

.....

.....

.....

.....

.....

.....

Tez Sınavı Tarihi

TÜRKİYE CUMHURİYETİ
ANKARA ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE

Bu belge ile, bu tezdeki bütün bilgilerin akademik kurallara ve etik davranış ilkelerine uygun olarak toplanıp sunulduğunu beyan ederim. Bu kural ve ilkelerin gereği olarak, çalışmada bana ait olmayan tüm veri, düşünce ve sonuçları andığımı ve kaynağını gösterdiğimi ayrıca beyan ederim 23.05.2008.

Fatma ÇELİK

İÇİNDEKİLER

İÇİNEDİKLER	I
KISALTMALAR	IV
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	3
--------------------------	---

§ 1. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ.....	6
I. ROMA HUKUKUNDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	6
II. ORTA ÇAĞDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	7
III. 17. VE 18. YÜZYILLARDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	7
IV. 19. VE 20. YÜZYILLARDA SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ	8
V. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ İLKESİNİN GÜNÜMÜZDEKİ YORUMU	9
§ 2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN POZİTİF HUKUKUMUZDAKİ YERİ.....	14
I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ANAYASAL BOYUTU	14
II. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN MEDENİ KANUN'DAKİ DAYANAKLARI	23
III. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DAYANAKLARI	24
§ 3. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ	31
I. SÖZLEŞME YAPIP YAPMAMA ÖZGÜRLÜĞÜ	31
II. SÖZLEŞMENİN TARAFINI SEÇME ÖZGÜRLÜĞÜ	32
III. SÖZLEŞMENİN KONUSUNU VE İÇERİĞİNİ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜ	33
IV. SÖZLEŞMENİN TİPİNİ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜ	33
V. SÖZLEŞMEYİ DEĞİŞTİRME VEYA SÖZLEŞMEYE SON VERME ÖZGÜRLÜĞÜ:.....	34
VI. ŞEKİL ÖZGÜRLÜĞÜ	35

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI	38
---------------------------------------	----

§ 4. DÜZENLEME SERBESTİSİNE GETİRİLEN SINIRLAMA	42
---	----

I. HUKUKA AYKIRI OLMAMA	43
A. EMREDİCİ KURALLARA AYKIRILIK	44
B. KAMU DÜZENİNE AYKIRILIK	46
C. KİŞİLİK HAKLARINA AYKIRILIK	50
II. GENEL AHLAKA AYKIRI OLMAMA	53
III. İMKÂNSIZ OLMAMA	56
§ 5. KURULUŞ SERBESTİSİNE GETİRİLEN SINIRLAMA	57
I. KAMU ORGANLARININ İZNİNE TABİ SÖZLEŞMELER	57
II. SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	60
A. HUKUKİ İŞLEMDEN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ-ÖNSÖZLEŞME	60
B. KANUNDAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	65
A. KAMU HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SÖZLEŞME YAPMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	65
B. ÖZEL HUKUKTAN KAYNAKLANAN SÖZLEŞME YAPMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	72

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ TEMELLERİ	74
§ 6. SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TANIMI	75
§ 7. MEDENİ HUKUKTA SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ	78
I. GENEL BİR SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ ÖNGÖRÜLEBİLİR Mİ?	
.....	78
A. GENEL BİR SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ BK MD. 7/3'E	
DAYANDIRAN GÖRÜŞ	79
B. GENEL BİR SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ MK 24'E	
DAYANDIRAN GÖRÜŞ	81
C. GENEL BİR SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ BK 41/2'YE	
DAYANDIRAN GÖRÜŞ	82
D. GENEL BİR SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ MK MD.	
2'YE DAYANDIRAN GÖRÜŞ	90
E. GENEL BİR SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ GÜVEN	
İLKESİ İLE BİRLİKTE BK MD. 6'YA DAYANDIRAN GÖRÜŞ	99
F. MAHKEME KARARLARI IŞIĞINDA SÖZLEŞME YAPMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	103

II. 4077 SAYILI KANUNDAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	110
III. 6570 SAYILI KANUNDAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	115
IV. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNDAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	118
V. DİĞER SINIRLAMALAR.....	121
§ 8. REKABET HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SÖZLEŞME YAPMA	
YÜKÜMLÜLÜĞÜ	125
I. REKABET HUKUKUNA GENEL BİR BAKIŞ.....	125
II. REKABET HUKUKUNDA SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ-	
ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ.....	128
A. ABD ANTİTRÖST HUKUKU VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA	
ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ.....	137
B. AB REKABET HUKUKU VE YARGI KARARLARI IŞIĞINDA	
ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ.....	142
D. TÜRK REKABET HUKUKU VE REKABET KURULU KARARLARI	
İŞIĞINDA ZORUNLU UNSUR DOKTRİNİ.....	149
SONUÇ.....	160
ABSTRACT	163
KAYNAKÇA.....	164

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ar-ge	: Araştırma ve Geliştirme
AT	: Avrupa Topluluğu
ATAD	: Avrupa Topluluğu Adalet Divanı
AY	: Anayasa
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
CMLR	: Common Market Law Reports
DOJ	: Department of Justice
dn.	: Dipnot
E.	: Esas
EC	: European Community
ECLR	: European Competition Law Review
ECR	: European Court Reports
ELRev	: European Law Review
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FTC	: Federal Trade Comission
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
Komisyon	: Avrupa Komisyonu

MK	: Medeni Kanun
OJ	: Official Journal of The EC Commission
S.	: Sayı
s.	: Sayfa
Vol	: Volume
Vd.	: Ve devamı
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
T.	: Tarih

GİRİŞ

Günümüzün egemen ekonomik düzeni olan liberal ekonomik düzenin temelinde serbest piyasa ekonomisi bulunmaktadır. Serbest piyasa ekonomisinin en önemli özelliği ekonomik birimlerin kararlarını özgürce alabilmeleri, kendilerine dışarıdan bir müdahalede bulunulamamasıdır. Bu ekonomik düzenin ortaya çıkıp kendini kabul ettirmesinde, kökleri Aydınlanma Çağı'na kadar uzanan irade özerkliği düşüncesi etkili olmuştur.

İrade özerkliğinin kabulü ile insana birey olma, özgür iradesi doğrultusunda hareket edebilme, temel hak ve özgürlüklerden yararlanma gibi haklar tanınmıştır. Buna göre gerek ekonomik yaşamda gerekse bireylerin diğer alanlardaki hukuki ilişkilerinde kendi iradeleri belirleyicidir, buna hukukta sözleşme özgürlüğü prensibi denilmektedir. Sözleşme özgürlüğü prensibi (özel mülkiyetin korunması ilkesi ile birlikte) bütün modern hukuk düzenlerinin benimsediği bir prensiptir ve hukuk düzeninin temel taşları arasında bulunmaktadır. Buna karşılık sözleşme özgürlüğü prensibinin (ekonomik açıdan veya bilgi eksikliği nedeniyle) zayıf olan taraf aleyhine kullanılması sözleşme özgürlüğünün belirli koşullar altında sınırlanması ihtiyacını doğurmuştur. Ekonomik ve sosyal yaşamın değişime uğramasının doğurduğu bu ihtiyaç sözleşme hukukunu da değiştirmiş ve devletin sözleşmelere daha sık müdahale etmesini sağlayan kanunlar yürürlüğe sokulmuştur.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlanmasına hukukun izin verdiği konularda sözleşme yapma yükümlülüğü veya sözleşme yapma zorunluluğu kavramı ile karşılaşılmaktadır. Bu kavram halen daha net olarak ortaya konulabilmiş ve kabul edilmiş olmasa da birçok hukuk dalında örnekleri görülmektedir.

Bu çalışmanın birinci bölümünde sözleşme özgürlüğü prensibi hem tarihi gelişimi hem de temel kanunlardaki yeri itibarıyla irdelenecek ve tüm yönleri ile ortaya koyulmaya çalışılacaktır. İkinci ve üçüncü bölümlerde ise bu çalışmanın asıl konusu olan sözleşme yapma zorunluluğu kavramı üzerinde durulacaktır.

İkinci bölümde sözleşme yapma özgürlüğünün sınırları genel olarak anlatılıp konu tanıtılacaktır. Ayrıca sözleşme yapma yükümlülüğünün kaynakları, görüldüğü hukuk dalları gibi konunun genel hatlarını ortaya koyan bilgilere yer verilecektir.

Üçüncü bölümde ise sözleşme yapma yükümlülüğünün hukuki dayanakları ayrıntılı olarak incelenecektir. Bu bölümde önce medeni hukuk alanında sözleşme yapma yükümlülüğüne yol açan düzenlemeler ve bunların uygulama koşulları aktarılacaktır. Daha sonra ise rekabet hukuku alanında sözleşme yapma yükümlülüğü kaynağı olarak gösterilen zorunlu unsur doktrini anlatılacak ve ABD’de, AB’de ve ülkemizde bu doktrine dayanılarak verilen kararlar kısaca özetlenecektir.

Sonuç olarak bu tezin amacı özel hukuk-borçlar hukuku alanında temel prensiplerden biri olan sözleşme özgürlüğünün belirli koşullar altında ortaya çıkan bir istisnası olan sözleşme yapma yükümlülüğünü tanıtmak, sözleşme yapma yükümlülüğünün hukuki dayanaklarını tartışmak ve bu yükümlülüğün hangi alanlarda-ne koşullara ortaya çıktığını anlatmaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

“İrade özgürlüğü” prensibi modern hukuk düzeninin önemli temellerinden bir olarak karşımıza çıkmaktadır. İrade özgürlüğü kişilerin yaşamlarını ve bu arada hukuki ilişkilerini kendi iradeleri doğrultusunda şekillendirdikleri varsayımına dayanmaktadır¹.

İrade özgürlüğü kavramı irade ve özgürlük kelimelerinden oluştuğuna göre öncelikle irade ve özgürlük kelimelerinin anlamına bakılarak kavramın anlamı hakkında fikir yürütülebilir. İrade(istenç) kişinin bir şeyi yapıp yapmamaya karar verme gücü, belli bir konu hakkındaki düşüncesini hayata geçirebilme yeteneği olarak tanımlanabilir. Özgürlük ise her türlü dış etkiden bağımsız olarak insanın kendi iradesine, kendi düşüncesine dayanarak karar vermesi durumu veya kişinin

¹ İrade özgürlüğü meselesinin asıl tartışıldığı alan hukuk değil felsefedir. Gerçekten de insan iradesinin özgür olup olmadığı sorusu hemen her dönemde düşünürleri meşgul etmiştir. İrade özgürlüğünü kabul etmeyen felsefi akım olarak kabul edilen determinizme göre her davranış ve olay kendinden önce gerçekleşen olay ve olgular tarafından belirlenmektedir. Dolayısıyla determinist düşünürlere göre insanın davranışları nedensellik bağı içinde önceden belirlenmektedir ve hür iradede bahsetmek mümkün değildir. Bu düşüncenin karşısında ise irade özgürlüğünü kabul eden endeterminist akım bulunmaktadır. Endeterministler insanın davranışlarını yönlendiren iç özgürlüğü, irade özerkliği kavramı altında, insanın kararlarını verirken seçim serbestisine sahip olması olarak tanımlamışlardır. İradenin özerkliği seçimde bulunurken kendisini etkileyen iç ve dış unsurları ayırt edebilmekten ve bunları akıl süzgecinden geçirip karar verebilme imkânından doğmaktadır. (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Güriz**, Adnan, İrade Hürriyeti, AÜHFD, 1965-1966, C. 12-13, S. 1-4, s. 635 vd.)

hukukça yasaklanmayan bir alanda hiçbir baskı altında kalmadan kendi iradesi doğrultusunda hareket edebilmesi olarak tanımlanmaktadır.

İrade özgürlüğüne sahip olan bireylerin hukuki ilişkilerini ve dolayısıyla sözleşmelerini kurarken özgürce hareket edebilmeleri gerektiği düşüncesi ahlaki, felsefi ve ekonomik gerekçelerle açıklanmaktadır. Buna göre kişiler kendi çıkarlarını en iyi hür iradeleri doğrultusunda davranarak koruyabilirler². İrade özgürlüğü prensibine göre insan aklı ve vicdanı ile kendisi için en uygun gördüğü davranışları tercih edip kendisini borç altına sokup hak sahibi yapabilmektedir. Bir diğer ifade ile insan kaderini tayin edebildiğinden seçimleri nedeniyle sorumlu tutulması da tabiidir.

İnsanın davranışlarının hukuk alanında sonuçlar doğurabilmesi ise hukuki işlemler ve bunların en yaygın türü olan sözleşmeler vasıtası ile olmaktadır. Böylece irade özgürlüğü prensibinin özel hukuk alanındaki yansıması sözleşme özgürlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Esasen irade özgürlüğü kavramı ile sözleşme özgürlüğü kavramı birbirini tamamlayan kavramlardır³. Özel hukukta bireylerin

² Felsefe alanında irade özgürlüğü doktrinin ilk savunucusu Kant'tır. Kant'ın deyimi ile *“Bir kimse, başkası için bir şeye karar verdiğinde; her zaman bazı adaletsizlikler yapması mümkün iken, kararı kendisi için verdiğinde bütün adaletsizlikler bertaraf olur.”* Kant'a göre birey evrensel ahlak kanununa yani “öz”üne uygun kararlar verdiği sürece pratik aklın (kamusal vicdanın) da sesi olacaktır. Böylece kişilere şu mesaj verilmektedir. *“Öyle hareket et ki senin hareketlerinin yasası, aynı zamanda başka insanların hareketleri için de bir ilke ve yasa olsun.”* **Güriz**, s. 92.

³ Eren'e göre iki kavramın birbirinin eş anlamlısı gibi kullanılmasının nedeni kişilerin özel borç ilişkilerini daha ziyade sözleşmeler ile düzenlemeleridir. **Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1998, C. 1, s. 269. Ayrıca Kocayusufpaşaoğlu da irade özerkliğinin Borçlar Hukuku alanında sözleşme serbestisi biçiminde kendini gösterdiğini ifade etmektedir. **Kocayusufpaşaoğlu**, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2008, s. 501.

iradesini dışı vuran hukuki işlemler ya (vasiyetname gibi) tek taraflı hukuki işlemler ile ya da sözleşmelerle gerçekleştirilmektedir. Tek taraflı hukuki işlemlerin sınırlı sayıda ve çok daha az başvurulmuş bir yöntem olması karşısında irade özgürlüğü genel olarak sözleşme özgürlüğü şeklinde hayata geçmektedir.

Sözleşmenin taraflarını bağlamasının nedeni o sözleşmeyi kurmak yönünde irade göstermiş olmalarıdır. İrade özgürlüğünün dışı yansıması sözleşme özgürlüğü ile gerçekleşmektedir.

Sözleşme özgürlüğü kişilerin hukuk düzeninin sınırları içinde dilekleri kişi ile diledikleri içerikte ve şekilde sözleşmeler yapabilmesi anlamına gelmektedir⁴. Sözleşme özgürlüğü özellikle liberal ekonominin ve liberal hukuk sistemlerinin dünyada kabul görmesi ile hukuk sistemlerinde merkezi bir konuma getirilmiştir. Ayrıca sözleşme özgürlüğünün kabulünde ekonomik liberalizm kadar tabii hukuk doktrininin de etkili olduğunu belirtmek gerekir.

Ancak hukuki ilişkilerin giderek karmaşık hale gelmesi ve sözleşme özgürlüğünün sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü olanlar tarafından zayıflar aleyhinde bir silah olarak kullanılmaya başlanması üzerine bu özgürlüğün sınırlarının belirlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Bir diğer ifade ile şekli olarak sözleşme görüşmelerinde eşit kabul edilen taraflara tanınan özgürlük maddi sözleşme adaletini sağlamaya yeterli olamamış, bu adaleti tesis etmek üzere sosyal devlet zayıfı koruyucu politikalar geliştirmiştir.

⁴ Tekinmay/Akman/Burcuoğlu/Altö, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, s.362 vd.; Eren, s. 275 vd.; Ögüzman/Öz, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2000, s. 19 vd.; Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku, Ankara, 2002, s. 149.

Sözleşme özgürlüğünün gelişim sürecine kısaca göz atmak gerekirse şöyle bir tablo ile karşılaşılacaktır:

§ 1. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN TARİHİ GELİŞİMİ

I. Roma Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü

Roma Hukukunda sözleşme özgürlüğü kavramından bahsetmek mümkün değildir; zira borcun doğumu ve “*actio*” (dava) ile takip edilebilmesi için taraf iradelerinin yanında kurulmak istenen sözleşmenin *Ius Civile*’de tanınmış olması gerekmektedir⁵. *Ius Civile*’de tanınan sözleşme tipleri ise ayni, sözlü, yazılı ve rızai sözleşmelerden ibaretti.

Ayni sözleşmeler konusu bir “*res*” (şey) olan ve günümüzün karz veya ödünç sözleşmesine benzetilebilecek olan sözleşmelerdir. Sözlü sözleşmelerde tarafların rızasını belirli şekillerde açıklamaları gerekmekte olup bunlar, belirli soru-cevap kalıplarının tekrar edilmesi yoluyla kurulan sözleşmelerdir. Yazılı sözleşmeler ise günümüzdeki anlamlarından farklı olarak aile reisinin günlük hesap defterlerine düştüğü kayıtlar ile oluşmaktadırlar. Rızai sözleşmelerde tarafların hiçbir şekil kuralına uymaları zorunlu değildir. Ancak rızai sözleşmeler sadece dört sözleşme tipi bakımından kurulabilmekteydi. Bunlar: *emptio venditio* (alım satım), *locatio conductio* (kira, hizmet, istisna), *societas* (şirket), *mandatum* (vekalet) sözleşmeleridir. Roma hukukunda sözleşme adaletinin sağlanması veya edimler arasında denge kurulması gibi ilkeler de kurum olarak mevcut değildir, istisnaen

⁵ Karadeniz Çelebican Ö., Roma Hukuku, AÜHF Yay., No:518, Ankara, 1997, s. 219 vd.; Küçükyalçın A., Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğü’nün Sınırlandırılması, AÜHFD, C. 53, S. 4, s. 101 vd.

laesio enormis (adil sözleşme koşulları) edimler arası denge kurulmasında başvurulmuş bir ilke olmuştur. Ayrıca zaman içinde ticaretin gelişmesi ve yeni sözleşme türlerine duyulan ihtiyaç ile sözleşme özgürlüğü seviyesine varmamakla birlikte *pretorların* tanıdığı koruma ve İmparatorların tanıdığı *constitutio'lar* ile isimsiz akitlerin geçerli olarak kurulabilmesi mümkün olmuştur⁶.

II. Orta Çağda Sözleşme Özgürlüğü

Orta Çağda toprak hâkimiyeti ve katı sosyal statülerin şekillendirdiği toplumsal hayatta (statü hukukunda) sözleşme özgürlüğünün yeri olmamıştır. Bireylerin Tanrı tarafından şekillenen bir kadere göre soylu, serf (köle) veya din görevlisi olarak doğup ait oldukları sınıfın kurallarına göre hayatlarını tamamlayacakları kabul edilmiştir⁷. Toprak mülkiyetine göre belirlenen sosyal statü nedeniyle bireylerin iradeleri ile hak ve borç doğurmaları mümkün görülmemiştir.

III. 17. ve 18. Yüzyıllarda Sözleşme Özgürlüğü

17. ve 18. yüzyıllarda ise meslek örgütlerinin doğması, ticaretin gelişmesi ve burjuvazinin doğması ile bireyin özgür olduğu düşüncesi yayılmaya başlamış böylece irade özgürlüğü prensibinin de temelleri atılmıştır. Bireyin özgürlüğünü ilan eden Aydınlanma Çağı, Rönesans ve Reform hareketleri ile güçlenmiş ve 1789'da Fransız Devrimi ile toplumsal hayattaki etkisini ortaya koymuştur. İnsanın doğuştan

⁶ Küçükyalçın, s. 103.

⁷ Rehbinden, (Çev. H. S. Türk), Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri, AÜHFD, C. 26, S. 1-2, S. 83 vd.; Sirmen, Lale, Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Oğuzoğlu Armağanı, s. 441 vd.; Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001, s. 10 vd.

vazgeçilmez ve devredilmez haklara sahip olduğu, yasalar önünde kişilerin eşit konumda bulunduğu gibi esaslar Fransız Devriminden sonra benimsenmiştir.

Fransız Devrimi ile düşünsel temelleri güçlenen özgürlük, yasa önünde eşitlik gibi kavramlar 19. yüzyılda yaşanan Endüstri Devrimi ile ekonomik hayata geçirilmiştir. Endüstri devrimi ekonomik sistemin zirai üretimden sanayiye kaymasını ve paraya dayalı ekonomik sistemin kabul edilmesini sağlamıştır. Serbest piyasa ekonomisinin kabul edilmesi ile birlikte ekonomik olaylarda yönetimin müdahale etmemesi, fiyatların arz ve talebin etkileşimi ile tespit edilmesi ilkeleri kabul edilmiştir. Devletin sosyal hayattaki koruyucu rolünün reddedilmesi ve tarafların her alandaki özgürlüğünün kurulması ile gerçek sosyal adaletin sağlanabileceği düşüncesi benimsenmiştir. Her alanda sınırsız özgürlüğü kabul eden liberal felsefeye göre, devletin müdahalesine karşı bireyin kişisel ve ekonomik özgürlüğünün korunması, ekonomide serbest rekabetin sağlanması ve desteklenmesi, bireyin kendi kendisini yönetmesi gerekmektedir. Gerçek özgürlüğün sağlanması ancak mülkiyet hakkının mutlaklığının ve kutsallığının kabulü ile mümkündür. Liberal ekonomik sistemin irade ve sözleşme özgürlüklerini temel alan yapısı sayesinde devlet merkezi olarak düzenleyemeyeceği kapsamda olan özel hukuk ilişkilerinin yükünden kurtulmuş, bu alanın esnek ve yeniliklere açık halde kalması mümkün olmuştur.

IV. 19. ve 20. Yüzyıllarda Sözleşme Özgürlüğü

19. ve 20. yüzyıllar sözleşme özgürlüğü ilkesinin yükselme ve hakimiyet devirleri olarak yaşanmıştır. 19. yy. hukukçularına göre “ *qui dit contractuel, dit juste*” (sözleşme ile kararlaştırılan her zaman adildir) ilkesi geçerli olmuştur. Tarafların kendileri için en iyi olanı bilecekleri, kendi menfaatlerini en iyi şekilde

koruyabilecekleri ve sözleşme yoluyla aralarındaki çıkar çatışmasını uzlaştırmaya dönüştürebilecekleri kabul edilmiştir⁸.

Sözleşme serbestisinin uygulanması ile ticaret gelişmiş, teşebbüs hürriyeti ve zenginlik artmış, kapitalist düzen sosyal sınıflar arasında derin eşitsizlikler ortaya çıkarmıştır. Kısaca kişisel mülkiyet ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin sınırsızca uygulanması kendilerinden beklenen adaleti sağlayamamıştır. Küçük esnafın ve işçilerin ekonomiden pay alması neredeyse imkânsız hale gelmiş, işçi ve işverenler arasındaki ekonomik uçurum zayıf olan tarafın yaşam hakkını dahi tehdit eder boyutlara ulaşmıştır. Bu ekonomik ortamda sözleşme özgürlüğü ilkesi, ekonomik ve sosyal açıdan güçlü olanlarca kötüye kullanılan bir özgürlüğe dönüşmüştür. Bütün bu sosyal adaletsizlikler zamanla kişisel mülkiyet ve sözleşme özgürlüğü ilkelerinin yeniden eleştirel bir bakış açısıyla değerlendirilmesini beraberinde getirmiştir. Sonuçta sözleşme özgürlüğünün toplumun faydası ve sosyal adalet ilkeleri lehine sınırlandırılması gerektiği fikri kabul görmüştür.

V. Sözleşme Özgürlüğü İlkesinin Günümüzdeki Yorumu

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlarının çizilmesi ihtiyacı öncelikle sosyal devlet anlayışının yükselmesi ile mümkün olmuştur. Herkese insan onuruna yakışır bir hayat sürdürebilme imkânı sunma prensibinden hareket eden sosyal devlet anlayışı sayesinde, klasik sözleşme hürriyeti yerine pratik değeri olan ve herkes için işlevselliği bulunan bir sözleşme hürriyeti kavramına geçilebilmiştir.

⁸ **Atamer**, s. 17, **Ateş D.**, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007, s.

Klasik anlamda sözleşme özgürlüğü ilkesi güçlü olan tarafın kendi lehine koşullar koymasına imkan tanınması zaman içinde toplumda büyük eşitsizliklerin ve rahatsızlıkların doğmasına neden olmuştu. Buna çare olarak özgürlüklerin şekli anlamda, sadece kâğıt üzerinde kalmalarının önlenmesi için sosyal demokrasi, fırsat eşitliği, sözleşmelerin ve mülkiyetin sosyal kontrolü gibi kavramlar geliştirilmiştir. Sosyal devlet ilkesinin hayata geçirilmesinde devlet sözleşmeler ve mülkiyet üzerinde bir kontrol mekanizması olarak devreye sokulmak istenmiştir. Bu durumda mülkiyet kişiselliğini kaybetmeyecek; fakat artık üzerinde sınırsızca bir tasarruf serbestisi de söz konusu olmayacaktır. Kamu yararı tasarruf serbestisine bir sınır olarak getirilecek, devletin olumlu müdahalesi, malikin mülkü dolayısı ile başkaları üzerinde baskı kurmasına ve onların özgürlüklerini kısıtlamasına engel olacaktır. Böylece hem mülkiyet hakkının hem de sözleşme özgürlüğünün hayata geçmesinde sosyal adalet ve kamu yararı prensipleri de dikkate alınabilecektir⁹.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sınırlandırılmasında sosyal devlet ilkesinin yanında etkili olan bir diğer gelişme ise ekonomide ve bunun uzantısı olarak gelişen ekonomi hukukundaki yeni ihtiyaçlara çözüm bulabilme arayışı olmuştur.

Ekonomik alanda giderek daha karmaşık ve teknik ilişki türleri ortaya çıkmış, bu da zamanla İş Hukuku, Tüketici Hukuku, Rekabet Hukuku gibi yeni hukuk dallarının ortaya çıkmasına neden olmuştur. Ortaya çıkan her yeni hukuk dalı, kendi özel düzenlemelerini getirmiş, böylece sözleşme hukukunun genel hükümlerinin uygulama alanı gittikçe daralmıştır. Genel bir ifade ile liberal devletin biçimsel hukukundan, iyi niyet, ahlak, insan onuru gibi genel toplumsal kavramları içeren

⁹ İpek Mehtap, Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, www.yok.gov.tr, s. 42 vd.

hukuka geçilmiştir. Esasen nüfusun artması, şehirlerin kalabalıklaşması, üretim süreçlerinin çok daha karmaşık hale gelmesi ve ticarete girift ilişki ağlarının oluşması neticesinde hukukun da bu gelişmelere ayak uydurarak daha ayrıntılı düzenlemelere yer vermesi kaçınılmaz hale gelmiştir. Hukuki düzenlemelerin ayrıntısı çoğaldıkça tarafların özgür iradelerine bırakılan alan daralmıştır. Buna bir de zayıf koruma düşüncesinin egemen olduğu tüketici hukuku, iş hukuku, rekabet hukuku, taşınmazlara ilişkin kira hukuku gibi alanlardaki koruyucu amaçla sözleşme özgürlüğünü sınırlayan düzenlemeler de eklenince sözleşme özgürlüğünün yeniden yorumlandığı sonucu ortaya çıkmaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün çağımızda yeniden yorumlanarak sınırlarının daraltılması başlangıçta hukukçuların ve hukuk felsefecilerinin tepkisini toplamıştır. Buna “sözleşme hukukundan orta çağın statü hukukuna dönüş” adı verilmesi tepkinin büyüklüğünü göstermesi bakımından vurucu bir isimlendirmedir. Rehbinden bu hususa ilişkin şu ifadelere yer vermektedir: “... *milletlerarası literatürde bu sorunun*¹⁰ *nasil cevaplandırıldığına bakarsak, modern hukukun bir statü hukukuna dönüş yolunda bulunduğu ifadesine sık sık rastlarız. Bu görüş şöyle özetlenebilir: Önceki gelişmenin niteliği bireyin hukukî durumunu korporatif toplumun eski hiyerarşik bağlarından çözen ve geniş ölçüde sözleşme hürriyeti sağlayarak bireye kendi ilişkilerini serbestçe şekillendirme imkânı veren bir liberalleşme eğilimi iken, şimdi uzunca bir zamandır ortaya çıkmış bir karşı hareket tespit edilebilir. Gerek sosyalist ülkelerde, gerek Batı tipi demokrasilerde hukuk konulan yığı, bireyin otonomi alanını sosyal statüde düğümlenen hukukî bağlar lehine gitgide daha çok sınırlayan açıkça güdümcü özellikler arz etmektedir. Nasıl eskiden «statü*

¹⁰ Yazar hukukun gelişme eğilimleri sorunundan söz etmektedir.

hukukundan sözleşme hukukuna gelişme» sözü edildiyse, şimdi de «statü hukukuna dönüş» manzarası görülüyor¹¹.”

Yukarıda yer verilen sert yorumlar zaman içinde azınlık görüşüne dönüşmüştür. Sözleşme özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın sözleşme kavramı ile bağdaşamayacağını söyleyen yazarlar dahi bu sınırlamanın sözleşme hukukundaki gelişmeye paralel olarak arttığını kabul etmektedirler. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılması gerektiği düşüncesinin gelişen toplum koşullarına ayak uydurma olarak nitelendirilebileceği günümüzde yaygın bir kanıdır. Hatta sözleşme özgürlüğünün mutlak bir özgürlük olarak kabul edilemeyeceği liberalistler tarafından dahi kabul edilmiştir. Çünkü her hukuk süjesinin hürriyeti bir diğer hukuk süjesinin hürriyetini kısıtlamadığı müddetçe korunmaktadır.

Bu anlamda günümüzde de esas prensip sözleşme özgürlüğünün varlığıdır. Ancak piyasa ekonomisinin ilerlemesi, geniş kapsamlı ve karmaşık ekonomik

¹¹ **Rehbinder** Manfred, (Çev. Hikmet Sami Türk), Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri, AÜHFD, 1969, C. 26, S. 1-2, s.79; Krş. H. B. **Sales**: Standard Form Contracts, The Modern Law Review 16 (1953), s. 318, 342: «return to status» [statüye dönüş]; ayrıca **Nathan** Isaacs: The Standardizing of Contracts, Yale Law Journal 27 (1917/18), s. 34, 37-39; **Paul Vinogradoff**: Collected Papers, C. II (1928), s. 230-238; **Carleton K. Ailen**: Introduction to Henry Summer Maine: Ancient Law, The World's Classics No. 362 (1931), s. XXVI; **Roscoe Pound**: Introduction to R. H. Graveson, Status in the Common Law, 1953, s. XI; **Rudolf Wiethölter**: Die Einwirkung des Sozialstaatsgedankens auf das Vertrags - und Wirtschaftsrecht, Vortragsprotokoll, Rabels Z., 29 (1965), s. 806, 807. Sosyalist ülkeler için krş. **K. Grzybovski**: From Contract to Status, V. Gsovski / K. Grzybovski (yayımlayan) : Government, Law and Courts in the Soviet Union and Eastern Europe, C. 2 (1959), s. 1392-1409, özellikle s. 1396.

ilişkilerin ortaya çıkması ve bunların etkisiyle sözleşme hukukunun kaydettiği gelişme nedeniyle sözleşme özgürlüğü daha rasyonel bir zemine oturtulmuştur. Standart sözleşmelerin, genel işlem şartlarının, toplu sözleşmelerin akdedilmesinin altında yatan sebeplerden biri işlem kolaylığı ise bir diğeri de işlem güvenliğidir. Bu şekilde sözleşme özgürlüğü ilkesi kişinin güvenliği ilkesi ile dengelenmektedir¹². Neticede ise ekonomik işlemlerin kısıtlanması değil; birey lehine kolaylaştırılması sonucu doğmaktadır. Devletin sözleşme hukukuna müdahalesi şekli hak eşitliğini fırsat eşitliğine dönüştürme fikrinin bir yansıması olmuştur.

Sözleşme özgürlüğünün sınırlanması veya ödev ve sorumluluklar ile dengelenmesi gerektiği düşüncesi 1982 Anayasası'nda da ifadesini bulmuştur. Temel hak ve özgürlüklerin niteliğini belirleyen 12. maddenin 2. fıkrasında “*temel hak ve hürriyetler, kişinin, topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder*” kuralı yer almış; Böylece özgürlüklerin sınır ödev ve sorumluluklar ile çizilmiştir. Madde gerekçesine göre, “*Kişi sahip olduğu hak ve hürriyetleri kendi iradesine göre kullanırken bu ödev ve sorumlulukları da göz önünde bulundurmak zorundadır*. Bu ifadeler, özgürlüklerin herkes için sınırının başkalarının özgürlüğünün sınırı olduğu şeklindeki tabii hukuk prensibinin bir yansıması olarak değerlendirilmektedir. Bir diğer ifade ile bütün temel hak ve hürriyetlerde olduğu gibi sözleşme hürriyetinde de şu genel kural geçerlidir: “*Kişinin hududu hürriyeti başkasının hududu hürriyetidir.*”

¹² Sözleşme özgürlüğü ilkesinin kişi güvenliğine katkısını örneğin genel işlem şartlarının denetiminde veya sözleşme yapma yükümlülüğü getirilerek hakim durumun kötüye kullanılmasının engellenmesinde görmek mümkündür.

§ 2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN POZİTİF HUKUKUMUZDAKİ YERİ

Modern hukuk düzeni de diyebileceğimiz liberal sistemi benimseyen bütün ülkelerde olduğu gibi Türk hukukunda da sözleşme özgürlüğü borçlar hukukunun en temel prensiplerindendir ve bu özgürlük Anayasa, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu ile güvence altına alınmıştır.

I. Sözleşme Özgürlüğünün Anayasal Boyutu

1982 Anayasası'nın 48. maddesine göre:

“Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır”¹³.”

Esasen bir temel hak ve özgürlük olan sözleşme özgürlüğü, 1982 Anayasası'nın Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler bölümünde Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti başlığı altında düzenlenmiştir¹⁴. Anayasanın bağlayıcılığı ve

¹³ 1982 Anayasası'nın 48. maddesinin gerekçesinde; “Hürriyet temeline dayalı bir toplumda irade serbestliği çerçevesinde ferdin sözleşme yapma, meslek seçme ve çalışma hürriyetlerinin garantide olması tabiidir. Ancak bu hürriyetler kamu yararı amacı ile ve kanunla sınırlandırılabilir.” ifadelerine yer verilmiştir. Hukukta kanunların gerekçeleri değil metinleri bağlayıcı olduğundan Anayasada yer almayan bir sınırlama nedeninin sırf gerekçede yer verilmesi nedeniyle bağlayıcı hale gelemeyeceği düşünülmektedir. **Sağlam M.**, Anayasa Yargısı, S. 19, s.254.

¹⁴ 1982 Anayasası'nın 48. maddesindeki düzenleme 1960 Anayasası'nın 40. maddesinde düzenlenmekte idi ve 40 madde “Temel Hak ve Ödevler” bölümünde yer almaktaydı. 48. maddenin ise “Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler” bölümünde yer almış olması eleştirilmekte ve hükmün

üstünlüğü prensibini getiren 11. maddeye göre ise kanunlar Anayasa'ya aykırı olamazlar. Böylece sözleşme özgürlüğü ilkesi de hukuk düzeninin tümü için bağlayıcı ve kanunla sınırlandırılabilir bir hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira 48. maddenin gerekçesine bakıldığında da, temeli özgürlüğe dayanan bir toplumun fertlerinin, irade hürriyeti çerçevesinde sözleşme ve çalışma hürriyetlerine sahip olmalarının koruma altına alınmasının gerekliliği vurgulanmıştır¹⁵.

Bununla birlikte Anayasa'da yer alan tüm temel hak ve özgürlükleri ilişkin hükümler gibi sözleşme özgürlüğü ilkesi de özel hukuk alanında doğrudan doğruya uygulanmaz. Çünkü Anayasa hükümleri devlet ile kişiler arasındaki dikey ilişkileri düzenlemektedir ve kişiler arasındaki yatay ilişkiler bakımından doğrudan doğruya değil ancak çerçeve normların¹⁶ içeriğinin belirlenmesinde yardımcı (dolaylı) olarak uygulanırlar^{17 18}.

1960 Anayasasındaki yerinin önemine daha iyi vurgu yaptığı belirtilmektedir. Konu ile ilgili olarak bkz. **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 362; **Altaş H.**, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998, s. 44; **Başpınar V.**, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, s. 13.

¹⁵ **Kuzu B.**, Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1997, s.77.

¹⁶ Çerçeve normlar kanunlardaki içeriği somut olarak belli olmayan içerdikleri hüküm içi boşluların hakim tarafından doldurulduğu düzenlemelerdir. Dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması yasağı, genel ahlak, kamu düzeni, hakkaniyet gibi kavramlar çerçeve normlara örnek gösterilebilir.

¹⁷ Daha geniş açıklama için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 502, dn. 4.

¹⁸ “Anayasa hükümlerinin özel hukuk hükümleri üzerindeki etkisi” kavramı ile “Anayasaya uygun yorum” ilkelerinin iki farkı kavram olduğu hatırlatılmalıdır. Birinci kavrama göre özetle Anayasa hükümleri özel hukuk alanında kişiliği geliştirme hakkı ile sınırlandırılmış olarak ve dolaylı bir biçimde uygulanabilecektir. İkinci kavram olan Anayasaya uygun yorum ilkesi ise bir yasa kuralının

Sözleşme özgürlüğünün bir temel hak olarak tanındığı 1982 Anayasası'nda bu hakkın kanunla ve Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen ölçütlere¹⁹ bağlı kalınarak sınırlandırılabilceğı genel olarak kabul edilmektedir. Ancak 2001 yılında 4709 sayılı Kanun ile yapılan Anayasa değışikliklerinden sonra çalışma ve sözleşme özgürlüğünün kanunla sınırlanıp sınırlanamayacağı Anayasa hukukçuları arasında tartışmalı hale gelmiştir. Tartışmanın taraflarını ve içeriğini açıklamaya geçmeden önce Anayasa'nın 13. maddesinin özgün hali ile değıştirilmiş şekli aşağıda aktarılmaktadır. 13. maddenin değıştirilmeden önceki metni şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, Devlerin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, Cumhuriyetini milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlakın ve genel sağlığın korunması ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir.

Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamazlar.

Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir.”

Görüldüğü üzere 13. maddede değışiklik öncesinde dokuz adet genel sınırlama sebebine yer verilmiş ve genel sınırlama sebeplerinin tüm hak ve

değışik biçimlerde yorumlanabildiğı hallerde Anayasaya en uygun olan yorum tarzının benimsenmesi esasını getirmektedir.

¹⁹ Anayasanın 13. maddesinde benimsenen sınırlama kriterlerine göre öncelikle sınırlama kanun eliyle yapılabilir ve getirilen sınırlama Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.

hürriyetler bakımından geçerli olduğu açıkça ifade edilmiştir. 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması ile ilgili reform niteliğinde bir değişiklik yapılarak genel sınırlama sebepleri kaldırılmıştır. Bunun yerine temel hak ve özgürlüklerin sadece kendi düzenlendikleri maddede öngörülen özel sebeplere sınırlandırılabilmesi esası benimsenmiştir. Bu değişiklik ile 1982 Anayasası Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 17. maddesi ile de paralel hale gelmiştir. Genel sınırlama sebeplerinin kaldırılması insan haklarına saygı anlayışının yerleşmesi ve temel özgürlüklere bağlılık açısından olumlu bir gelişme olarak kabul edilmiştir. Anayasa'nın 13. maddesinin değişiklikten sonraki güncel hali şöyledir:

“Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz.”

Anayasa'nın 13. maddesinin yeni şeklinin sözleşme özgürlüğü konusunda tartışmalara neden olmasının sebebi çalışma ve sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. maddede özel sınırlama sebebi getirilmemiş olmasından kaynaklanmıştır. Bu durum akıllara sözleşme özgürlüğünü sınırlayan kanun hükümlerinin 2001 Anayasa değişikliğinden sonra Anayasaya aykırı hale gelip gelmediği sorusunu getirmiştir. Bu soruya Anayasa hukukçuları iki değişik cevap vermiştir.

Gözler tarafından ifade edilen birinci görüşe göre²⁰ genel sınırlama sebeplerinin Anayasanın 13. maddesinden çıkarılması sonucunda (aralarında

²⁰ **Gözler** K., Anayasa Değişikliğinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri, Ank. Bar. Der., Yıl 2001, S. 3-4, s. 64 vd.; aynı yazar, 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, Anayasa Yargısı, S. 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları (Nr. 29), 2002, s. 349.

sözleşme özgürlüğünün de bulunduğu) düzenlendiği maddede özel sınırlama sebebi öngörülmeven bazı temel hak ve özgürlükler tamamıyla sınırsız hale gelmiştir. Gözler'e göre genel sınırlama sebeplerinin öngörülmediği bir durumda herkesin istediği mesleği icra edebilmesi, istediği sözleşmeyi yapabilmesi mümkündür. Örneğin uyuşturucu imalatı ve ticareti, fuhuş amacıyla bir işletmenin açılması veya doktorluk, avukatlık gibi mesleklerin hiçbir diploma veya ruhsat olmaksızın icra edilebilmesi²¹ gerekmektedir. Gözler genel ahlak, genel sağlık, kamu düzeni gibi kavramların Anayasal sistemimizden dışlandığını; bu terimleri içeren BK 19-20 dahil sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan tüm hukuki düzenlemelerin Anayasaya aykırı hale geldiğini savunmaktadır.

Gözler tarafından savunulan bu görüş katı bir pozitivist yaklaşım içerdiği ve hukuki sorunları çözmekten ziyade sorunları derinleştirdiği gerekçeleriyle eleştirilmiştir. Meseleyi normun/hakkın objektif koruma alanı teorisi (temel hakkın nesnel sınırlılığı), pratik uyuşum ilkesi gibi ölçütlerin uygulanması halinde eşyanın doğası gereği var olan sınırlama sebeplerine ulaşılabilceği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir²².

Öncelikle hak ve özgürlüklere hiçbir sınırlama getirilmese bile bunların kendi doğalarından ve niteliklerinden kaynaklanan sınırlarının bulunduğu, hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması hukukun genel ilkelerinden de çıkarılabileceği,

²¹ Daha fazla örnek için bkz. Anayasa Yargısı, S. 19, s. 350 vd.

²² Bu yönde Aliefendioğlu'nun, M. Sağlam'ın ve F. Sağlam'ın görüşleri için bkz. Anayasa Yargısı, S. 19, s. 141 vd.

bunun için Anayasal hüküm koyulmasına gerek bulunmadığı, yargı organlarının bunu saptamaya yetkili olduğu görüşü benimsenmektedir²³.

Temel hakların nesnel sınırlılığı (normun/hakkın objektif koruma alanı teorisi)²⁴ ölçütüne göre ise her temel hak normatif yapısı gereği belli bir nesnel alanda geçerlidir. Norm, içeriği nesnel olarak belirlenmiş bir düzen modelidir. Normun nesnel alanını ise norm ile ilişki içinde olabilecek her türlü nesnel veri oluştur. Bu görüşe göre sınırlama açısından öncelikle araştırılması gereken sorun, temel hakların nasıl sınırlanacağı değil, norm programı ve norm analiziyle araştırılacak olan normun “*geçerlilik muhtevasının*” nereye kadar uzanacağı konusudur. Bunu tespit ederken göz önünde tutulacak nokta, temel hak kullanımı olarak gözükebilecek eylem biçim ve olanaklarının o temel hakkın norm alanı ile olan bağlantı derecesidir. Bu anlamda yalnızca norm alanı ile nesnel bir bağlantı içinde sayılabilecek temel hak kullanımları o hakkın geçerlilik alanı (koruma alanı) içindedir²⁵. Dolayısıyla bir temel hak kullanımı ile arızı bağı bulunan davranış biçimleri korunmamaktadır. Bu türden temel hakkın koruma alanı dışındaki davranış biçimleri temel hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıdığından korunmaya değer değildirler.

Normun koruma alanının hangi davranış biçimlerini kapsadığı ise somut olaya göre hukukta geçerli yorum metotlarına başvurularak belirlenecek, bu yapılırken temel hak normunun lafzı, amacı, sistematik konumu, tarihsel amacı gibi hususlar göz önünde bulundurulacaktır. Teori özünde temel hak ve özgürlük normları

²³ **Tanör B., Yüzbaşıoğlu N.**, 1982 Anayasasına Göre Türk anayasa Hukuku, İstanbul, 2000, s. 141.

²⁴ **Sağlam F.**, Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, 1982, s. 32 vd.

²⁵ **Kırca, Çiğdem**, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara, 2004, s. 16.

hakkında hiçbir sınırlama sebebi öngörülme bile bunların kendi nesnel koruma alanları ile sınırlı olduklarını varsaymaktadır. Sözleşme özgürlüğünün zayıfları sömürecek nitelikte veya genel ahlaka aykırı bir alanda kullanılması temel hakkın koruma alanı dışında kalacağından bu türden durumlarda sözleşme özgürlüğünden bahsedilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır.

Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması söz konusu olduğunda dikkate alınması gereken bir diğer ölçüt ise, Anayasal sınırlılık ölçütüdür. Anayasal sınırlılık ölçütü genel norm-özel norm ayrımı ve pratik uyum ilkesinden oluşan ikili bir değerlendirme mekanizması sunmaktadır.

Genel norm-özel norm ayrımına göre eğer Anayasa’da aynı konuda birisi genel diğeri özel nitelik taşıyan iki kural varsa, özel norm uygulanacaktır. Bu genel yorum ilkesi uyarınca özel normun geçerli olduğu alan uygulanacak ve genel normun tanıdığı özgürlük alanı sınırlandırılmış olacaktır²⁶.

Aralarında genel norm-özel norm ilişkisi bulunmayan iki temel hak normunun birbiriyle veya başka bir Anayasal normla çatışması durumunda ise pratik uyum ilkesi devreye girmektedir. Bu ilkeye göre her bir temel hak normunun

²⁶ Bu özel norm genel norm ilişkisi AY md. 48 ile md. 167 arasında kurularak 167. madde ile devlete verilen piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemelerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri almak, tekelleşme ve kartelleşmeyi önlemek görevlerinin sözleşme özgürlüğünü düzenleyen 48. madde karşısında özel norm niteliği taşıdığı söylenebilir. Dolayısıyla 167. maddenin hayata geçirilmesini sağlayan 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 6. maddesinde hakim durumdaki teşebbüs aleyhine dolaylı olarak öngörülen sözleşme yapma yükümlülüğünün Anayasal temelleri bakımından problemli bir zeminde bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

varlıklarını optimal düzeyde koruyacak şekilde ve olabildiğince sınırlı olarak yorumlanması ile sınırlama ölçütü tespit edilmektedir.

Ayrıca her ne kadar çalışma ve sözleşme özgürlüğü konusunda Anayasanın 48. maddesinde özel sınırlama sebebine yer verilmemişse de ikinci fıkrada “*Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır*” ifadesi benimsenmiştir. Ayrıca Anayasa’nın başka maddelerinde de bu türden “tedbir alır”, “gerekli düzenlemeleri yapar” gibi ifadeler bulunmaktadır. Bazı yazarlar²⁷ bu gibi ifadelerin de özel sınırlama sebebi benimsenmesinde destekleyici yan unsurlar olarak kabul edilebileceğini savunmaktadırlar.

Netice olarak 2001 yılında yapılan Anayasa değişiklikleri ile temel hak ve hürriyetlere ilişkin genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmış böylece sözleşme özgürlüğü bakımından da ülkemizde daha çok serbesti tanıyan bir düzene geçilmiştir. Ancak çalışma ve sözleşme özgürlüğü konusunda özel sınırlama sebebine ilgili 48. maddede yer verilmemiş olması sözleşme özgürlüğünün kanunla sınırlanıp sınırlanamayacağına dair tartışmalara yol açmıştır. Konuyla ilgili olarak doktrinde ortaya çıkan baskın görüş bir özgürlüğün sınırlarının Anayasa’da hiç belirlenmemiş olmasının o özgürlüğün kayıtsız şartsız ve mutlak bir özgürlük olduğu anlamına gelemeyeceği şeklindedir. Biz de, bütün hak ve özgürlüklerin, anayasada belirtilmese dahi, niteliklerinden ve eşyanın tabiatından kaynaklanan doğal sınırlarının bulunduğu; özgürlüklerin toplumda paylaşılacağı ve eşit kullanılacağı ilkelerinin bizi bu sonuca ulaştıracağı düşüncesine katılıyoruz.

²⁷ Örneğin Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı, S. 19, s. 271.

Konuya mülkiyet hakkını düzenleyen Anayasa'nın 35. maddesi ve piyasaların denetimi ve dış ticaretin düzenlenmesi konusundaki 167. maddesi açısından yaklaşıldığında da sözleşme yapma yükümlülüğünün kabul edilmesinin anayasal açıdan mümkün olduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

Sözleşme yapma yükümlülüğü getirilebilmesini mülkiyet hakkını düzenleyen Anayasa'nın 35. maddesine dayandırma düşüncesinin temelinde sözleşme yapma yükümlülüğünün mülkiyet hakkını kısıtladığı varsayımı yatmaktadır. Anayasa'nın anılan 35. maddesi aşağıdaki gibidir:

“ Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir.

Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir.

Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.”

Anayasa'nın 35. maddesinin 2. ve 3. fıkrasına dayanılması sözleşme yapma yükümlülüğünü Anayasa'ya uygun hale getirir ve kısıtlanan sözleşme özgürlüğü ile mülkiyet hakkının kullanımı kamu yararına hizmet eden bir niteliğe bürünür²⁸.

Sözleşme yapma yükümlülüğü getirilerek sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılmasına Anayasal dayanak oluşturan bir diğer hüküm ise Anayasa'nın 167. maddesinin 1. fıkrasıdır. Anılan hüküm şöyledir:

²⁸ **Gürzumar** Osman Berat, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara, 2006, s. 43.

“Devlet, para, kredi, sermaye, mal ve hizmet piyasalarının sağlıklı ve düzenli işlemlerini sağlayıcı ve geliştirici tedbirleri alır; piyasalarda fiilî veya anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşmeyi önler²⁹.”

II. Sözleşme Özgürlüğünün Medeni Kanun’daki Dayanakları

Sözleşme özgürlüğünün Medeni Kanun’da güvence altına alınması hak ehliyetini ve kişiliğin korunmasını düzenleyen hükümler ile sağlanmıştır. Hak ehliyeti gerçek kişiler bakımından MK 8. maddede, tüzel kişiler bakımından MK 48. maddede düzenlenmiştir. MK 8. maddeye göre her insanın hak ehliyeti vardır ve bütün insanlar hukuk düzeni sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittir. MK 48. maddeye göre ise cins, yaş, hısımlık gibi insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışında tüm hak ve borçlara tüzel kişiler de ehildir.

Ayrıca, MK 23. maddede kimsenin hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği veya onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmayacağı belirtilerek kişilerin hem dışarıdan gelecek tehlikelere karşı hem de kendilerine karşı korunmaları sağlanmıştır.

²⁹ Anayasa’nın 167. maddesinde yer alan fiili ve anlaşma sonucu doğacak tekelleşme ve kartelleşme yasağının uygulanabilmesi için 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun çıkarılmış ve bu kanunu uygulamak üzere Rekabet Kurumu kurulmuştur. Rekabet Kurumu’nun anılan Kanun’u uygularken sözleşme özgürlüğüne müdahalede bulunabilmesine Kanun’un 6. maddesi imkan sağlamaktadır. Hakim durumu kötüye kullanma yasağını düzenleyen 6. maddenin yaptırımı olarak Rekabet Kurulu’nun sözleşme yapma yükümlülüğü getirmesi ve bu yükümlülüğe uyulmaması halinde para cezası vermesi mümkündür. Rekabet Hukukundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğuna aşağıda 3. Bölüm’de ayrıntılı olarak değinilecektir.

Sözleşme özgürlüğü de bu koruma kapsamında bulunan ve kişinin maddi-manevi varlığını geliştirmesini yarayan hak ve özgürlükler arasında bulunmaktadır. Dolayısıyla sözleşme özgürlüğünün özüne dokunan sınırlamalar MK 23 uyarınca geçerli kabul edilmeyecektir.

Medeni Kanun'un kişi hak ve özgürlüklerini güvence altına alan yukarıdaki hükümleri sözleşme özgürlüğünü de güvenceye almaktadır. Bununla birlikte medeni hukukun aile, eşya ve miras hukuku alanlarında sözleşme özgürlüğü son derece sınırlı bir kullanım alanına sahiptir. Zira bu hukuk dallarında şekil ve içerik bakımından sınırlı sayıdaki sözleşme tipine uyma zorunluluğu (numerus clausus ilkesi) bulunmaktadır. Bu alanların katı düzenlemeleri nedeniyle sözleşme özgürlüğünü Medeni Kanun'un "ayrılmaz bir cüz'ü" niteliğindeki Borçlar Kanununda ve Borçlar Hukukunda daha yaygın bir kullanım sahasına sahiptir.

III. Sözleşme Özgürlüğünün Borçlar Kanunu'ndaki Dayanakları

BK 19. ve 20. maddeye göre:

Madde 19 - Bir akdin mevzuu, kanunun gösterdiği hudut dairesinde, serbestçe tayin olunabilir.

Kanunun kat'i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet; ahlaka (adaba) veya umumi intizama yahut şahsi hükümlere müteallik haklara mugayir bulunmadıkça, iki tarafın yaptıkları mukaveleler muteberdir^{30 31}.

³⁰ BK md. 19'un diğer hukuk sistemlerindeki karşılıkları şöyledir: Fransız Medeni Kanunu md. 6'ya göre "Taraflar yaptıkları sözleşmelerle kamu düzenini ve genel ahlak kurallarını ihlal edemezler.", 1133. md. ye göre ise "sözleşmelerde kanuna, genel ahlaka veya kamu düzenine aykırı bir sebep bulunması hukuka aykırılık yaratmaktadır." Fransız Hukuku'nun etkisi altında kalan ve 1942 yılında

Madde 20 - Bir akdin mevzuu gayri mümkün veya gayri muhik yahut ahlaka (adaba) mugayir olursa o akit batıldır.

Akdin muhtevi olduğu şartlardan bir kısmının butlanı akdi iptal etmeyip yalnız şart, lağvolur. Fakat bunlar olmaksızın akdin yapılmıyacağı meczum bulunduğu takdirde, akitler tamamıyla batıl addolunur.

yürürlüğe giren İtalyan Medeni Kanunu'nun 1322. maddesi sözleşme özgürlüğüne ilişkin genel bir düzenleme getirirken; "Taraflar Kanunun koyduğu hudutlar dahilinde akdin muhtevasını serbestçe tayin edebilirler. Taraflar, ayrıca tanzim edilmiş olan tiplere dahil bulunmayan akitleri de yapabilirler; ancak bunlar hukuk düzenince himayeye layık menfaatleri gerçekleştirmeye matuf bulunmalıdır." Yine İtalyan Medeni Kanunu md. 1343'e göre emredici kurallar, kamu düzeni ve genel ahlak kurallarına aykırı nitelikli sözleşmelerin geçerli bir sebebi bulunmamaktadır ve bu tür sözleşmeler md. 1418 gereğince butlan yaptırımı ile sakattır. Alman Hukukunda sözleşmenin geçerlilik şartları arasında sözleşme ehliyetine sahip olma, irade ile beyan arasında uygunluk, emredici kurallara (BGB (Alman Medeni Kanunu) md. 134) ve genel ahlaka uygunluk (BGB 138) bulunmaktadır, kamu düzeni ise sözleşmelerin içerik denetiminde bağımsız bir kıstas olarak kabul edilmemiştir. Mevzuat İsviçre Medeni Kanunu'nun (CO) 20. maddesi ise "Sözleşmelerin konusu imkansız, hukuka aykırı veya genel ahlaka aykırı bir şey olamaz" demektedir ve sözleşme özgürlüğü ilkesine de açıkça atıfta bulunmaktadır.

³¹ Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nın sözleşme özgürlüğünü düzenleyen maddeleri ise "Sözleşmenin İçeriği" başlığı altında şöyle düzenlenmiştir: "I. Sözleşme özgürlüğü Madde 26- Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler. II. Kesin hükümsüzlük Madde 27- Kanunun emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmeler kesin olarak hükümsüzdür. Sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olması, diğerlerinin geçerliliğini etkilemez. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamı kesin olarak hükümsüz olur."

Bu hükümlerden bir sözleşmenin içeriğinin kanunun gösterdiği sınırlar içinde serbestçe belirlenebileceği anlaşılmaktadır. 19. maddenin ikinci fıkrasında tarafların kanundaki düzenlemelere aykırı biçimde yaptıkları sözleşmelerin ancak kanunun emredici bir kuralına veya kamu düzenine, genel ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı olması halinde geçerli olamayacağı düzenlenmiştir. Bu noktada sözleşme özgürlüğünün sınırları olarak belirlenen veya geçersizlik halleri olarak sayılan durumların hem BK md 19/2’de hem de BK 20/1’de sayıldığı ancak bu iki saymanın hem tekrar niteliğinde olduğu³² hem de birbiri ile tam uyum içinde bulunmadığı belirtilmelidir. Bu iki hükmü geçersizlik halleri bakımından karşılaştıracak olursak, BK 19/2’ye göre sözleşmeleri geçersiz kılan haller şunlardır:

1. Kanunun kat’i surette emrelediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet (hukuka aykırılık)
2. Ahlaka (adaba) aykırılık
3. Umumi intizama aykırılık (kamu düzenine aykırılık)
4. Şahsi hükümlere müteallik haklara aykırılık (kişilik haklarına aykırılık)

BK md. 20/1’de sayılan kesin geçersizlik (butlan) halleri ise aşağıdakilerden ibarettir:

³² Kocayusufpaşaoğlu tarafından dile getirilen fakat hukukumuzda genellikle benimsenmeyen bir görüşe göre, BK md. 19/2’nin sadece yorumlayıcı bir hüküm olduğu kabul edilerek bu gereksiz tekrar açıklanabilir. Şöyle ki BK md. 19/2’de sayılan “ahlak”, “kamu düzeni” ve “kişilik hakları” sözleşme serbestisine sınır koyan ayrı ve bağımsız kavramlar olmayıp bunlar sadece bir kanun hükmünün ne zaman emredici olduğunu göstermek üzere öngörülmüş kavramlardır. Yazar bu görüşün mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nun Almanca ve Fransızca metinleri ile de desteklendiğini belirtmektedir. (Kocayusufpaşaoğlu, s. 529-530.)

1. Sözleşmenin konusunun gayrı mümkün (imkansız) olması
2. Sözleşmenin konusunun gayrı muhik (hukuka aykırı) olması
3. Ahlaka (adaba) aykırı olması.

Görüldüğü üzere BK 19 ve 20. maddelerde sözleşme serbestisi dışında kalan alanlar belirtilerek sözleşme serbestisinin sınırları çizilmiştir. Ayrıca 20. maddede çizilen sınırları aşan sözleşmelere uygulanacak geçersizlik yaptırımını belirtilmiştir. Bir diğer ifade ile BK md. 19/2 sözleşmenin konusunun hangi sınırlar içinde belirlenebileceğini gösteren bir hükümdür; BK md. 20/1’de ise, bu sınırlar aşarak kurulan bir sözleşmenin hangi yaptırımlarla karşılaşacağı belirtilmiştir³³. BK 19 ve 20’de çizilen sınırlar uyarınca;

- Sözleşmeler emredici hukuk kurallarına aykırı olamaz
- Ahlaka ve adaba aykırılık oluşturan sözleşme kurulamaz
- Kamu düzenine aykırı içerikte sözleşme kurulamaz
- Kişilik haklarını ihlal eden sözleşme kurulamaz
- Sözleşmenin konusu imkansız olmamalıdır.

Yargıtay kararlarında da sözleşme özgürlüğüne ilişkin geniş açıklamalara yer verilmektedir³⁴: “Genel olarak kişiler özel hukuku anlamında diğer kişilerle olan ilişkilerini, hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Borçlar Kanunu’nda öngörülen (sözleşme serbestliği) ilkesinin bir sonucudur ve bu hak irade özerkliği

³³ Oğuzman/Öz, s. 73, Kocayusufpaşaoğlu, s.528.

³⁴ Yarg. 4. H.D. , 26.10.1978 T., E. 1977/13113, K. 1978/12134, Y.K.D., 1979, Sayı 5, s. 634-635.

(sözleşme hürriyeti) kavramı ile Anayasa tarafından teminat altına alınmıştır (Anayasa md.40). O halde sözleşme serbestliği prensibine göre kişiler; kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek hukuka (yani buyurucu ve yasak koyan hukuk kurallarına) ve ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşmelerin fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkını haizdir. Bu serbestinin nedenini, devamlı olarak değişen ve gelişen toplumun, gerek sosyal ve gerekse ekonomik ihtiyaçlarının zorlamasında ve buna karşılık (kanunları yaparken kendisine gerekli malzemeyi genellikle geçmişteki tecrübe, ilmi ve kazai içtihatlardan alan) yasa koyucunun bu nitelikteki hayati ihtiyaçları önceden derpiş edip; uzun bir geleneğin sosyal ve ekonomik ihtiyaçlarını düzenleyememesinde aramak lazımdır.”

Yine Yargıtay'ın nispeten daha yeni bir kararında³⁵ “... *Türk Hukuk Sisteminde sözleşme serbestisi ilkesinin kabul edilmiş olduğu tartışmasızdır (BK. m. 19) Kural olarak kişiler özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içerisinde kalmak, özellikle emredici hukuk kurallarına aykırı olmamak şartıyla düzenleyebilir ve sözleşme yapabilirler...*” denilmektedir.

Son olarak Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2003 tarihli bir kararında³⁶ sözleşme özgürlüğü ilkesi ve bu ilkenin istisnalarından olan sözleşme yapma yükümlülüğü gayet net bir şekilde vurgulanmıştır. Karardaki ifade şu şekildedir:

³⁵ Yarg. 14. H.D. 30.5.1995 T., 1996/5380 E., 1996/3380 K., Y.K.D., 1996, Sayı 8, s. 1261-1262.

³⁶ Yarg. H.G.K., 2003/4-693 E., 2003/740 K., 10.12.2003 T. (www. kazanci.com.tr).

“Anayasa'nın 48. maddesine göre kişiler sözleşme özgürlüğüne sahiptirler. Genel olarak özel hukuk alanında diğer kişilerle olan ilişkilerini hukuk düzeni içinde kalmak şartıyla diledikleri gibi düzenler, diledikleri konuda, diledikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak Anayasa ve Borçlar Kanunun da öngörülen sözleşme özgürlüğü (Akit Serbestisinin) ile teminat altına alınmıştır. Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır sözleşmeler yapmak ve bunların koşullarını diledikleri gibi tespit etmek, buyurucu ve yasak koyan kurallara, ahlak ve adaba aykırı olmamak şartıyla Kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme fizyonomisini (tipini) değiştirmek ve konusunu yasal sınırlar içinde tayin etmek hakkına haizdirler.

Bu genel tanımlamaya göre Türk-İsviçre hukukunda kural sözleşme özgürlüğü olmakla birlikte bu aynı zamanda sözleşmeyi yapmayı reddedebilme özgürlüğünü de birlikte getirir.

Kurallar bunlar olmakla birlikte bunun istisnasını "sözleşme yapma mecburiyeti" veya “sözleşme yapma yükümlülüğü” oluşturur. Piyasa ekonomisinin hakim olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalar ile özellikle ekonomik gücün kötüye kullanılmasını düzeltmek amacıyla bu sistem öngörülmüştür. Tekelci ekonomik güçlerin haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bir dereceye kadar bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek için işletme ve kuruluşlara tekel mahiyetindeki madde ve hizmetleri talep eden fertlerle sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir.

Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu

hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir. İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir.”

Sözleşme özgürlüğü konusundaki hukuki düzenlemeler ve yargı kararları konu hakkında birçok ipucu verse de bir tanım yapmamaktadır. Bu nedenle sözleşme özgürlüğünü tanımlamak doktrine kalmıştır. Sözleşme özgürlüğü en başta irade özgürlüğünün bir yansıması olarak kabul edildiğinden “birey iradesinin hür ifadesi” ve “kanunen sınırlanmayan ve engellenmeyen hukuki imkânlar çerçevesinde, kişilere borç sözleşmelerini yapma özgürlüğü yönünde hak verilmesi” olarak tarif edilmiştir³⁷. Özel olarak ise, dar anlamıyla sözleşme özgürlüğü, tarafların sözleşmelerinin içeriğini diledikleri gibi belirleyebilmesi, geniş anlamı ile kişilerin özel hukuk ilişkilerini hukuk sisteminin sınırları çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle bizzat düzenleyebilme yetkilerini ifade eder³⁸.

³⁷ **Stewart** Hamish, Where Is The Freedom in Freedom of Contract? A Comment on Trebilcock’s The Limits Of Freedom of Contract, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 33, No. 2, s. 259-271.

³⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 19; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altöp**, s. 362; **Eren**, s. 19; **Kılıçoğlu** s. 52; **Karahasan**, Mustafa Reşit, Türk borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003, C. 1. s. 265, **Ateş**, s. 39.

§ 3. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN ÇEŞİTLİ GÖRÜNÜMLERİ

I. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü

Kural olarak hiç kimse, isteği dışında, bir sözleşme ilişkisine girmeye mecbur değildir. Hiç kimse, bir sözleşmenin kurulması için bir icapta bulunmaya zorlanamayacağı gibi, kendisine yöneltilen bir icabı kabule de mecbur değildir. Dolayısıyla Anayasa'nın 10. maddesi gereğince eşit konumda bulunan sözleşme tarafları kendi menfaatleri doğrultusunda sözleşme kurabilirler veya sözleşme kurmayı reddedebilirler.

Her ne kadar BK 19. maddenin birinci fıkrasında sadece sözleşmenin konusunu ve içeriğini (mevzuunu) belirleme özgürlüğünden bahsedilmiş olsa da doktrinde³⁹ bu hükmün sözleşme yapip yapmama özgürlüğünü, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünü, sözleşmeyi değiştirme ve kaldırma özgürlüğünü ve şekil özgürlüğünü de kapsadığı kabul edilmektedir.

Sözleşme yapip yapmama özgürlüğünün bir olumlu bir de olumsuz olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Olumlu yönüyle sözleşme yapma özgürlüğü (positive Abschlussfreiheit), bir kimsenin sözleşmesel bir yükümlülük altına girip girmeme hususunda tamamen serbest olmasıdır. Sözleşme yapma özgürlüğünün olumsuz yönünü ise (negative Abschlussfreiheit) ise, sözleşme yapmaktan kaçınan bir kimsenin bu davranışının hukuken korunması, onun sözleşme yapmaya zorlanamamasıdır⁴⁰.

³⁹ Eren, s. 279; Gürzumar s.42; Buz V., Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları, Ankara 2007, s.115.

⁴⁰ Buz, s.116.

Her özgürlük gibi, sözleşme yapip yapmama özgürlüğü de mutlak bir özgürlük değildir. Yukarıda da değinildiği üzere irade ve sözleşme özgürlüğünün son derece geniş yorumlanması ve taraf iradelerinin kanun kabul edilerek sözleşme adaletinin her sözleşmede kendiliğinden var olduğunu kabul etmek zaman içinde giderek zorlaşmıştır. Çünkü sözleşme özgürlüğü taraflardan güçlü olanın zayıf olana tahakkümüne dönüşmüştür. Liberal düşünceyi dengelemek amacıyla ortaya çıkan sosyal devlet ilkesinin katkısı ile sözleşme yapip yapmama özgürlüğünün sınırları çizilmiştir. Böylece ekonomik, sosyal ve ahlaki sebeplerle sözleşme yapip yapmama özgürlüğü sınırlandırılmıştır. Sözleşme yapip yapmama özgürlüğünün sınırlandırıldığı durumlar aşağıda İkinci Bölümde anlatılmaktadır.

II. Sözleşmenin Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşmenin tarafını belirleyebilme özgürlüğü sözleşme yapip yapmama özgürlüğünün devamı niteliğindedir. Buna göre bir sözleşme akdetmeye karar veren kişi sözleşmenin karşı tarafını seçmekte de özgürdür.

Ancak, bu ilkenin de istisnaları vardır. Örneğin şuf'a hakkının kullanılması halinde, şuf'a hakkı sahibiyle tapuda adına tescil yapılan malik arasında kendiliğinden bir satım sözleşmesi kurulmakta ve böylece yeni malik şuf'a hakkı sahibi ile sözleşme yapmak zorunda kalmaktadır. Bir diğer örnekte şeker pancarı üreten çiftçiler ürünlerini şeker şirketine veya şeker kooperatifine satmak zorunda olduklarından sözleşmenin karşı tarafını seçme hürriyetleri yoktur. Bir mal veya hizmete hukuki veya fiili tekel şeklinde sahip olan kişi ve kuruluşlar da (PTT, gaz,

elektrik hizmetleri gibi) yapılacak sözleşmelerde karşı tarafı seçme hürriyetine sahip değildirler⁴¹.

III. Sözleşmenin Konusunu ve İçeriğini Belirleme Özgürlüğü

Sözleşmenin konusunu belirleme özgürlüğü sayesinde sözleşmenin tarafları, sözleşme özgürlüğünün sınırları içinde, bir sözleşmenin içeriğini diledikleri biçimde belirleyebilirler. Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü hem sözleşmenin asli ediminin hem de yan edimlerinin belirlenmesi alanında geçerlidir. Sözleşmenin içeriği konusundaki özgürlüğün sınırı BK 19. maddede çizilmiş bulunmaktadır. Bu madde uyarınca emredici kurallara, kamu düzenine, kişilik haklarına, ahlaka aykırı olan veya konusu imkânsız olan sözleşme hükümleri geçersiz olacaktır.

IV. Sözleşmenin Tipini Belirleme Özgürlüğü

Medeni Hukukun Aile, Eşya ve Miras Hukuku dallarının aksine sözleşmeler konusunda Borçlar Hukuku alanında sınırlı sayı (numerus clausus) ilkesi geçerli değildir.

Borçlar Kanunu'nda ise sayılan sözleşme tipleri sınırlandırıcı olmadığından taraflar bu sayılanların dışında veya sayılanların kısmen dahil olduğu sözleşmeler kurabileceklerdir. Kişiler, Borçlar Kanunu'nda öngörülen tipik sözleşmelerden (örneğin alım satım sözleşmesi, kira, bağışlama v.b. gibi) başka, kanun tarafından hiç düzenlenmemiş, yeni sözleşme tipleri de vücuda getirebilirler (tipik olmayan sözleşmeler ya da adsız sözleşmeler). Bir diğer ifade ile tip serbestisi sayesinde taraflar kanunda düzenlenmiş bir sözleşmenin hükümlerini tamamen benimseyebilirler, sadece bir sözleşme üzerinde anlaştıklarını beyan edip kanuna

⁴¹ Eren, s. 292-293.

yollama yapabilirler, kanunda öngörülen bazı sözleşme tiplerini birleştirebilirler veya hiç öngörülmemiş bir tipte sözleşme yapabilirler⁴². Böylece tarafların tipik sözleşmelerin hiçbirinde olmayan unsurların bir araya getirilmesi ile sui generis bir sözleşme yapma imkânı doğmaktadır⁴³.

Tip serbestisi sayesinde yeni ekonomik ve sosyal gelişmelerin doğurduğu türde sözleşmeler yapılabilmektedir. Bu şekilde yeni veya karışık içerikteki sözleşmelerin kurulması hukuku sosyal ve ekonomik gelişmelere ayak uydurabilme aracı olmaktadır.

V. Sözleşmeyi Değiştirme veya Sözleşmeye Son Verme Özgürlüğü:

Sözleşmeyi değiştirme veya onu sona erdirme özgürlüğü sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bir uzantısı niteliğindedir. Sözleşenler vücuda getirdikleri sözleşmeyi, tümüyle ya da bir bölümüyle ortadan kaldırma veya değiştirme özgürlüğüne sahiptirler.

Bununla birlikte sözleşmeyi değiştirme ve kaldırma özgürlüğünün de sınırları vardır. BK 365/2’de istisna sözleşmesi için açıkça öngörülmüş olan sözleşmenin değişen koşullara hakim tarafından uyarlanması imkanı doktrinde diğer sözleşmeler için de kabul edilmektedir. ‘Clausula rebus sic stantibus’ ya da ‘’ emprevizyon’’ adı verilen bu teori aracılığıyla hakimin sözleşmeye müdahalesinin söz konusu olması için sözleşmenin kurulmasından sonra öngörülemez bir biçimde değişen koşullarda

⁴² Oğuzman/Öz, s. 20.

⁴³ Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003, s. 52.

ifanın gerçekleştirilmesinin dürüstlük kurallarına göre borçludan istenememesi gerekmektedir⁴⁴.

VI. Şekil Özgürlüğü

BK 11. maddeye göre “*Aktin sıhhati kanunda sarahat olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir.*” Hükümden de anlaşılacağı üzere Borçlar Kanunu bütün modern hukuk sistemleri gibi, sözleşmelerin kurulmasında şekil özgürlüğü prensibini benimsemiştir. Madde metninde her ne kadar akit-sözleşme kelimesi kullanılmaktaysa da doktrinde şekil serbestîsinin hukuki sonuç doğurmaya yönelik (karar, tek taraflı hukuki işlem gibi) her türlü irade beyanında geçerli bir kural olduğu kabul edilmektedir⁴⁵. Ayrıca akdin sıhhati ile kastedilen de sözleşmenin geçerliliğidir.

Şekil özgürlüğü hukuki işlem yapmayı amaçlayan tarafların iradelerinin şeklini serbestçe belirleyebilme özgürlüğüdür⁴⁶. Türk-İsviçre hukuk sisteminde kural şekil özgürlüğü; istisna ise şekil zorunluluğudur. Şekil özgürlüğü tanınmasının maksadı tarafların modern hayatın hızına ve gereklerine uygun hareket

⁴⁴ Emprevizyon teorisi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Burcuoğlu H.**, Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarılma, İstanbul, 1995, **Kocayusufpaşaoğlu N.**, İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, M.K. Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 503 vd., **Serozan R.**, Karşılıklı Sözleşmelerde Baştan Dayatılmış veya Sonradan Oluşmuş Edimler Arası Dengesizliğin Uyarılma Yoluyla Düzeltilmesi, M.K. Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 1029 vd.

⁴⁵ **Eren**, s. 247.

⁴⁶ **Altaş H.**, s. 47; **Kılıçoğlu**, 61; **Eren** s. 244; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp**, s.99; **Oğuzman/Öz**, s. 116.

edebilmeleridir. Bununla birlikte taraflar veya kanun koyucu sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulmasını belirli şekli kurallara uyulmasına bağlamış ise bu şekil kurlarına aykırı olarak yapılan sözleşme geçerli olarak hukuk alanında hüküm ve sonuç doğurmayacaktır. Bu kural BK 11. maddenin 2. fıkrasında “*Kanunun emrettiği şeklin şümül ve tesiri derecesi hakkında başkaca bir hüküm tayin olunmamış ise akit, bu şekle riayet olunmadıkça sahih olmaz.*” şeklinde ifade edilmiştir. Tarafların şekil şartı getirebilmelerine imkân tanıyan BK 16. maddesinde yer alan ifade ise şöyledir⁴⁷:

“İki taraf kanunen hususi bir şekle tabi olmayan bir akdin hususi bir şekilde yapılmasını kararlaştırmışlar ise, akit takarrür eden şekilde yapılmadıkça iki taraf bununla ilzam olunamaz.

İki taraf muayyen bir surette keyfiyeti izah etmeyerek tahriri şekilden bahsetmiş oldukları takdirde, kanun bu şekle riayet olunmasını emrediyorsa, iki tarafın ona riayet etmesi lazımdır.”

Hukuki işlemlerde ve bunların önemli bir kısmını oluşturan sözleşmelerde, genel kural şekil özgürlüğüdür. Bununla birlikte, kanunun veya tarafların şekil kuralına uyma zorunluluğunu bir ispat vasıtası olarak değil de bir geçerlilik şartı⁴⁸

⁴⁷ Sözleşmelerin şekli ile ilgili Türk Borçlar Kanunu Tasarısında benimsenen ifade ise şöyledir:

“Madde 12- Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir.

Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz.”

⁴⁸ BK md. 11’e ve 16’ya göre kanundan veya sözleşmeden doğan şekil kuralının aksi belirtilmedikçe geçerliliğe ilişkin olduğu kabul edilmektedir. Şeklin geçerlilik şartı ve ispat şartı olması ve bunların hüküm ve sonuçları hakkındaki geniş açıklamalar için bkz. **Altaş**, s. 70 vd.

olarak getirdiği hallede, bu kurala riayet edilmemesi sözleşmelerin geçersizliğine sebep olmaktadır. BK md. 11 ve 16/1 hükmü gereğince öngörülen kanuni veya iradi şekle uyulmadan yapılan sözleşme tarafları borç altına sokmaz.

Kanunun sözleşmenin kurulmasını yazılı şekil şartına bağladığı hallere örnek olarak alacağın temlik (BK 163/1), kefalet (BK 484), bağışlama taahhüdü (BK 238/2) ve taşınmaz satım sözleşmeleri⁴⁹ (BK 213) gösterilebilir. Tarafların da yukarıda sayılanlar dışında bir sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulabilmesini yazılılık, noter huzurunda kurulma gibi şekil şartlarına bağlamaları mümkündür. Bununla birlikte tarafların kanunda öngörülen bir şekil şartını kaldırmaları veya hafifletmeleri kabul edilemez.

Şekil kuralı konusunda yukarıda yer verilen düzenlemelerden da anlaşılacağı üzere tarafların veya kanun koyucunun dışında örf ve adet hukuku, hakim hukuk yaratması veya (yönetmelik, tüzük, genelge gibi) ikincil nitelikteki hukuki düzenlemeler ile şekil zorunluluğu getirilemez.

⁴⁹ Taşınmaz satım sözleşmelerindeki şekil kuralının her olayda katı bir şekilde uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğmasına yol açmıştır. Yargıtay şekil kuralı bakımından somut olayın özelliklerini de dikkate alan bir içtihat benimseyerek deyim yerindeyse şekil kuralını yumuşatmış ve böylece bazı haksız durumları önlemeye çalışmıştır.

Örneğin Yarg. 13. H.D.'nin 1991/7217E., 1991/10901 K. sayılı ve 2.12.1991 tarihli kararında (karar için bkz. www.hukuki.net/ictihat/917217_13h.asp) *“Taşınmazın temlikine ilişkin edim ifa edilmeksizin ferağın imkansız hale getirilmesi, Borçlar Kanunu’nun 41/2. maddesine uygun, ahlaka aykırı, tazmini gerektirir bir fiil olarak kabul edilmesinde duraksamaya yer olmamalıdır. Böyle hallerde, şekle aykırılığa rağmen, sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş olduğu kabul edilmelidir.”* denilmiştir. Konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, Ahmet M., Taşınmaz Satımında Şekil ve Hakkın Kötüye Kullanılması, AÜHFD, Yıl: 1981, C. 38, S. 1-4, s. 209-222.

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

Sözleşme özgürlüğü de diğer bütün hak ve özgürlükler gibi sınırsız bir özgürlük değildir. Zira sosyal bir ortamda yaşayan insanların sahip olduğu hak ve özgürlüklerin sınırsız olarak kullanılamayacağı, sınırsız özgürlüğün kargaşa ve anarşi doğuracağı bugün tartışmalı olmaktan çıkmış bir gerçekliktir. Aslında hak ve özgürlüklerin doğalarına uygun olarak kullanılabilmesi için kargaşa ve huzursuzluk ortamının bertaraf edilmesi, dolayısıyla da hak ve özgürlüklerin sınırının çizilmesi bir zorunluluktur. Kamu düzenin sağlandığı bir devlette insan haklarının belirli ölçülere göre sınırlanması gerekmektedir. Buna karşın sınırlamanın ölçüsünü belirlemek ve siyasal otoritenin hak ve özgürlüklerin özüne dokunamamalarını sağlamak günümüzün çözümü en zor hukuki meseleleri arasında bulunmaktadır. Bu sorun kamu hukukunda Anayasaların ve idari düzenlemelerin genel olarak hak ve özgürlüklere müdahalesinin sınırları; özel hukukta ise çoğunlukla sözleşme özgürlüğüne müdahalenin sınırları sorunu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Sözleşme özgürlüğünün sınırları konusunda doktrinde çeşitli ayrımlar ve sınırlamalar kabul edilmektedir. Başpınar⁵⁰ tarafından da dile getirilen Giger'e ait görüş Borçlar Kanunu'ndaki sınırlamayı şekil ve esasa ilişkin sınırlama olarak tespit etmekte ve sözleşme özgürlüğünün maddi ve şekli sınır olmak üzere iki sınırı bulunduğunu belirtmektedir. Buna göre sözleşme özgürlüğünün şekli sınırı şekil kuralının öngörülmediği kanunu veya sözleşmesel yükümlülükler uyulmadığı

⁵⁰ Başpınar, s. 19 vd.

durumlarda ortaya çıkmaktadır. Giger'e göre sözleşme özgürlüğüne getirilen maddi sınır ise hukuka ve ahlaka aykırılıktan ibarettir, ahlaka aykırılık da dar anlamda ve kişilik haklarına aykırılık olmak üzere iki başlığa ayrılmaktadır.

Tandoğan sözleşme özgürlüğünü ilgililerin ihlallerine karşı sözleşmeyi koruyan sınırlar (örn. BK 19/2) ve kamu düzeni, kamu yararı gibi düşüncelerle sosyal hayatın korunması amacına yönelik sınırlamalar ayırımına tabi tutmaktadır⁵¹. İnan ise sözleşme özgürlüğünün sınırları konusunda daha esnek bir yaklaşım benimseyerek kanuni sınırlamalar-fiili sınırlamalar ayırımını tercih etmiştir⁵². Kanuni sınırlamalar BK 11, 16, 19-20, M.K. 9-16, 49, 27 gibi sözleşmenin şekline, içeriğine ve tarafların ehliyetine ilişkin sınırlamalardır. Fiili sınırlamalar ise genel işlem şartları, iltihaki (formüler) sözleşmeler, yığın sözleşmeleri, kartel sözleşmeleri gibi zaman içinde güncel gelişmelerin ortaya çıkardığı sözleşme şartlarına ile ilgilidir⁵³.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop ise olumlu sınırlamalar-olumsuz sınırlamalar ayırımını benimseyerek hükümsüzlük, yasaklama gibi halleri olumsuz sınırlara, sözleşme yapma yükümlülüğü, edimin kıymetine ilişkin sınırlamalar ve

⁵¹ **Tandoğan**, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961, s. 226.

⁵² **İnan**, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1971, s. 122.

⁵³ İnan'ın sözleşme özgürlüğünün fiili sınırları olarak belirlediği başlıkların zaman içinde fiili olmaktan çıkıp yasal sınır haline geldiğini belirtmekte fayda vardır. Zira örneğin kartel sözleşmelerinin geçersizliği 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun ile düzenlemeye kavuşturulmuştur. Benzer şekilde genel işlem şartlarının da Borçlar Kanunu Tasarısı'nda düzenlendiği ve tasarının yasalaşması halinde genel işlem şartları ile ilgili sözleşme özgürlüğü sınırının da kanundan kaynaklanacağı söylenebilir.

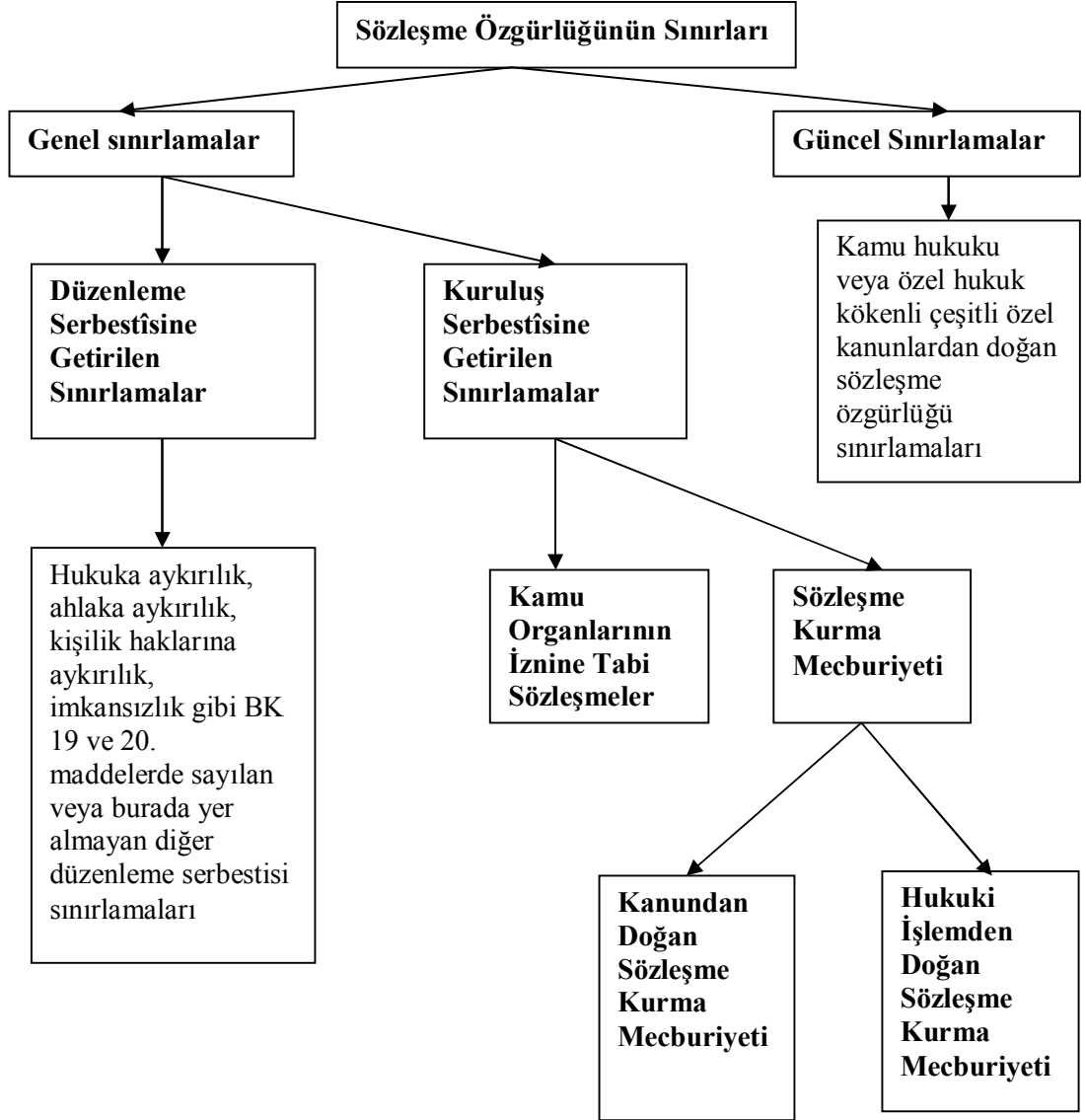
sözleşmeleri kamu organlarının iznine bağlı sayma hallerini ise olumlu sınırlara dahil etmektedirler⁵⁴.

Eren ise sözleşme özgürlüğünü ve bunun istisnası olarak sözleşme yapma zorunluluğunu belirledikten sonra sözleşme özgürlüğünün kanundan doğan ve hukuki işlemde doğan iki türlü sınırı bulunabileceğini ifade etmektedir. Sözleşme özgürlüğünün hukuki işlemde kaynaklanan sınırı sözleşme yapma vaadi veya önakit (önsözleşme)dir. Eren'e göre sözleşme yapma zorunluluğu doğuran hukuki düzenlemeler ise özel hukuk kökenli veya kamu hukuku kökenli olabilir. Kamu hukuku kökenli düzenlemeler üç kategoriye ayrılmıştır:

- Kamu hizmetlerini veya bazı hayati maddeleri sağlamak için öngörülen sözleşme yapma zorunluluğu,
- Gündümlü ekonominin getirdiği sözleşme yapma zorunluluğu,
- Fiili tekel nedeniyle sözleşme yapma zorunluluğu ve tazminat ödeme borcu.

Sözleşme özgürlüğünün sınırları konusunun ayrıntılarını açıklamaya başlamadan önce aşağıdaki tablonun gözden geçirilmesi faydalı olacaktır.

⁵⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 364.



§ 4. DÜZENLEME SERBESTİSİNE GETİRİLEN SINIRLAMA

Sözleşme düzenleme serbestisi BK 19. madde uyarınca kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı olmama halleriyle sınırlandırılmıştır.

Sözleşme özgürlüğüne Borçlar Kanunu ile getirilen sınırlama sebepleri doktrinde değişik gruplara ayrılmakta ve buna göre incelenmektedir. Örneğin Oğuzman/Öz tüm sınırlamaların kanun maddesi ile getirildiği için hukuka aykırılık kapsamına girdiğini, hatta söz konusu sınırlamayı düzenleyen maddenin emredici olması nedeniyle emredici kurallara aykırılık alt başlığında toplanabileceğini belirtmektedir⁵⁵.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop ise Butlan Sebepleri başlığı altında daha geniş kapsamlı bir değerlendirme yapmakta ve BK md. 19-20’de sayılan sebeplerin dışında şekle aykırılık, muvazaa, zihni kayıt gibi halleri de sözleşmeyi geçersiz kılan dolayısıyla sözleşme özgürlüğünü sınırlayan durumlar arasında görmektedirler⁵⁶. Diğer taraftan Kocayusufpaşaoğlu kişilik haklarına aykırılığın ve kamu düzenine aykırılığın hukuka aykırılık başlığı altında incelenmesi gerektiğini belirterek sınırlayıcı sebepleri hukuka aykırılık, ahlaka aykırılık ve imkansızlık olarak gruplandırmaktadır⁵⁷. Eren⁵⁸ ve

⁵⁵ Oğuzman/Öz s. 72 vd.

⁵⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 383 vd. Yazarlar butlan sebeplerini temyiz kudretinden yoksunluk, kişilik haklarının ihlali, şekil zorunluluğuna aykırılık, hukuka aykırılık, ahlaka aykırılık, kamu düzenine aykırılık, imkansızlık, muvazaa, kanuna karşı hile, zihni kayıt ve latife beyanları olarak belirlemektedirler.

⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 531 vd.

⁵⁸ Eren, s. 292 vd.

Kılıçoğlu⁵⁹ sözleşme özgürlüğünü sınırlayan sebepler konusunda Kocayusufpaşaoğlu gibi düşünmektedirler.

Kanunda sayılmış olan sınırlama sebepleri Kocayusufpaşaoğlu ve Eren tarafından benimsenen sistematığe göre aşağıda sırasıyla incelenmektedir:

I. Hukuka Aykırı Olmama

Borçlar Kanunu'nda hukuka aykırılığın tanımı yer almadığından bu tanım doktrin tarafından yapılmıştır. Buna göre hukuka aykırılık, hukuk düzeninde yer alan objektif nitelikteki, yazılı olan veya olmayan, kamu hukukundan veya özel hukuktan kaynaklanan kurallara aykırılığı ifade etmektedir⁶⁰. Sözleşmenin taraflarının yaptıkları işlemin hukuka aykırılığını bilip bilmemeleri işlemin hukuka aykırılığına etki etmez. Hukuka aykırılık, sözleşmenin içeriğinin başlıca emredici kanun hükümlerine, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı olduğu zaman gerçekleşir⁶¹. Zira bütün bu hallerde kendisinden sapılan norm emredici bir normdur. Hukuka aykırılık, ahlaka aykırılık, kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırılık hükümleri şekli olarak ayrılırlar da maddi olarak izledikleri amaç bakımından birbirine yakın kavramlardır. Anılan kavramların aynı hukuki değere göndermede bulunmalarının altında yatan sebep ise toplumda önem verilen ve kanunlara

⁵⁹ Kılıçoğlu, s. 54 vd.

⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 532.

⁶¹ Kocayusufpaşaoğlu hukuka aykırılık hallerine emredici kanun hükümleri, kamu düzeni ve kişilik haklarına aykırılık dışında bir de kanunun yasaklayıcı hükümlerine (kanuni yasaklara) aykırılık halini eklemektedir. Kanuni yasaklar ile kastedilen aslında sözleşme serbestisi içinde kalan bir işlemin belirli durumlarda, “içeriği”, “elde edilecek sonuç”, veya “işlemin yapıldığı andaki bazı özel hal ve şartlar” dolayısıyla ayrıca yasaklaması durumudur. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 536-544.

yansıtılan sosyal, politik ve etik değerlerin bu kıstasların tümüne birden gerekçe oluşturmasıdır.

Hukuka aykırılık halleri aşağıda açıklanmaktadır:

A. Emredici Kurallara Aykırılık

Bertaraf edilmesi veya aksinin hukuki ilişki taraflarınca kararlaştırılması mümkün olmayan, mutlak karakterdeki hukuk kurallarına emredici hukuk kuralları denir⁶² ve sadece emredici kurallara aykırılık hukuka aykırılığa neden olur. Emredici normlar, herkese yönelik olan, herkese ödevler yükleyen genel ve objektif davranış kurallarıdır. BK 19. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca ancak emredici kurallara aykırı olmayan sözleşmeler geçerli kabul edilmektedir. Yedek hukuk kurallarının ise aksi taraflarca kararlaştırılabildiğinden bunlara aykırılık sözleşmelerin geçersizliğine sebep olmaz. Dolayısıyla yedek (düzenleyici, yorumlayıcı) hukuk kuralları nispi bir bağlayıcılığa sahip olmaktadır.

BK 19. maddede yer alan emredici hukuk kuralları ile kastedilen hukuk düzeninde yürürlükte bulunan bütün emredici kurallardır. Bir hukuk düzenindeki emredici kuralların bütününe saptayabilmek için yürürlükte bulunan yazılı ve yazılı olmayan tüm emredici nitelikteki hukuk kuralları dikkate alınmalıdır.

Bu noktada emredici hukuk kurallarının tespit edilmesi önem kazanmaktadır. Bir kuralın emredici hüküm olup olmadığının tespiti, ifadesinden açıkça

⁶² **Oğuzman/Barlas**, Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar}, İstanbul 2000, s. 60 vd; **Eren**, s. 295 vd; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 370 vd.

anlaşılabileceği gibi, korumak istediği menfaat ve amacından da anlaşılabilir⁶³. Bu durumda sadece hukuk kurallarının lafzına değil, ruhuna da bakılarak taraflarca bertaraf edilmelerinin mümkün olup olmadığına, dolayısıyla kurulan sözleşmenin geçerli olup olmadığına karar verilir.

Emredici hükümler olumlu olabilecekleri gibi, olumsuz bir nitelik de taşıyabilirler. Bir şeyin yapılmasını veya belli bir davranışta bulunulmasını açıkça emreden kurallar olumlu nitelik taşıyan kurallardır. BK. md. 213 olumlu nitelik taşıyan emredici kurallara örnek olarak gösterilebilir. Söz konusu maddeye göre, *“Gayrimenkul satımı muteber olmak için resmi senede raptedilmek şarttır. Gayrimenkule dair satım vaadi ve bey’i bilvefa ve istimlak mukavelesi resmi senede raptedilmedikçe muteber değildir”*.

Bunun yanında bir takım kurallar bazı şeylerin yapılmamasını veya belli bir davranışta bulunulmamasını emrederler. Bu kurallar da yasaklayıcı kurallardır. Medeni Kanun’un 449. maddesi bu yasaklayıcı maddelerdendir. Söz konusu maddeye göre vesayeti altındaki kimse adına kefil olmak, vakıf kurmak ve önemli bağışlarda bulunmak vasiye yasaklanmıştır.

Borçlar Kanunu’nda yer alan emredici kurallara örnekler çoğaltılabilir. Zamanaşımı def’inden önceden feragat edilmesini yasaklayan BK md. 139/1; zamanaşımı sürelerinin değiştirilmesine imkan tanımayan BK md. 127; borçlunun kastı veya ihmali halinde sorumlu tutulamayacağını öngören sorumsuzluk kayıtlarının geçersizliğine ilişkin BK md. 99/1 emredicidir. Ayrıca uygulanması

⁶³ Yukarıda ifade edildiği üzere kamu düzenini, genel ahlakı ve kişilik haklarını korumaya yönelik kurallar amaçları gereği emredicidirler. Bu nitelikteki kurallara aykırılık da emredici kurallara aykırılığın kapsamına girmektedir. **Oğuzman/Öz**, s. 74.

zorunlu olan emredici hükümlerin mutlaka Borçlar Kanunu'nda yer alması da gerekmez, örneğin 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre rekabeti engelleme, bozma ya da kısıtlama amacı taşıyan veya bu etkiyi doğuran anlaşmalar geçersizdir.

Emredici kurallara bir diğer örnek de MK. m. 23'tür⁶⁴. Söz konusu maddeye göre *“Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.*

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandırmaz”.

Yukarıda saydığımız tüm kurallar tarafların uymak zorunda oldukları emredici kurallara örnek oluşturmaktadır. Sözleşme taraflarının Borçlar Hukukunun genel prensibi olan sözleşme serbestisi ilkesine dayanarak söz konusu kuralları bertaraf etmeleri mümkün değildir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi emredici hukuk kuralları ile toplumun genel yararı lehine sınırlandırılmıştır.

B. Kamu Düzenine Aykırılık

Yukarıda da belirttiğimiz gibi bir hükmün emredici olup olmadığı sadece o hükmün lafzından anlaşılmaz. Bir takım hükümler toplumun ortak menfaati düşünülerek konulmuştur ve bu hükümlere uyulması, bunların korunması toplumsal yaşamın güvenli bir şekilde devamı için mecburidir⁶⁵. Kamu Düzenine İlişkin Hükümler de bu hükümlerin bir bölümünü oluşturmaktadır.

⁶⁴ MK 23 niteliği gereği emredici bir kuraldır. Bununla birlikte kişilik haklarına dair sınırlandırma sebeplerinin emredici hükümler başlığının yanında kişilik haklarına aykırılık başlığı altında incelenmesi de mümkündür.

⁶⁵ **Sirmen**, s. 449.

Yedek hukuk kurallarının korumak istediği temel ilkelere aykırılığın ve hukukun genel ilkelerine aykırılığın da kamu düzenine aykırılık yaratıp yaratamayacağı hususu tartışmalıdır⁶⁶. Bir görüşe göre kanunun atıf yapmadığı hallerde kamu düzenine aykırılıktan bahsedilemez. İkinci görüş ise kamu düzenine aykırılık kavramını daha geniş bir perspektifte ele almakta ve kamu düzenine aykırılık için ona atıf yapan bir emredici düzenlemenin ihlal edilmiş olması şartını aramamaktadır. Hukukun genel ilkelerine veya bazı yedek hukuk kurallarına⁶⁷ aykırılık hallerinde de kamu düzeninin ihlal edilmiş olması mümkündür. Zira kamu düzeni kavramı, sadece kendisine atıf yapan kamu hukuku karakterli kurallarla değil; özel hukuk kural ve ilkeleri ile hatta yedek hukuk kurallarıyla sağlanmaya çalışılan hukukun nihai amaçları arasında yer almaktadır. Örneğin özel hukuk karakterli olmasına ve kamu düzenine atıf yapmamasına rağmen Medeni Kanun'un Aile Hukuku'na ilişkin düzenlemeleri, Borçlar Kanunu'nda zayıfların korunmasına ilişkin düzenlemeler⁶⁸ veya Medeni Kanun'un kişiliğin korunmasına dair hükümleri kamu düzenini ilgilendirmektedir.

Kamu düzeniyle ilgili hükümler konusundaki tartışmalar Türk Hukukunda kamu düzeni kavramının tam bir tanımının bulunmamasına da dayanmaktadır. Ayrıca kamu düzeni kavramının statik bir tanımının yapılabilip yapılamayacağı da tartışmaya açıktır. Bu nedenle hukuki düzenlemelerde tıpkı BK md. 19'da olduğu gibi kamu düzeni açıklanmayıp genel ahlak, kamu yararı kavramları gibi kamu düzeni kavramına da atıf yapılmakla yetinilir. Kamu düzeni kavramının ve kamu

⁶⁶ **Atamer**, s.184 vd.

⁶⁷ Yedek hukuk kurallarına aykırılığın kamu düzenine aykırılık oluşturmaya Genel İşlem Şartlarına Aykırılık örnek verilebilir (bkz. **Atamer** s. 183 vd.).

⁶⁸ BK md. 99/2 ve BK md. 343 gibi.

düzenine ilişkin kuralların anlamını ortaya koyabilmek için doktrinde ve mahkeme içtihatlarında bu kavramlara yüklenen anlamlara değinmek gerekmektedir.

Açıklamaların başında belirtilmesi gereken husus “kamu düzeni” kavramının kesin olarak tanımlanmasına ve sınırlandırılmasına olanak bulunmadığıdır. Kamu düzeni zorunlu olarak yoruma açık bir kavramdır; çünkü benzer yönler olmakla birlikte her ülke için o ülkenin kendine özgü tarihsel, sosyal, ekonomik ve diğer koşullarının oluşturduğu özel bir anlam taşır.

Kaboğlu’na göre kamu düzeni, bir insan grubunun gerçek anlamda toplum olmasına olanak veren iç barıştır. Toplumdaki asgari sükûnet, herkese özgürlüklerden yararlanma güvencesi sağlar. Kamu düzeni kavramı idari kolluk hukukunda ise bir yandan kolluk makamlarının müdahale alanlarının sınırlarını belirler, böylece kolluk gücü, ancak kamu dinginliği, güvenliği ve sağlığı öğelerinde somutlaşan olağan düzeni korumak için harekete geçebilir⁶⁹.

Bir kuralın, kamu düzenine ilişkin sayılması için bu kurala aykırılığın, ülkenin hukuk düzeninin temel ilkelerinden birisiyle çatışması ya da ülkenin genel hukuk duygusunu ağır biçimde zedelemesi zorunludur.

Kamu düzenine ilişkin hükümler Türk Hukuk Lügati’nde “Bir memlekette amme hizmetlerinin iyi yapılmasını, devletin emniyet ve asayişini ve fertler arasındaki münasebetlerde huzuru ve ahlak kaidelerine uygunluğu temine yarayan müessese ve kaidelerin hepsi” olarak tanımlanmış ayrıca bu kaide ve müesseselerin tarafların aralarında yapacakları mukavelelerle ihlal edilemeyeceği eklenmiştir

⁶⁹ **Kaboğlu** İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İstanbul,1993, s. 56.

Anayasa Mahkemesi ise 28.1.1964 tarihli bir kararında kamu düzeninin “... toplumun huzur ve sükununun sağlanmasını, devletin ve devlet teşkilatının muhafazasını hedef tutan her şeyi ifade ettiğini, bir başka deyimle cemiyetin her sahadaki düzeninin temelini teşkil eden bütün kuralları kapsadığını” ifade etmiştir⁷⁰.

Anayasa Mahkemesi’nin kamu düzeni tanımında muğlâk ifadelere yer verilmiş olması eleştirilmektedir, çünkü bu kamu düzeni kavramının kullanımını yaygınlaştırmaya müsaittir. Kamu düzeninin sözleşmelere müdahale aracı olarak bu denli geniş bir kullanım sahasının olması ise toplumsal güvensizliğe yol açabilir. Bu nedenle kamu düzeni kavramının sınırları daha belirgin çizilmeli, bu sınırlar çizilirken de Borçlar Hukukunun temel prensipleri özellikle de sözleşme serbestisi prensibi ihlal edilmemelidir. Zira sözleşme serbestisine getirilen sınırlamaların sebebi de bireylerin iradelerinin önüne geçmek değil, irade hürriyetini gerçek anlamda sağlayabilmektir. Nitekim Hukuk Genel Kurulu 1990 tarihli kararında bir hükmün kamu düzenini ilgilendirmesinin ancak ülkenin tarihsel, sosyal, ekonomik ve kültürel gerçeklerinin söz konusu hükmün “vazgeçilmezliğini, toplumsal yararını, hukuk düzeninin korunmasına yönelik amacını” ortaya koyması halinde kabul edileceğini belirtmiştir⁷¹. Bu kararla kamu düzeni kavramının uygulama alanı daraltılarak özgürlükçü hukuk düzenine daha uygun hale getirilmiş, kamu düzeni,

⁷⁰ 28.1. 1964 T. 1963/128 E. ve 1964/8 K. sayılı karar, için bkz. 17.04.1964 tarihli 11685 no’lu RG; **Arsel** 1., Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler, Ankara, 1970, s. 93 vd.

⁷¹ YGHK 12.12.1990 T. 1990/3-527 sayılı Karar için bkz. Karahasan M. R., Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1992 , C. 1, s. 233.

vazgeçilmezlik ve hukuk düzeninin korunması gibi daha kesin bir çerçeveye oturtulmuştur.

C. Kişilik Haklarına Aykırılık

Borçlar Kanunu'nun 19. maddesinde yer alan bir diğer sınırlama da kişilik haklarına ve genel ahlaka aykırı olan sözleşmelerdir. Kişilik hakları kişinin insan olması dolayısıyla sahip olduğu vazgeçilmez, para ile ölçülmez, devredilmez ve mirasçıya geçmez hakların tümüdür⁷². Kişinin özgürlüğü, adı, hayatı, sağlığı ve vücut tamlığı, sırları, onuru, toplumsal imajı, ekonomik özgürlük ve varlığı kişilik hakkının konularındandır. Sınırlı sayıda olmadıkları kabul edilen⁷³ bu değerler,

⁷² **Oğuzman M. K./ Seliçi Ö. / Oktay S.**, Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler, 7. Baskı, İstanbul, 2002 s. 110 vd. Kişilik haklarının nitelikleri:a)Kişilik hakları mutlak hak karakteri taşımaktadır.Bu nedenle tecavüz eden herkese karşı ileri sürülebilir. b)Kişilik hakları şahıs varlığı haklarına dahil olduklarından hiçbir şekilde maddi değere sahip değildirler. Ancak bir kişilik hakkına saldırı maddi ya da manevi zarara uğramaya yol açabilir.Bu durumda zararın tazminini isteme hakkı da doğar. c)Kişilik hakları kişinin kişiliğinden ayrılmaz bir karakter taşıdığından vazgeçilmesi ve devredilmesi mümkün değildir. d)Bu hakların mirasçıya geçmesi de mümkün değildir. e)Bu haklar zamanaşımına uğramaz ve hak düşürücü süre de işlemez. Ancak kişilik haklarına saldırı nedeniyle kazanılan alacak hakkı zamanaşımına uğrar. f)Kişilik hakları esas olarak savunma sağlayan haklardır. Yani kişiye 3.kişilerden gelen saldırılara karşı korurular.

⁷³ **Oğuzman/ Seliçi / Oktay**, s. 115, Zevkliler de toplumun bilimsel ve sosyal yönden gelişeceğini bu gelişimin de toplumsal ilişkileri etkileyeceği, dolayısıyla kişilik hakkı kavramının içeriğini oluşturan kişisel değerlerin zamanla artabileceği, bu nedenle de tek tek sayılmalarının doğru olmayacağı görüşündedir. **Zevkliler A./Acarbey B./Gökyayla E.**,Medeni Hukuk- Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1999, s. 444 vd.

öğretide genellikle maddi bedensel değerler, manevi değerler ve mesleki-ticari manevi değerler olmak üzere üç ana başlık altında toplanmaktadır.

Kişilik hakları, hukuk sistemimizde emredici düzenlemeler olan Medeni Kanunun 23., 24. ve 25. maddeleri ile koruma altına alınmıştır. MK. md. 23’de kimsenin, medeni haklarından ve onları kullanmaktan kısmen de olsa vazgeçemeyeceği, özgürlüğünü kanuna ve ahlaka aykırı şekilde sınırlayamayacağı hüküm altına alınırken, MK. m. 24 ve md. 25’de tecavüz halinde kişilik hakkının korunması düzenlenmiştir. Medeni Kanun’un anılan maddeleri aşağıda aktarılmaktadır:

“Madde 23.- Kimse, hak ve fiil ehliyetlerinden kısmen de olsa vazgeçemez.

Kimse özgürlüklerinden vazgeçemez veya onları hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlayamaz.

Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılması ve nakli mümkündür. Ancak, biyolojik madde verme borcu altına girmiş olandan edimini yerine getirmesi istenemez; maddî ve manevî tazminat isteminde bulunulamaz.

Madde 24.- Hukuka aykırı olarak kişilik hakkına saldırılan kimse, hâkimden, saldırıda bulunanlara karşı korunmasını isteyebilir.

Kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikte özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.

Madde 25.- Davacı, hâkimden saldırı tehlikesinin önlenmesini, sürmekte olan saldırıya son verilmesini, sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespitini isteyebilir.

Davacı bunlarla birlikte, düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayımlanması isteminde de bulunabilir.

Davacının, maddî ve manevî tazminat istemleri ile hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı saklıdır.

Manevî tazminat istemi, karşı tarafça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez; mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçmez.

Davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.”

Ancak belirtmek gerekir ki, kişilik hakları sadece Medeni Kanundaki bu maddelerle değil aynı zamanda Anayasa ile de koruma altına alınmıştır. Örneğin, Anayasa’nın 17. maddesi ile herkese, yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma hakkı (kişiliğini geliştirme hakkı) tanınmaktadır. Anayasa’nın 48. maddesi ile de herkese, dilediği alanda çalışma ve sözleşme özgürlüğü, teşebbüs kurma serbestisi tanınarak, kişilerin ekonomik özgürlük ve varlığı Anayasal koruma altına almıştır. Anayasa’da veya kanunda yazmasa bile kişiliğin geliştirilmesi başlığı altında görülen temel hak ve hürriyetler uluslararası sözleşmelerin ve hukukun genel ilkelerinin koruması altında bulunmaktadır.

Tarafların kişiliği korumaya yönelik hükümleri bertaraf edecek tarzda yaptıkları anlaşmalar, BK. md. 19 uyarınca hem emredici hükme aykırılıktan hem kişilik haklarına aykırılıktan dolayı geçerli kabul edilemez ve sözleşme serbestisinin bir başka önemli sınırını oluştururlar. Kişiliği koruyan hükümler aynı zamanda genel

ahlakı da ilgilendirdiğinden BK. md. 19/2’de yer alan genel ahlaka ilişkin sınırlamanın da kapsamına girmektedirler⁷⁴.

II. Genel Ahlaka Aykırı Olmama

BK md. 19 ve 20’de sayılan sözleşme özgürlüğü sınırlarından biri de ahlak ve adab, bir diğer ifade ile genel ahlak kurallarıdır. Genel ahlak kuralları (ahlak ve adab), belli bir yerde ve belli bir zamanda uyulan asgari ahlakiliği ifade etmektedir. Bir diğer deyişle genel ahlak kurallarını oluşturan belirli bir zamanda “dürüst ve makul” kişilerin ortak görüşleridir⁷⁵. Genel ahlak kuralları, hukuk kurallarından farklı olarak, din kuralları, ahlak kuralları ve görgü kuralları gibi, yazılı olmayan kurallardır. Beraberinde korunmak istenen hukuki menfaatler ile değerler, baskın olan kültüre veya dünya görüşüne göre yani sosyal ahlak anlayışına bağlı olarak zamana ve mekâna göre daima değişime açıktır⁷⁶. Hatta aynı toplumun farklı gruplarının dahi farklı genel ahlak kuralı anlayışının bulunması mümkündür. Örneğin

⁷⁴ MK 23/2 ile BK 20/1 arasındaki ilişki doktrinde tartışmalıdır. Görüşler arasında MK 23/2’nin gereksiz bir düzenleme olduğu, uygulamada asıl BK 20/1 kuralının uygulanacağı, MK 23/2’nin ise ancak istisnaen BK 20/1’in kapsamına girmeyen halleri düzenlediği görüşleri savunulmuştur. Ancak baskın görüş bu iki düzenlemenin birbirini tamamladığı ve her iki düzenlemede geçen ahlaka aykırılığın da aynı kavrama işaret ettiği yönündedir. İster MK 23/2’de yer alan kişilik haklarına aykırılık (aşırı kısıtlama) nedeniyle ister BK 20/1’de yer alan ahlaka aykırılık nedeniyle olsun sözleşmenin geçersizliğine uygulanacak yaptırım türü mutlak veya nispi butlan olacaktır. Bununla birlikte butlanı ileri sürme hakkı sözleşme ile aleyhine düzenleme yapılan tarafa aittir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ateş, s. 163-169, Kocayusufpaşaoğlu, s. 565-578.

⁷⁵ Ateş s. 24.

⁷⁶ Ateş, s. 88.

meslek grupları arasında o mesleğin görülüşünün gereği olarak bir genel ahlak kuralına atfedilen anlamda değişiklikler olduğu kabul edilmektedir.

Ahlak ve adab Türk Hukuk Lügatinde *“ahlak kaidesinin riayeti zaruri saydığı, başka deyimle, bir cemiyette dürüst ve normal insanların çoğunluğu tarafından kabul edilmiş olduklarından uyulması mecburi olan ahlaki esasların bütünü”* olarak, ahlak kaideleri ise *“bir cemiyetin hayatında devirler uzunluğunca veya zamanla yerleşen ve cemiyet hayatının olgunlaşmasına ve gelişmesine yaradığı cihetle cemiyet çoğunluğunun uymaya kendilerini mükellef tuttukları kaidelerin topu”* olarak ifade edilmiştir.

Genel ahlak kuralları bazen kanun metni içine alınarak yazılı bir hukuk kuralı haline getirilmiş, bazen de BK. md. 20’de olduğu gibi yazılı olmayan genel ahlak ve adab kurallarına atıfta bulunulmuştur. Ancak, böyle durumlarda ahlaka aykırılık kavramından neyin anlaşılması gerektiğini kanun koyucu tarafından belirtilmemiştir. Ahlak anlayışının zamana, yere ve topluma göre değişebilir olması söz konusu kavramın kanunda tanımlanmamasını haklı göstermektedir.

Genel ahlak kuralları temellerini sosyolojik düzen kurallarından ve ahlak kurallarından almaktadırlar. Kişilerin maddi, manevi veya sosyal bütünlükleriyle ilgili çeşitli konulardaki menfaatlerini koruyan genel ahlak kuralları çağa göre değişen genel hukuk ilkeleridir⁷⁷. Bu bağlamda genel ahlak kurallarının içeriği yasa koyucu tarafından belirlenmemekte; somut meseleye göre hakim tarafından tespit

⁷⁷ Hukukun genel ilkeleri (*les principes generaux du droit; allgemeine rechtsgrundsätze*), pozitif/mer’î hukuk düzenlemelerinin üstünde, kanunlardaki münferit kuralların temelini teşkil eden ve bilinçli ya da bilinçsiz hukukî yargılarımızı etkileyen, hukuk idesinden doğmuş büyük fikirler ve genel gerçekliklerdir.

edilmektedir. Hakim re'sen dikkate alması gereken⁷⁸ genel ahlak kurallarındaki bu intra legem boşluğu MK md. 4 ile kendisine tanınan takdir yetkisi çerçevesinde somut olayın özelliklerine göre doldurmalıdır. Öte yandan hakim somut olayda uygulaması gereken genel ahlak kuralını belirlerken belli bir yer ve zamanda toplumda bulunan orta zekalı, makul ve dürüst kişilerin, kamusal vicdan tarafından benimsenen ahlak anlayışlarını esas almalıdır. Bu nedenle, kişiden kişiye farklılık gösteren ve bireyin sadece iç dünyasına yönelmiş olan subjektif ahlak anlayışının aksine; genel ahlak kurallarının ölçüsü daima objektiftir⁷⁹. Sözleşmenin ahlaka aykırı sayılması için tarafların ahlaka aykırılığın farkında olmasına gerek bulunmamaktadır⁸⁰. Hakim genel ahlak kuralları ile ilgili intra legem boşluğu doldururken genel ahlak kurallarının korunması ile sözleşme özgürlüğü ilkesi arasındaki menfaat dengesini gözetmekle de yükümlüdür.

Ahlaka aykırılın gerçekleşme biçimleri doktrinde üç başlık altında incelenmektedir. Bunlar:

- Bizzat sözleşmenin yapılmasının ahlaka aykırı olması/Sözleşmede kararlaştırılan edimin ahlaka aykırı olması
- Sözleşme ile takip edilen amacın ahlaka aykırı olması

Ahlaka aykırılık başlığı altında son olarak ahlaka aykırılığın tarafların davranışları ile değil hukuki düzenleme ile ilgili olduğu belirtilmelidir. Dolayısıyla

⁷⁷ YİBK, 14.1.1948 T., 1943/30 E., 1948/2 K.

⁷⁹ Ateş, s. 91.

⁸⁰ Yargıtay da bu görüştedir. Yargıtay 4. H.D.'nin 5.7.1971 tarih 4049 E., 6649 K. sayılı kararına göre "Bir sözleşmenin ahlaka veya hukuka aykırı olup olmadığının taraflarca bilinip bilinmemesinin sonuca etkisi yoktur." (Karahasan, C. 2, s. 324.)

bir sözleşmenin ahlaka aykırı olduğunu ileri sürmek hiçbir şekilde sözleşmeyi yapan tarafları ahlaka aykırı davranmakla suçlamak anlamına gelmez.

III. İmkânsız Olmama

BK md 20'ye göre “Bir akdin mevzuu gayrı mümkün olursa” sözleşme geçersiz olmaktadır. Sözleşmenin konusunun imkânsız olması ise sözleşme konusunu oluşturan edimin yerine getirilmesinin, sadece edim borçlusu için değil; fakat herkes için fiili veya hukuki olarak mümkün olamamasıdır^{81 82}. Burada dikkat edilmesi gereken nokta sözleşmeyi geçersiz kılan imkânsızlığın sözleşmenin yapıldığı anda⁸³ mevcut olan imkânsızlık olmasıdır⁸⁴. Taraflar sözleşmeyi

⁸¹ Eren, s.303 vd.; Kılıçoğlu, s. 57 vd.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 403 vd.

⁸² Geçersizlik (butlan) yaptırımına sebep olan imkansızlığın herkes için geçerli, mutlak ve nesnel (objektif) bir imkansızlık olması gerekmektedir. Ancak günümüzde Roma Hukukundan kalan “impossibilium nulla obligatio est” (olanak dışı sayılan ve dolayısıyla akıl dışı olan edim borçlanılamaz) kuralı çokça eleştirilmekte ve yumuşatılmaya çalışılmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan Rona, Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, 2008, s. 2029-2035.

⁸³ Tıpkı imkânsızlıkta olduğu gibi sözleşmelerde hukuka ve ahlaka aykırılıktan bahsedebilmek için aykırılığın sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olması gerekir. Bir özel hukuk sözleşmesinin geçerli olup olmadığı sözleşmenin kurulduğu an dikkate alınarak değerlendirilir. Sözleşmenin kurulması anında hukuka aykırı olmayan bir işlem sonradan hukuka aykırı hale gelmez. Sözleşmenin yapıldığı andaki hukuki durumun sonradan değişmesi, özel hukuktaki geriye etki yasağı (Rückwirkungsverbot) nedeniyle sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Sözleşmenin kurulmasından sonra bir hukuk kuralının geçmişe etkili sonuçlar doğurarak daha önce yapılan bir sözleşmeyi geçersiz hale getirmesi, sadece söz konusu emredici hukuk kuralının kamu düzeni ve genel ahlaki koruma amacına hizmet etmesi halinde söz konusu olabilir (Buz, s. 250).

⁸⁴ Sözleşmenin ifasının mümkün olmaması sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bir sebebe bağlı olarak da ortaya çıkabilir. Burada sözleşmenin kurulduğu anda edimin ifası yani sözleşmenin

sözleşmenin daha sonra mümkün olabileceği düşüncesi ile kurmamışlarsa sözleşme kurulurken mevcut olan imkânsızlık daha sonra ifa zamanında ortadan kalksa ve sözleşme mümkün hale gelse bile, geçersizliğin ileri sürülmesi hakkın kötüye kullanılması sayılarak MK. md. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmedikçe, sözleşme geçerli hale gelmemektedir⁸⁵.

§ 5. KURULUŞ SERBESTİSİNE GETİRİLEN SINIRLAMA

I. Kamu Organlarının İznine Tabi Sözleşmeler

Geçerli olarak kurulmaları kamu organlarının iznine tabi olan sözleşmeler kuruluş serbestisine getirilen sınırlamalara örnek olarak gösterilebilirler^{86, 87}. Örneğin, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'un ekonomik gücün bir elde toplanarak piyasadaki rekabeti engellemesini önlemeyi amaçlayan 7. maddesinde *"Bir veya birden fazla teşebbüsün hakim durum yaratmaya veya hakim durumlarını güçlendirmeye yönelik olarak, ülkenin bütünü yahut bir kısmında mal veya hizmet piyasasındaki rekabetin önemli ölçüde azaltılması sonucunu doğuracak şekilde birleşmeleri veya herhangi bir teşebbüsün ya da kişinin diğer bir teşebbüsün*

konusu imkansız değildir. Sonradan ortaya çıkan nedenlerle borçlunun kusuru olmadan edimin ifasının imkansız hale gelmesi BK md. 20 hükmüyle değil, BK md. 117 hükmü ile ilgili olup geçersizlik yaptırımıyla değil; borcun sona ermesi konusuyla ilgilidir. **Kılıçoğlu**, s. 58; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 903 vd.

⁸⁵ **Eren**, s.306.

⁸⁶ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 367-368; **Oğuzman/Öz**, s. 129.

⁸⁷ Eğer izne tabi sözleşme, bir tasarruf işlemi mahiyetinde ise, borç doğuran sözleşmenin önceden, izin alınmaksızın yapılmasına engel yoktur. Gerekli izin sonradan alınmazsa hukuki imkansızlık söz konusu olacaktır. Bu durumda imkansızlığa ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı işleme izin verilip verilmemesine bağlıdır; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altóp**, s. 368, dn. 5.

mal varlığını yahut ortaklık paylarının tümünü veya bir kısmını ya da kendisine yönetimde hak sahibi olma yetkisi veren araçları, miras yolu ile iktisap hariç olmak üzere, devralması..." nin hukuka aykırı ve yasak olduğu belirtildikten sonra, ikinci fıkrada hangi tür birleşme ve devralmaların hukuken geçerlilik kazanabilmesi için Rekabet Kurumu'ndan izin alınması gerektiğini Kurulun çıkaracağı tebliğlerle ilan edeceği ifade edilmiştir. Bu durumda söz konusu Tebliğ⁸⁸ hükümlerine göre belirlenen birleşme ve devralmaların geçerliliği Kurulun vereceği izne bağlı olacaktır. Kurulun izin vermemesi halinde birleşme veya devralmaya yönelik sözleşme geçersiz kabul edilecek ve butlan hükümleri uygulanacaktır. 4054 sayılı Kanun'da bildirilmesi gerektiği halde Rekabet Kurumu'na bildirilmemiş ve dolayısıyla izin alınmamış birleşme ve devralma işlemlerinin tabi olacağı hükümler aşağıda aktarılan 11. maddede düzenlenmiştir:

"Bildirilmesi zorunlu olan birleşme ve devralma işleminin Kurula bildirilmemiş olduğu hallerde, Kurul, herhangi bir şekilde işlemten haberdar olduğu zaman kendiliğinden birleşme veya devralmayı incelemeye alır. İnceleme sonucunda;
a) Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girmediğine karar vermesi durumunda birleşme veya devralmaya izin verir, ancak ilgililere bildirimde bulunmadıkları için para cezası uygular.

⁸⁸ 1997/1 sayılı Rekabet Kurulu'ndan İzin Alınması Gereken Birleşme ve Devralmalar Hakkında Tebliğ 12.8.1997 tarih, 23078 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. 1997/1 sayılı Tebliğ'in güncel gelişmelere uyumunu sağlamak amacıyla Tebliğ'de Rekabet Kurulu tarafından 1998/2, 1998/6, ve 2000/2 sayılı Tebliğler ile değişiklikler yapılmıştır ve halen daha 1997/1 sayılı Tebliğ'de değişiklik yapılması ile ilgili çalışmaların bulunduğu Rekabet Kurumu'nun resmi internet sitesinde duyurulmuştur.

b) Birleşme veya devralmanın 7. maddenin birinci fıkrası kapsamına girdiğine karar vermesi halinde; para cezası ile birlikte, birleşme veya devralma işleminin sona erdirilmesine; hukuka aykırı olarak gerçekleştirilmiş olan tüm fiili durumların ortadan kaldırılmasına; şartları ve süresi Kurul tarafından belirlenecek şekilde ele geçirilen her türlü payın veya mal varlığının eğer mümkünse eski maliklerine iadesine, bu mümkün olmadığı takdirde üçüncü kişilere temlikine ve devrine; bunların eski malik veya üçüncü kişilere temlik edilmesine kadar geçen süre içinde devralan kişilerin devralınan teşebbüslerin yönetimine hiçbir şekilde katılamayacağına ve gerekli gördüğü diğer tedbirlerin alınmasına karar verir.”

Aynı şekilde 5411 sayılı Bankalar Kanununu 18. maddesi uyarınca “Bir kişinin, bir bankada doğrudan veya dolaylı pay sahipliği yoluyla sermayenin yüzde onunu ve daha fazlasını temsil eden payları edinmesi veya bir ortağa ait doğrudan veya dolaylı payların sermayenin yüzde on, yüzde yirmi, yüzde otuz üç veya yüzde ellisini aşması sonucunu veren pay edinimleri ile bir ortağa ait payların, bu oranların altına düşmesi sonucunu veren pay devirleri” ve “Yönetim kuruluna veya denetim komitesine üye belirleme imtiyazı veren payların tesisi, devri veya yeni imtiyazlı pay ihracı yukarıdaki oransal sınırlara bakılmaksızın” Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu’nun iznine tabi tutulmuştur. İzin alınmaksızın gerçekleştirilen birleşme ya da devir işlemi baştan itibaren geçersiz sayılacaktır.

Dış ticaret rejimini düzenleyen mevzuat, ithalat, ihracat ve döviz alım satımı gibi bazı işlemlerde de kamu organlarının izni sözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için zorunlu tutulmuştur. Keza Maden Kanunu’nun 39. maddesine göre, maden arama ruhsatnamesinin devrine ilişkin sözleşmeler Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı’nın iznine bağlıdır.

Görüldüğü üzere kamu organlarının iznine tabi kılınan sözleşmelerde, ekonomin sağlıklı işleyişi için devletin alacağı önlemlerin tasarlanması veya sektörel düzenlemelerin ve denetlemelerin gereğince yapılabilmesi gibi ekonomik amaçlar güdülmektedir.

II. Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

Bu bölümde sözleşme yapma yükümlülüğünün pozitif hukukumuzda ne şekilde ortaya çıktığı, hukuki işleme ve kanuna dayanan sözleşme yapma yükümlülüğü türleri ile kamu hukuku ve özel hukuk kaynaklı sözleşme yapma yükümlülüğü örnekleri açıklanacak; sözleşme yapma yükümlülüğünün hukuki temellerine takip eden bölümde değinilecektir.

A. Hukuki İşlemden Doğan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü-Önsözleşme

Doktrinde sözleşme yapma yükümlülüğünün taraf iradelerinden (hukuki işlemden) ve kanundan olmak üzere iki yöntem ile sınırlanabileceği görüşü kabul edilmektedir⁸⁹. Bununla birlikte sözleşmeden (özellikle bir önsözleşmeden) doğan sözleşme yapma yükümlülüğünde gerçek anlamda bir zorunluluk bulunmadığı, zira kişinin sözleşme yapmak konusundaki iradesini yine kendisinin kısıtlamasının gerçek anlamda bir sözleşme yapma yükümlülüğü olarak kabul edilemeyeceği de savunulmaktadır. Bu iddia değerlendirilmeden önce önsözleşmenin (sözleşme yapma vaadinin) tanımı, fonksiyonları ve hükümleri açıklanmalıdır.

⁸⁹ Eren, s. 281; Oğuzman/Öz, s. 137; Kılıçoğlu, s. 150; Buz, s. 117; Gürzumar, s. 43 .

Önsözleşme, tarafların gelecekte borçlandırıcı bir sözleşme kurma konusunda yaptıkları anlaşmadır⁹⁰. Önsözleşmede tarafların yükümlülükleri ileride belirli bir sözleşmeyi kurmaktan ibaret olup taraflar bir şeyin verilmesi veya yapılması şeklinde bir edimi borçlanmamaktadır. Önsözleşmeye konu olabilecek sözleşmeler borçlandırıcı işlem içermelidirler, tasarruf işleminin vaat edilmesi önsözleşmeye konu olamaz. Buna alacağın temlik vaadinin veya taşınmaz satımı sözleşmesinde tasarruf işlemi aşamasının ön sözleşmeye konu edilememesi örnek olarak gösterilebilir.

Hukuki bir kurum olarak önsözleşme incelendiğinde iki temel fonksiyonunun olduğu görülmektedir. Bu fonksiyonlardan ilki ön sözleşmenin asıl sözleşmeye hazırlık safhası oluşturması; ikincisi ise asıl sözleşmenin kurulmasını garanti altına almasıdır. Böylece bir sözleşmenin kurulması için gerekli şartların henüz oluşmadığı hallede önsözleşmeye başvurulması çözüm olmaktadır. Bu durum aynı zamanda önsözleşmenin varlık gerekçesini ve mantığını da açıklamaktadır⁹¹.

Önsözleşmenin kurulması ile alacaklı, edimin yerine getirilmesine ilişkin bir alacak hakkı elde etmektedir. Bu alacak hakkı asıl sözleşmenin kurulmasına

⁹⁰ **Ayrancı** Hasan, Önsözleşme, Ankara, 2006, s. 72; **Eren**, s. 285; **Oğuzman/Öz**, s. 140; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 142.

⁹¹ Önsözleşmenin gerekli bir hukuki kurum olup olmadığı doktrinde uzun süre tartışılmış, gereksiz ve dolambaçlı bir yol olduğu ifade edilmiştir. Ancak günümüzde baskın görüş önsözleşmenin gerekli olduğu ve muhafaza edilmesi gerektiği yönündedir. Bkz. **Ayrancı**, s. 66 vd.; **Eren**, s. 286 vd.; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 142 vd.

ilişkindir. Taraflar ancak asıl sözleşmenin kurulması ile sonuçta elde etmek istedikleri asıl edimin yerine getirilmesi yükümlülüğü meydana getirebilirler⁹².

Önsözleşmenin hukuki dayanağı BK md. 22'dir. Anılan madde metni şöyledir⁹³:

“Madde 22 - Bir akdin ilerde inşa edilmesine dair yapılan mukavele muteberdir.

Kanun iki tarafın menfaatleri için bu akdin sıhhatini bir nevi şekle riayet etmeğe tabi kıldığı takdirde, bu şekil o akdin yapılması taahhüdüne de tatbik olunur.”

Önsözleşmenin geçerli olarak kurulabilmesi için taşınması gereken koşullar şunlardır:

- Önsözleşme bir borçlandırıcı işleme ilişkin olmalıdır. Yukarıda da belirtildiği üzere tasarruf işlemleri önsözleşmeye konu olamaz.
- Önsözleşmenin konusunu oluşturan asıl sözleşmenin konusu yeterli derecede belirli veya belirlenebilir olmalıdır.
- Önsözleşme asıl sözleşmenin bağlı olduğu şekil kurallarına uyularak yapılmalıdır. Bu kural hem BK 22/2'de hem de taşınmaz satış vaadi sözleşmesine ilişkin olarak BK 213/2'de ifade edilmiştir. Dolayısıyla asıl sözleşme örneğin kefalet

⁹¹ Ayrancı, s. 72.

⁹³ Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 29. maddesine göre Önsözleşme şöyle düzenlenmektedir:

“Madde 29- Bir sözleşmenin ileride kurulmasına ilişkin sözleşmeler geçerlidir.

Kanunlarda öngörülen ayrık durumlar dışında, önsözleşmenin geçerliliği, ileride kurulacak sözleşmenin şekline bağlıdır.”

veya bağışlama taahhüdü sözleşmesi yazılı şekilde yapılmak zorunda olduğundan bu sözleşmelerin yapılmasının bir önsözleşme ile vaadi de yazılı şekilde yapılmak zorundadır. Taşınmaz satış sözleşmesi ise tapuda resmi şekilde yapılmasına karşılık taşınmaz satış vaadi sözleşmesi hem tapuda resmi şekle uyularak hem de Noterlik Kanunu md. 60/3 gereğince noterlerce resmi şekilde düzenleme yoluyla yapılabilir.

- Önsözleşme tarafa veya taraflara borcun muaccel olmasıyla tanıdığı sözleşme kurulmasını talep edebilme hakkı, bu talep yerine getirilmezse mahkemeye başvurarak aynen ifa veya tazminat talep etme hakkı tanır⁹⁴.

- Diğer borç sözleşmelerinde olduğu gibi önsözleşmenin de geçerlilik koşullarını taşıması gerekmektedir. Buna göre konusu imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olan önsözleşmeler kurulamaz.

Belirtmek gerekir ki önsözleşme kavramına Borçlar Kanunu'nda yer verilmeseydi de tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi nedeniyle böyle bir sözleşme yapabilmeleri mümkün olurdu⁹⁵.

Önsözleşme, vaat edene asıl sözleşmenin kurulması borcunu yükler. Vaatte bulunan asıl sözleşmeyi kurmaktan kaçınırsa, lehine taahhütte bulunulan, açacağı

⁹⁴ Önsözleşme taraflara sadece sözleşmenin kurulmasını talep etme hakkı verir. İştira (alım), vefa (geri alım) ve şuf'a (önalım) hakları ise inşai (yenilik doğurucu) birer hak olup kullanıldıklarında hak sahibinin tek taraflı iradesi ile ilgili sözleşmenin kurulmasını sağlarlar. Tek tarafın irade beyanı ile sözleşme kurulması sonucu anılan inşai hakların yanında opsiyon sözleşmeleri ile de sağlanabilmektedir. Önsözleşmede tek tarafın değil her iki tarafın iradesinin uyuşmasının gerekliliği önsözleşmeyi bu kavramlardan ayırt etmektedir. **Eren**, s. 290 vd.; **Ayrancı**, s. 87 vd.; **Buz**, Vedat, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara, 2005, s.146-166.

⁹⁵ **Eren**, s. 285; **Ayrancı**, s. 70 vd.

dava ile taahhütte bulunanı sözleşmeyi kurmaya zorlayabilir veya tazminat talep edebilir.

Alacaklının, vaadini yerine getirmeyen borçluya karşı açtığı davada mahkemenin verdiği kararın sözleşmenin kurulmasına zorlayıcı bir hüküm mü, yoksa asıl sözleşmeyi kurucu bir hüküm mü veya sözleşmenin amaçladığı hakkın doğrudan alacaklıya geçmesini sağlayan bir hüküm mü olduğu doktrinde tartışmalıdır. Baskın görüş, mahkeme hükmünün vaatte bulunanın irade beyanı yerine geçtiği ve asıl sözleşmeyi in'ikad ettireceği yönündedir⁹⁶. Gayrimenkul satış vaatlerinde ise mahkeme kararının, usul ekonomisi gerekçesiyle sözleşmenin amaçladığı hakkın alacaklıya geçirilmesini sağladığı kabul edilmektedir. Böylece usul ekonomisi sağlanmakta ve davacının ikinci bir dava ile tescil talebinde bulunması zorunluluğu ortadan kaldırılmaktadır.

Önsözleşmenin hukuki dayanağı sözleşme özgürlüğüdür. Şöyle ki; tarafların asıl sözleşmeyi kurmak imkanına sahip oldukları durumlarda dahi eğer iradelerinden önsözleşme kurmak istedikleri açıkça anlaşılıyorsa iradelerine üstünlük tanınmaktadır⁹⁷.

Diğer taraftan sözleşme özgürlüğü ilkesi önsözleşme ile bir ölçüde sınırlandırılmaktadır. Zira taraflar, önsözleşme ile taraflardan biri veya her ikisi ileride belirli bir edimi yerine getirmek üzere asıl sözleşmeyi akdetmeyi vaat ederek

⁹⁶ Mahkemenin kararı davalı tarafın iradesi yerine ikame edilmektedir. Böylece davalı tarafından yerine getirilmeyen irade beyanı borcu mahkeme kararının şeklen kesinleşmesi ile yerine getirilmiş olur. Borçlanılan irade beyanının sahip olduğu etki, hukuken sonuç doğuran bir mahkeme kararı nedeniyle meydana gelmektedir. **Ayrancı**, s. 177-178; **Kılıçoğlu**, s. 165; **Eren**, s. 292.

⁹⁷ **Ayrancı**, s. 74.

gelecekteki irade özerkliklerini yine kendi iradeleri ile sınırlandırmaktadırlar. Bir başka söyleyişle ön sözleşme, sözleşmeye dayalı sözleşme kurma zorunluluğu doğurmaktadır⁹⁸.

Bireylerin kendi iradeleri ile gelecekte belirli bir konuda sözleşme kurup kurmamak konusunda vaade bulunmaları sözleşme özgürlüğünü kısıtlamaktadır. Bununla birlikte buradaki kısıtlamada, kişi irade özgürlüğünün verdiği yetkileri kullanmakta olduğundan, hukuki işlemde doğan sözleşme yapma yükümlülüğü kanundan doğan sözleşme yapma yükümlülüğüne nazaran daha esnek (yumuşak) bir kısıtlama halidir. Zira doktrinde de genellikle⁹⁹ hukuki işlemde doğan sözleşme yapma yükümlülüğü, sözleşme özgürlüğüne getirilmiş istisnalar arasında zikredilmekte; ancak hemen akabinde bunun gerçek bir kısıtlama olmadığı belirtilmektedir¹⁰⁰.

B. Kanundan Doğan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

a. Kamu Hukukundan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

Kamu hukukundan kaynaklanan sözleşme yapma yükümlülüğü çoğunlukla kamu hizmeti vermekte olan kamu kurum ve kuruluşları ile bu hizmeti bir imtiyaza bağlı olarak yürüten kişi ve kuruluşlar için öngörülmektedir. Kamu hizmeti gören kuruluşların mevzuatında açık bir sözleşme yapma zorunluluğu kuralı getirilmese

⁹⁸ Ayrancı, s. 86.

⁹⁹ Eren ve Oğuzman/Öz önsözleşmenin hukuki işlemde doğan bir sözleşme yapma mecburiyeti doğurduğunu belirtmekte ve önsözleşmenin sözleşme özgürlüğü ilkesine gerçek bir istisna oluşturmadığı görüşüne katılmamaktadırlar (Bkz. Eren, s. 285; Oğuzman/Öz, s. 140.)

¹⁰⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Buz, s. 117.

dahi Yargıtay¹⁰¹ “*hizmetten yararlanacak kişinin gerekli şartları taşıması ve hizmetin görülmesinde kanuni ve teknik imkânların bulunması*” ölçütünü getirerek sözleşme kurma zorunluluğu bulunduğuna işaret etmiştir. Buna göre elektrik, su, doğalgaz, posta veya toplu taşıma hizmetlerini bir kamu hizmeti olarak sunan kamu veya özel sektör işletmelerinin genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir¹⁰². Burada hemen ister mevzuattan veya imtiyaz sözleşmesinden ister yargı kararından kaynaklansın söz konusu sözleşme yapma zorunluluğunun hizmeti sunan tarafı bağladığı unutulmamalıdır. Sözleşmenin karşı tarafı olan hizmeti almaya istekli kişi sözleşme kurup kurmamakta özgürdür.

Diğer taraftan kamu hizmeti veren kuruluşlar ile hizmetten faydalananlar arasındaki ilişkinin sözleşme ilişkisi olup olmadığı doktrinde tartışmalıdır. Bu alanda bir sözleşme yapma zorunluluğundan bahsedilebilmesi için öncelikler kurulan ilişkinin sözleşme olduğunun kabul edilmesi gerekmektedir. Oysa von Tuhr tarafından ifade edilen görüşe göre¹⁰³ kamu hizmeti sağlayanlar ile kamu hizmetinden faydalananlar arasında sözleşme ilişkisi değil, kamu hukukundan kaynaklanan bir ilişki bulunmaktadır. Bir diğer ifade ile kamu hukuku kaynaklı bir düzenleme, kamu hizmeti sunan kişi veya kuruma, kanundan kaynaklanan bir edim borcu yüklemektedir. Bu edim tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleri neticesinde kurulan bir sözleşmeye dayanmamaktadır. Dolayısıyla hizmeti sunan kişi

¹⁰¹ Yarg. H.G.K.nın 13.5.1977 tarih ve E. 4-1976, K. 480 sayılı kararı. (YKD, 1978/8, s. 1255 vd.)

¹⁰² **Oğuzman/Öz**, s. 137; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 366; **Eren**, s.282; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 506; **İnceoğlu** M. Murat, Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi, M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, s. 392.

¹⁰³ **Eren**, s. 283, **İnceoğlu**, s.394.

veya kurum hizmet sağlamaya dair yükümlülüklerini ihlal ederse idare hukuku kapsamında kalan dava ve yaptırımlarla karşı karşıya kalacaktır.

Ancak yukarıda ifade edilen von Tuhr'a ait görüş Yargıtay tarafından benimsenmemiştir. Yargıtay bu tür ilişkileri “iltihaki akidler” olarak adlandırmakta ve sözleşme yapma mecburiyetini demiryolu, tramvay, gaz, elektrik, su, gibi mal ve hizmetleri dağıtan işletmeler için zorunlu görmektedir¹⁰⁴.

Ayrıca belirtmek gerekir ki bu tür kurum, kuruluş veya işletmelerin sözleşme yapma zorunluluğu altında bulunmaları tekel konumunda iseler bu konumlarına da dayandırılabilir¹⁰⁵.

Hatta tekel konumu muhafaza edildiği sürece hizmeti bir kamu kurumunun sunmasının zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılabilir. Örneğin elektrik veya

¹⁰⁴ **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop**, s. 365, dn. 1'den: Yargıtay 4. H.D.'nin 20.3.1980 tarih, 1980/1671 E., 1980/3675 K. sayılı kararına göre “... idarenin objektif şartlarla ilan ettiği hizmetlerin yapılması için kendine düşeni yerine getiren kişi, bu hizmetlerden yeterinde yararlanma hakkını haizdir. Belirli bir bedel karşılığında ve bazı şartlar altında yararlanan hizmetlerin genlik vasfı olmayıp, akdi bir niteliği vardır... Kişilerin belirli şartlara uymak ... ve bir bedel vermek suretiyle faydalandığı bu tür sözleşmeler “iltihaki sözleşmeler”dir. İltihaki sözleşmeler, bir kamu hizmeti ifa edip hukuken veya eylemli olarak tekel durumu arz eden ve halkın bağlanması gereken (nakliye müesseseleri, elektrik, havagazı ya da PTT, su işletmeleri gibi) teşebbüslere ait formüle edilmiş sözleşmeleri ifade eder. Bu sözleşmelerin ayırıcı tarafı, haklın bunları kabul yahut reddedebilmesidir. Teşebbüsün yerine getirmekle yükümlü bulunduğu kamu hizmeti gereğince icap, genel ve devamlı bir nitelik taşır, herkes her zaman böyle bir icabı kabul edebilir. Bu itibarla teşebbüs, icabı kabul eden bir öze ya da tüzel kişi ile (eğer o kişi gerekli şartları haiz ise) sözleşme yapmaktan kaçınamaz.” (Yargıtay 4. H.D.'nin aynı konudaki aynı konudaki 16.6.1975 T., 1975/3743 E., 1975/7667 K. sayılı kararı için bkz. YKD, 1976, S.6 , s. 817-823.)

¹⁰⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 506.

telekomünikasyon hizmetini sunma işini devletten özelleştirme işlemi neticesinde veya bir imtiyaz sözleşmesi ile devralan özel sektör kuruluşları için de sözleşme yapma zorunluluğu, tekel konumları gereği mevcut olacaktır. Buna T.C. Başbakanlık Denizcilik Müsteşarlığı tarafından verilen imtiyaz ile limanlarda kılavuzluk¹⁰⁶ ve römorkaj¹⁰⁷ hizmeti sunan özel sektör kuruluşlarının durumu örnek olarak gösterilebilir. Limanlarda anılan hizmeti sunmak üzere idare ile anlaşmaya varan özel sektör teşebbüsleri tekel konumunda kamu hizmeti sunduklarından hizmetin sunulma sırasında, diğer pek çok konuda olduğu gibi hizmet sunacakları tarafları seçmek hususunda da özgürce hareket edememektedirler. Bu gibi teşebbüslerin teknik nitelikleri bakımından standartlara uyan ve tehlike arz etmeyen tüm gemilere hizmet sunmaları zorunludur.

Diğer taraftan kamu hukuku dallarından biri olan Rekabet Hukuku alanında da piyasadaki rekabetin sağlıklı işleyişini temin etme düşüncesinden hareketle sözleşme kurma zorunluluğu dolaylı olarak öngörülmüştür. Gerçekten 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi, zorunlu bir unsura sahip olan hakim durumdaki teşebbüsün ayrımcılık yapmasının önlenmesi amacıyla kamu hukuku alanında sözleşme

¹⁰⁶ Prof Dr. Ejder Yılmaz'ın hazırladığı Hukuk Sözlüğünde Kılavuzluk hizmeti zorunlu olarak veya geçilen yerin tehlikeli olması nedeniyle isteğe bağlı olarak bir geminin içine (veya yanına) yerli ve tecrübeli bir rehber alınması olarak tanımlanmıştır.

¹⁰⁷ Römorkaj hizmeti, limana yanaşacak yahut limandan hareket edecek, dar suyuollarından geçecek ya da trafik yoğunluğu, coğrafi koşullar gibi nedenlerle seyirin tehlike arz ettiği yerlerde geminin manevrasının tepki süresi kısa, çekme kuvveti çok büyük römorkörler ile sağlanması olarak tanımlanabilir.

özgürlüğüne getirilen bir istisna olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu konuya aşağıda üçüncü bölümde ayrıntılı olarak değinilecektir.

Öte yandan Doğal Gaz Piyasası Kanunu'nun 4/4/e/2. maddesinde toptan gaz satışı yapan tüzel kişilerle serbest tüketiciler sözleşme kurmak isterlerse, bu kişiler tüketicilere gaz bağlantısı yapmak zorundadır.

Aynı şekilde Elektrik Piyasası Kanunu'nun 2/c maddesinde de sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmüştür. Buna göre dağıtım şirketleri, bulundukları dağıtım bölgesinde, başka bir tedarikçiden elektrik enerjisi ve/veya kapasite temin edemeyen tüketiciler bulunması halinde, perakende satış lisansı alarak bu tüketicilere perakende satış yapmak ve/veya perakende satış hizmeti vermekle yükümlüdür.

Telekomünikasyon alanındaki yasal düzenlemelere bakıldığında ise Telgraf ve Telefon Kanunu'nda sözleşme yapma zorunluluğunun getirildiğini görülmektedir. Telgraf ve Telefon Kanunu'nda 4502 sayılı Kanun'la yapılan değişiklik ile hem ara bağlantı hem ulusal dolaşım konusunda bazı şartların bulunması halinde sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Telgraf ve Telefon Kanunu'nun 10 uncu maddesinde yer alan ara bağlantı konusunda sözleşme yapma zorunluluğunun getiren hükme göre;

“Bütün işletmecilerin ve kişisel telekomünikasyon tesislerini kullananların ara bağlantı talepleri, ilgili mevzuatta belirlenen haller saklı kalmak üzere, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler tarafından karşılanır. Ara bağlantı sağlama yükümlülüğü olan işletmeciler, bu maddeye dayanarak çıkarılacak yönetmelik çerçevesinde Kurum (Telekomünikasyon Kurumu) tarafından belirlenir. Ancak, Türk Telekom her halde ara bağlantı sağlama görev ve yükümlülüğüne

tabidir. Kurum tarafından ara bağlantı sağlama yükümlülüğü getirilen işletmeciler ve Türk Telekom “ara bağlantı yükümlüsü” olarak anılır.

Ara bağlantı yükümlüleri, ara bağlantıya ilişkin talepleri bu madde hükümleri çerçevesinde ve eşitlik, ayırım gözetmeme, şeffaflık, açıklık, maliyet ve makul kara dayalı olma ilkeleri temelinde ve ara bağlantı yükümlülerinin veya bunların ortaklarının, iştiraklerinin veya ortaklıklarının, kendi hizmetleri için sağladıkları ile aynı koşul ve kalitede karşılamakla yükümlüdürler. Ara bağlantı sağlanmasına ilişkin teknik olarak imkan dahilinde olan ve ekonomik olarak orantısız maliyetler ihtiva etmeyen talepler, makul ve haklı sebepler saklı kalmak üzere, kabul edilir.

Şebekeler arasında ara bağlantı sağlanmasına yönelik olarak işletmeciler arasında yapılacak anlaşmalar, bu Kanuna ve ilgili diğer mevzuata uygun olarak taraflar arasında imzalanır ve gerekli teknik hükümleri, koşulları ve ücretleri de ihtiva eder. Bu tür tüm anlaşmalar ile bunların ekleri ve değişikliklerinin bir tasdikli sureti Kurum’a sunulur. İmzalanan ve Kurum’da muhafaza edilen tüm ara bağlantı anlaşmaları alenidir, şu kadar ki, Kurum tarafların ticari sırlarını korumak için gerekli önlemleri alır

Ara bağlantı anlaşması ilk talepten itibaren azami üç ay içerisinde sonuçlandırılmadığı takdirde, Kurum, ara bağlantı talep eden tarafın başvurusu halinde, kamu menfaati gözetilerek belirleyeceği esaslar çerçevesinde taraflar arasında uzlaştırma prosedürü işletir ve kamu menfaati açısından makul ve gerekli gördüğü diğer tedbirleri alabilir. Kurum’un bu prosedürü başlatmasından itibaren Kurum tarafından bir dört hafta daha uzatılabilecek olan altı haftalık bir süre içinde tarafların bir anlaşmaya varamamaları halinde, Kurum bu ara bağlantı anlaşması

için uygun gördüğü hüküm, koşul ve ücretleri belirlemeye yetkilidir. Bu hüküm, koşul ve ücretler, taraflar aksini kararlaştırmadıkça veya kararlaştırılncaya kadar geçerli olur...”

Aynı maddede ara bağlantı ile ilgili olarak sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesi dışında, “ulusal dolaşım” (roaming) konusunda da sözleşme yapma zorunluluğu getirilmiştir. Maddeye göre;

“...Bu madde hükümleri dahilinde, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum’un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri, aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden de çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki roaming taleplerini karşılamakla yükümlüdürler.

Kurum; ilgili işletmecilerin, uygun olduğu ölçüde kendi standart hüküm ve şartları içine dahil edebilecekleri, standart ara bağlantı referans ücret tarifeleri yayınlar ve gerektiğinde bunları değiştirir. Kurum; bu maddenin uygulanma esaslarını ve standart referans tarifeleri, ara bağlantı ve roaming anlaşmalarının tabi olduğu ayrıntıları gösteren yönetmelikler çıkartır ve standart referans tarifeleri, şebeke ara bağlantıları ve roaming ile ilgili anlaşmaların telekomünikasyon hizmetlerinin yürütülmesinde ve altyapının işletiminde serbest rekabeti engelleyici sonuçlara yol açmayacak tedbirleri alır, gerektiğinde 7.12.1994 tarihli ve 4054 sayılı Kanun hükümleri çerçevesinde Rekabet Kurumuna başvurabilir”.

Maddede açıkça, ara bağlantı sağlama yükümlülüğü konusunda sözleşme yapma zorunluluğu getirildiği, hatta Türk Telekom her halükarda sözleşme yapma

zorunluluğuna tabi tutulduğu gibi, mobil telekomünikasyon, data veya Kurum'un belirleyeceği diğer hizmet veya altyapı işletmecileri de; aynı alandaki diğer işletmecilerin müşterilerine ait ekipmanların kendi telekomünikasyon sistemleri üzerinden çalışabilmesine izin verilmesine yönelik yapacakları makul, ekonomik açıdan oranlı ve teknik açıdan imkan dahilindeki ulusal dolaşım (roaming) taleplerini karşılamakla diğer bir ifade ile sözleşme imzalamakla yükümlü tutulmaktadırlar. Bu hizmetleri yerine getiren teşebbüsler kamu teşebbüsleri ya da özel teşebbüsler olabilir.

Kamu hukukundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğuna verilebilecek bir diğer örnek ise 3780 sayılı Milli Koruma Kanunu'dur. Milli Koruma Kanunu İkinci Dünya Savaşı'nın ardından ortaya çıkan ekonomik buhran ortamında çıkarılmıştır ve hükümete çalışma, üretim, tüketim ve genel olarak ekonomi alanında normalde öngörülemez derecede geniş yetkiler tanımıştır. Milli Koruma Kanunu haklı bir sebep olmaksızın mevcut bir malı satışa arz etmemek veya satmaktan kaçınmayı yasaklamıştır. Her ne kadar Kanun 16.9.1960 tarihli Bakanlar Kurulu Kararı ile uygulamadan kaldırılarak askıya alınmışsa da yürürlüğü halen devam ettiğinden gerektiği takdirde tekrar uygulanabilecektir.

b. Özel Hukuktan Kaynaklanan Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

Özel hukuktan kaynaklanan sözleşme yapma yükümlülüğü kanunun açık hükmüne dayanabileceği gibi dolaylı yoldan öngörülmüş de olabilir.

Kanunun açık hükmüne dayanan sözleşme yapma yükümlülüğü halleri İş Hukuku, Tüketici Hukuku, Gayrimenkul Kiralanması Hukuku veya genel işlem şartları gibi devletin zayıfı koruma görevini üstlendiği alanlarda karşımıza

çıkılmaktadır. Bununla birlikte özel hukuk alanında sözleşme yapma zorunluluğunun kanun ile öngörülmesinin sınırlı sayıda örneği bulunduğu da unutulmamalıdır.

Özel hukuk alanında genel bir sözleşme yapma yükümlülüğünün öngörülüp öngörülemeyeceği ve eğer bu mümkünse hukuki dayanağının ne olacağı ise halen daha tartışılmakta olan bir husustur. Genel bir sözleşme yapma yükümlülüğüne dayanak olarak bazı yazarlar MK md. 2'yi, bazıları BK md 41/2'yi ve genel ahlak kurallarını, kişilik haklarının ihlali halinde ise MK. md. 24'ü dayanak olarak göstermektedirler. Bunlara BK 19'da geçen kamu düzenine aykırı hukuki işlemlerin geçersizliği kuralını, BK 6'da yer alan zımni kabul kuralını ve BK 7/3'te yer alan *“Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur.”* diyen karineyi de ekleyebiliriz. Özel hukuk alanındaki genel sözleşme yapma yükümlülüğü konusu ve yukarıda sayılan hükümlerin hukuki dayanak olup olamayacakları 3. bölümde inceleneceğinden burada daha fazla ayrıntıya yer verilmeyecektir.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN HUKUKİ TEMELLERİ

Türk-İsviçre Borçlar Hukukunun sözleşmeler konusunda benimsediği ilkenin sözleşme özgürlüğü olduğuna ve sözleşme özgürlüğü ile bu özgürlüğün sınırları konusundaki felsefi düşüncelere yukarıda yer verilmiştir.

Ancak sözleşme özgürlüğünün, “günümüz ihtiyaçlarının karşılanabilmesi”, “sınırsız özgürlüğün doğurduğu mahsurların telafi edilebilmesi” ve “sırf şekli bir özgürlük yerine maddi anlamda özgürlük ve taraf eşitliğinin sağlanabilmesi” amacıyla kısıtlaması gerektiği düşüncesi yaygın bir kabul haline gelmiştir. Bu kabul Alman Anayasa Mahkemesi’nin 19.10.1993 tarihli bir kararına şöyle yansımıştır:

“Bugün, sözleşme özgürlüğünün sadece taraflar arasında yaklaşık bir güç dengesinin var olması durumunda çatışan menfaatleri dengelemeye yaradığı ve zedelenmiş sözleşme eşitliğinin giderilmesinin günümüz Medeni Hukuku’nun en önemli görevlerinden bir olduğu konusunda yaygın bir fikir birliği mevcuttur.”¹⁰⁸

Sözleşme özgürlüğünün sınırları özellikle BK 19 ve 20. maddeler ile ve diğer emredici hukuk kuralları ile belirlenmiştir. Ayrıca Rekabet Hukuku, İş Hukuku, Tüketici Hukuku gibi yeni gelişen hukuk dallarını düzenleyen kanunlarda ve taraflar arasında kurulan sözleşmede de sözleşme yapma zorunluluğu getiren hükümlere yer vermeye başlanmıştır. Son zamanlarda genel bir sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunduğuna yönelik düşüncelerin kabul görmesi de bu akımı tamamlamaktadır.

¹⁰⁸ Kocayusufpaşaoğlu, s. 504-505.

Buna karşılık sözleşme yapma yükümlülüğünün çok istisnai durumlarda kabul edilebileceği asla gözden kaçırılmamalıdır.

§ 6. SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN TANIMI

Sözleşme yapma yükümlülüğü kişilerin sözleşme yapıp yapmama özgürlüğünü kısıtlamakta, sözleşme yapmaktan kaçınmanın hukuka aykırı olduğu durumlar yaratmaktadır. Aşağıda derlendiği üzere sözleşme yapma yükümlülüğünün çeşitli tanımları bulunmaktadır. Doktrinde yapılan sözleşme yapma yükümlülüğü veya sözleşme yapma zorunluluğu tanımları¹⁰⁹ aşağıda aktarılmaktadır:

İsviçre ve Alman Hukuku'nda yapılan tanımlamalardan¹¹⁰ Gauch/Schluep/Jaggi'nin tanımlamasına göre, *“sözleşme kurma zorunluluğu bir kişinin talep etmesi halinde piyasada hakim durumda bulunan kişinin istenen sözleşmeyi kurması yükümlülüğünü* ifade eder. Sözleşmenin kurulması talebinde bulunan kişi hak sahibi konumunda iken, bu talebin muhatabı yükümlü konumundadır.

Nipperdey'e göre *“sözleşme kurma zorunluluğu, hukuk düzeninde yer alan bir norm nedeniyle hukuk süjesinin irade beyanı olmaksızın diğer sözleşme tarafının*

¹⁰⁹ Sözleşme yapma yükümlülüğü konusunun derinlemesine araştırıldığı İsviçre ve Alman Borçlar Hukuku alanlarında kavram için “Kontrahierungszwang” (sözleşme yapma zorunluluğu) ve “Kontrahierungspflicht” (sözleşme yapma yükümlülüğü) olmak üzere iki terim kullanılmaktadır. Ancak doktrinde hakim görüş bu iki kavramın eş anlamlı olduğu yönündedir. **Buz**, s. 116, dn. 6.

¹¹⁰ Bu bölümde aktarılan tanımların bir kısmı Ayrancı'nın “Sözleşme Kurma Zorunluluğu” başlıklı makalesinden alınmıştır.

yararına veya bu sözleşmeye taraf olmayan biri tarafından belirlenen muhteva ile bir sözleşme kurma yükümlülüğüdür.”

Kilian'a göre, *“kişi bakımından önemli mal ve hizmetler hakkında kurulacak sözleşmede hak sahibi bakımından beklenen bir hareket tarzının (diğer bir ifadeyle sözleşmenin kurulması talebinin kabulünün) piyasa şartları nedeniyle kabul edilmemesi halinde bu olumsuz durumu düzelten bir araçtır.”*

Larenz'e göre, sözleşme yapma yükümlülüğü *bir tarafın, diğer tarafın talebi üzerine belirli muhtevada bir sözleşme kurmakla yükümlü olmasıdır.*

Schönenberger/Jaggi'ye göre sözleşme yapma yükümlülüğü, *“kendisiyle sözleşme kurulmak istenen tarafın belirli bir kişiye karşı var olan, bu kişi ile belli bir yaşam ilişkisinin sözleşme konusu yapılmasına ilişkin yükümlülüğüdür.”*

Türk hukukunda yapılan tanımlamalara bakacak olursak Eren, *“Sözleşme yapma mecburiyeti, bazı kişi, kuruluş ve kurumların, hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma yükümlülüğünü ifade eder¹¹¹.”* şeklindeki tanımlamayı benimsemiştir.

Buz'a göre sözleşme yapma yükümlülüğü *“... hukuk düzeninin belirli bir kişi veya kişilere, bu yönde bir iradesi olmamasına rağmen, bazı şahıslar lehine onlarla sözleşme yapma yükümlülüğü yüklemesidir.¹¹²”*

Kocayusufpaşaoğlu'na göre *“Bir kimse kendisine yapılan icabı kabul etmek mecburiyeti altına sokulduğu zaman sözleşme yapma zorunluluğu söz konusu*

¹¹¹ Eren, s. 280.

¹¹² Buz s. 116.

*olmaktadır.*¹¹³” Sözleşme yapma zorunluluğu halinde hem sözleşmeyi yapıp yapmama, hem sözleşmenin konusunu ve karşı tarafını seçme özgürlükleri kısıtlamaya tabi tutulmaktadır.

Özel hukuk alanındaki en temel iki prensip olan özel mülkiyete saygı ve irade özerkliği prensipleri sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesi ile kısıtlanmaktadır¹¹⁴. Sözleşme yapma yükümlülüğü getirilerek irade özerkliğinin ve özel mülkiyetin kısıtlanabileceği ise yukarıda açıklandığı üzere sosyal devlet ve kamu yararı gereklilikleri ile açıklanmıştır.

Sözleşme yapma yükümlülüğünün hangi edimler için uygulanabilir olduğu tartışmalıdır. Kavramın ilk kez uygulandığı davalarda sadece hayati ihtiyaçlar için ve bu ihtiyaç maddelerini başka bir kaynaktan temin etmenin mümkün olmadığı durumlarda sözleşme yapma yükümlülüğünün kabul edilebileceği savunulmuştur. Örneğin bir köydeki tek fırının veya lokantacının başka bir yerden yiyecek temin etmesi mümkün olmayan kişiler ile satım sözleşmesi yapma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmiştir.

Ancak zamanla sözleşme yapma yükümlülüğünün sınırları esnetilerek sağlanmak istenen mal veya hizmetin hayati önemde olması şartı kaldırılmış, sadece aynı edimi kendisinden beklenebilir bir biçimde başka yerden tedarik etme imkanına sahip olmayan kişiye karşı sözleşme yapma zorunluluğu bulunduğu sonucuna ulaşılmıştır.

¹¹³ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 505.

¹¹⁴ “Sözleşme özgürlüğü sorunsalıyla, somut mülkiyet ilişkileri sorunsalının birbirleriyle çok sıkı şekilde bağlantılıdır. Ekonomik açıdan güç sahibi olanın özel mülkiyeti sınırlanmadığı müddetçe, bu güç sahibinin irade özerkliğinin kesin bir şekilde sınırlandırılmış sayılmayacaktır.” **Gürzumar** s. 62.

Başka yerden tedarik imkânının bulunmaması koşulu sözleşme yapmanın reddinin kişilik haklarını ihlal etmediği durumlar için geçerlidir. Eğer reddetme eylemi ile kişilik hakkı ihlali gerçekleştiriliyorsa artık edimin başka yerden temininin mümkün olup olmadığının araştırılmasına gerek kalmadan sözleşme yapmayı reddetmenin manevi zarar doğurduğu ve tazminat talep edilebileceği kabul edilmektedir.

§ 7. MEDENİ HUKUKTA SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜĞÜ

I. Genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülebilir mi?

Sözleşme yapma yükümlülüğünün kanunda açıkça öngörüldüğü hallerde bu yükümlülüğü getiren kanun hükmüne dayanılarak çözüme ulaşılmakta ve böylece hukuki dayanakla ilgili bir problemle karşılaşmamaktadır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde; Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 7. 11. ve 15. maddelerinde; Avukatlık Kanunu'nun 37. maddesinde; Karayolları Trafik Kanunu'nun 91. maddesinde ve İş Kanunu'nun çeşitli maddelerinde hüküm altına alınmış olan sözleşme yapma yükümlülükleri özel düzenlemelere örnek olarak gösterilebilir.

Buna karşılık sözleşme yapma yükümlülüğünü öngören özel düzenlemelerin hiçbirinin kapsamına girmeyen haller için de genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğu Medeni Hukuk alanında baskın olan görüşe göre kabul edilmektedir. Bizim de katıldığımız bu çözüm tarzı özel düzenlemenin bulunmadığı fakat hakkaniyetin sözleşme yapılmasını talep eden tarafın menfaatini daha üstün tuttuğu hallerde başvurulabilecek bir çaredir. Bu gibi durumlarda sözleşme yapma

yükümlülüğü dolaylı olarak kanundan doğmaktadır. Ancak genel bir sözleşme yapma yükümlülüğünün hukuki dayanağın ne olacağı doktrinde tartışmalıdır.

Bu hukuki dayanaklar arasında başta MK md. 2 ve güven ilkesi (özellikle de hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenleyen MK md. 2/2) olmak üzere, BK md. 6, BK md 7/3, BK md. 41/2 ve MK md. 24 gösterilmektedir.

Genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmesinde en çok başvurulmuş düzenlemeler MK md. 2 ile BK md. 41/2'dir. Ayrıca İsviçre Hukukunda son zamanlarda savunulan bir görüşe göre güven ilkesi ile birlikte zımni kabulü düzenleyen BK md. 6 da genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmesinde hukuki dayanak olarak kabul edilebilir.

Anılan hükümlerin genel bir sözleşme yapma zorunluluğuna hukuki dayanak oluşturmaya ne derecede uygun olduğu aşağıda ayrıntılı olarak incelenmektedir.

A. Genel Bir Sözleşme Yapma Yükümlülüğünü BK md. 7/3'e Dayandıran Görüş

Sözleşme yapma zorunluluğunu BK md. 7/3'e dayandıran görüşe İsviçre Federal Mahkemesi tarafından görülen bir davada davacının iddiaları arasında rastlanılmıştır¹¹⁵.

BK md. 7/3'e göre "*Semenini göstererek emtia teşhiri, kaideten icap addolunur.*" Fiyatı belirtilerek mal sergilenmesini kural olarak icap sayan bu karine hem müşterilerin vitrinde sergilenen ürünlerle haksız yere aldatılmasının hem de haksız rekabetin önlenmesini amaçlamaktadır. Bu hükmün konumuz bakımından

¹¹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 516. Anılan davanın konusu için bkz. aşağıda s. 106.

uygulanma alanına gelince; bir malın bedelini belirterek teşhir edilmesi ilke olarak icap sayıldığından, bu malın satımına ilişkin talepleri reddetmek sözleşme yapma yükümlülüğünün ihlali olarak değerlendirilebilecektir. Bu görüş özellikle lokanta, otel gibi topluma sürekli olarak sunulan mal (ve hizmetleri¹¹⁶) sunanlar bakımından sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğunu savunmaktadır.

Buna benzer bir görüşe Fransız hukukunda rastlamak mümkündür. Tüketici Kanunun Art. L.122/1 ve Ticaret Kanununun Art.L.442-1 hükümleri uyarınca, tüketiciler tarafından yapılan satım veya iş görme sözleşmelerinin kurulmasına ilişkin bir icabın haklı bir neden(motif légitime) reddedilemeyeceği düzenlenmiştir. Ayrıca Bankalar Kanununun 58. maddesinde de bankaların mevduat hesabı sözleşmesi yapmaktan kaçınamayacakları düzenlenmiştir¹¹⁷.

Ancak genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülebilmesi için BK md. 7/3'ün pek de elverişli olmadığı düşünülmektedir. Öncelikle bedelini belirterek mal teşhir etmenin çoğu zaman icap değil; icaba davet olarak kabul edilmesi gerektiği doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilmektedir¹¹⁸. Ayrıca bizim de katıldığımız görüşe göre BK md. 7/3 “mal teşhiri”nden bahsettiği için sadece konusu bir mal olan (hizmet değil) sözleşmelerde uygulanabilir. Son olarak teşhir edilen ürünler bakımından karşı tarafın kabulü halinde sözleşmenin kurulmasının sebebi sözleşme yapma yükümlülüğünden ziyade icabın bağlayıcılığı olacaktır.

¹¹⁶ Konusu bir mal değil de hizmet sunulması olan sözleşmelerde BK 7/3'ün uygulanıp uygulanamayacağı doktrinde tartışmalıdır. Farklı görüşler için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 190; **Oğuzman/Öz**, s. 147; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 366.

¹¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Arnet**, s.32 vd.

¹¹⁸ **Oğuzman/Öz**, s. 51-52; **Eren**, s. 230; **Kılıçoğlu**, s. 42; **Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 84.

B. Genel Bir Sözleşme Yapma Yükümlülüğünü MK 24'e Dayandıran Görüş

MK md. 24-25'te düzenlenmiş olan kişiliğin korunmasına dair hükümlerin de sözleşme yapma yükümlülüğünün doğumunda ve hayata geçirilmesinde uygulanabileceği kabul edilmektedir. Gerçekten de sözleşme yapmayı reddetmenin aynı zamanda bir kişilik hakkını ihlal ettiği tespit edilebiliyorsa bu durumda hem tazminat davası açılması hem de MK md. 25'te tanınan önleme, durdurma ve tespit davası açmak gibi çeşitli imkânlarla başvurulması mümkündür.

Örneğin bir lokantada zenci olan birisi ile sırf ten rengi nedeniyle sözleşme yapılmasından kaçınılacak olurda bu kişi MK md. 23-25 hükümlerine dayanarak tazminat talep edebileceği gibi aynen ifa talebiyle dava açarak o lokantada kendisine hizmet sunulmasını da sağlayabilir. Aynı şekilde bir mesleğe kabul bakımından hukuki olarak bir engel olmamasına rağmen cinsiyet ayrımına gidilmesi halinde de aleyhine ayrımcılık yapılan kişinin sözleşme yapma zorunluluğuna başvurması mümkündür.

Ne var ki genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğu düşüncesi tek başına kişiliğin korunmasına dair hükümlerle açıklanamamaktadır. Aksi halde kişilik haklarının zedelenmesi ile ilişkisi bulunmayan olaylar bakımından bir yükümlülükten bahsedilemeyecektir. Gerçi kişinin ekonomik varlığını devam ettirme özgürlüğünün de bir kişilik hakkı olduğu kabul edildiğinde MK 24'ün uygulama alanı genişlemektedir ancak yine de bu durum MK 24'ün hakkaniyetin gerektirdiği bütün sözleşme yapma ihtiyaçları bakımından uygulanabilecek bir hüküm olmadığı düşüncesini değiştirmemektedir.

Diğer yandan MK 24'ün ihlali halinde mağdura MK 25'te tanınan dava imkânları kişilik haklarına saldırıda bulunan kişinin bu eyleminin önlenmesi, eyleme son verilmesi veya eylemin tespitiye yöneliktir. Bu davaların ardından (veya birlikte) (maddi-manevi) tazminat istemleri gelecektir. Ancak önleme, tespit veya son verme davalarında failin aktif bir davranıştan (saldırıdan) kaçınması sonucuna odaklanılmıştır. Oysaki sözleşme yapma yükümlülüğünü ihlal eden kişi aktif değil, pasif bir davranışta bulunmakta, sözleşme kurmamaktadır. Bu durumda mahkemenin “sözleşme yapmaktan kaçınmaktan kaçınılması gerektiği” gibi anlaşılması güç bir karar vermesi gerekecektir¹¹⁹. Ayrıca MK 25'in aynen tazmine olanak tanıyacak bir hüküm olmadığı, çünkü özünde bir saldırı fiilini önlemeyi ve eski duruma iadeyi hedeflediği gözden kaçırılmamalıdır. Oysa sözleşme yapma yükümlülüğü getirilerek yeni bir hukuki durum yaratılır. Sonuç olarak MK 25'te tanınan dava imkânlarının sözleşme kurulması sonucunu sağlayabilecek açıklıkta olmadığı düşünülmektedir.

C. Genel Bir Sözleşme Yapma Yükümlülüğünü BK 41/2'ye Dayandıran

Görüş

Borçlar Kanunu'nun 41 inci maddesinde yer alan;

“Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet veren şahıs, kezaik o zararı tazmine mecburdur.”¹²⁰

¹¹⁹ Aksi görüşte **Arnet**, s.306 vd.: Yazar sözleşme yapma yükümlülüğünün yerine getirilmemesi halinde hukuka aykırı durumun ortadan kaldırılması davası(Beseitigungsklage) veya tespit davası açılabileceği ve bu yolla sözleşmenin kurulmasının sağlanabileceği görüşündedir.

¹²¹ Borçlar Kanunu Tasarısı'nın 49. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan paralel düzenleme ise şöyledir: “Zarar verici fiili yasaklayan bir hukuk kuralı bulunmasa bile, ahlâka aykırı bir fiille başkasına kasten zarar veren de, bu zararı gidermekle yükümlüdür.”

hükümünün de sözleşme yapma zorunluluğunun getirilmesinde dayanak oluşturabileceği doktrinde ifade edilmektedir¹²¹. BK 41/2 nin koşullarının ortaya çıktığı durumlarda sözleşme yapmaktan kaçınılması halinde “Ahlaka mugayir bir fiil ile başka bir kimsenin zarara uğramasına bilerek sebebiyet verme” halinin oluşacağı, bunun ise madde kapsamında bir haksız fiil olduğu ve maddeye dayanılarak aynen tazmin şeklinde sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebileceği ya da nakden tazmin yoluna gidilebileceği belirtilmektedir¹²².

BK md. 41/2 hükümünün sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmesindeki rolüne geçmeden önce hükmün esasının ve uygulanma şartlarının kısaca açıklanmasında yarar görülmektedir.

BK md. 41/2’ye göre, genel ahlak kurallarına aykırı bir fiil ile başkasına zarar veren kişi, davranışı haksız fiile neden olacağından kusur sorumluluğu esası çerçevesinde karşı tarafın zararını tazmin etmekle yükümlüdür. Bu hükümle kanun koyucunun amacı, doğrudan bir koruma normunu ihlal etmeyen yani dar anlamda sorumluluk hukuku alanında hukuka aykırılık yaratmayan ancak, toplumun genel ahlak değerlerini inciten davranışları yaptırıma bağlamaktır. Böylece pozitif hukukun dışlamadığı bununla birlikte toplumun da etik olarak kabullenemeyeceği davranışlara yaptırım bağlanarak sorumluluk alanı genişletilmektedir¹²³.

¹²¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 508; Oğuzman/ Öz, s. 554; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 581; Ayrancı, Sözleşme Kurma Zorunluluğu, s. 18; İpek, s. 87.

¹²² Eren, s. 284; Oğuzman/ Öz, s. 139-140.

¹²³ Eren bireylerin haklarını, hukuki varlık ve menfaatlerini zarar verici fiil ve olaylara karşı koruma amacı güden davranış normlarına “Koruma Normları-Schutznormen” denildiğini, koruma normları eğer mutlak haklara yönelik ise “temel koruma normu” olarak; mutlak hak niteliği taşımayan

Şu durumda BK 41/2'nin uygulama koşulları aşağıdaki gibidir:

- Genel ahlaka aykırı bir davranış bulunmalıdır. Davranışı gerçekleştiren kişinin bu aykırılığın farkında olması gerekmektedir.
- Kusurun kast derecesinde olması, bir diğer deyişle kişinin hem genel ahlaka aykırı davranışı tasarlaması hem de zararlı sonucu istemesi gerekmektedir.
- Sorumluluk şartları arasında elbette zararın doğmuş olması ve fiil ile zarar arasında illiyet bağının bulunması da yer almaktadır.

Belirtmek gerekir ki bir çerçeve norm niteliğindeki BK md. 41/2 son yıllarda çok daha az başvurulmuş bir hüküm halini almıştır. Çünkü kişilik hakları, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralı gibi BK md. 41/2 ile kesişen uygulama alanları bulunan kavram ve kurumlar gittikçe yaygınlaşmış, bu da BK md. 41/2'yi tali konuma sokmuştur. Ayrıca Rekabet Hukuku ve Tüketicinin Korunması Hukuku gibi özel alanların ortaya çıkması ile genel ahlaka aykırı davranış tiplerine uygulanabilecek kanun hükümlerinin çoğalmasından dolayı da bu sonucu desteklemektedir. Ancak yine de genel ahlaka aykırılık sözleşme dışı bir sorumluluk alanı olarak varlığını sürdürmektedir.

Ahlaka aykırı davranış ile başkasına zarar vermeye örnek olacak davranışlar arasında üçüncü kişinin sözleşme taraflarından birine zarar vermek amacıyla diğer tarafı sözleşmeye aykırı davranışta bulunmaya itmesi; hayati önemdeki bir edimle

menfaatlere yönelik ise “ferdi/dolaylı/özel koruma normu” olarak adlandırılacağını belirtmektedir. Eren BK md. 41/2 hükmünün dolaylı koruma normlarına dahil olduğunu tespit etmektedir; bkz. **Eren**, s. 574, 583.

ilgili haklı sebep yokken sözleşme yapmayı reddetmek¹²⁴; üçüncü bir kişiyi tehlikeye karşı uyarmaktan kaçınarak ona zarar vermek; istenmediği halde doğru olmayan görüş ve tavsiyelerde bulunmak; sözleşmeyi yerine getireceğine ve borcu ifa edeceğine dair inanç oluşturmak sayılabilir.

BK md. 41/2'nin ihlal edilmesi halinde de tazminat koşullarını düzenleyen BK md. 43 uygulanacaktır. Tazminatın tayini konusunda BK 43/1 "*Hakim, hal ve mevkiin icabına ve hatanın¹²⁵ ağırlığına göre tazminatın suretini ve şümülünün derecesini tayin eyler*" demektedir. Görüldüğü üzere hakim zararın giderilmesi için aynen tazmine veya nakden tazmine (tazminat olarak para ödenmesine) karar verebilir. Nakden tazmin, mağdurun malvarlığında meydana gelen azalmanın değer olarak giderilmesi, aynen tazmin ise mağdurun malvarlığının eski hale getirilmesi suretiyle zararın giderilmesi amacını güder.

Hakim tazminatın tarzını belirlerken taleple bağlı değildir ancak talep edilmediği halde nakden tazmin yerine aynen tazmine veya bunun aksine karar verirse gerekçesini açıklamak zorundadır.

Aynen tazminata hem gerçekleştirilmesindeki zorluk hem de çoğu zaman artık edimin aynen ifasının değerini yitirmiş olması nedeniyle nadiren başvurulmaktadır. Esasen hakim, aynen tazmine, ancak tayin edilecek tazmin

¹²⁴ İsviçre Federal Mahkemesi JdT 1971 I 517 sayılı kararı ile bir olayda bir kimse için hayati önem taşıyan bir akdi yapmaktan kaçınmanın ahlaka aykırı bir fiille bilerek zarar vermek olarak kabul edileceğini tespit etmiştir. **Oğuzman/Öz**, s. 519.

¹²⁵ Burada "hata" kelimesi ile kastedilen aslında "kusur"dur. Hakim tazminatın türünü ve miktarını belirlerken kusurun ağırlığını da dikkate alacaktır.

tarzının mağduru tatmin edeceği kanaatine varırsa karar verebilir¹²⁶. Aynen tazmine örnek olarak yok edilen bir malın aynısının verilmesi; failin hilesi sonucu mağdurun üçüncü bir kişiye karşı üstlendiği borcun davalıya (faile) devredilmesi; kirletilen bir alanın temizlettirilmesi halleri gösterilebilir.

BK 41/2'nin uygulama alanını kısaca özetledikten sonra genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmesindeki rolüne geçecek olursak, bu hükmün aynen tazmin imkânı sağlamasına dikkat çekilmektedir. Aynen tazminin bir sözleşmeyi ahlaka aykırı olarak yapmaktan kaçınan kişinin bu sözleşmeyi yapmak mecburiyetinde bırakılması şeklinde olabileceği savunulmaktadır.

Bununla birlikte aynen tazminde genellikle bir eski hale iadenin tesisi söz konusudur. Sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmesi ise yeni bir hukuki ilişkinin sıfırdan doğumu niteliğindedir.

Ayrıca bir sözleşmenin yapılmamış olmasının haksız fiil neticesinde oluşan bir zarar olarak nitelendirilmesi de güçtür. Zira zarar malvarlığında bir azalma olmasını gerektirir. Oysaki hedeflenen bir sözleşme kurulmadığında tarafların edim ve karşı edim yükümlülükleri hiç doğmamaktadır. Eğer hedeflenen sözleşme kurulmuş olsa idi iki taraf da bir menfaatler dengesinde olduğu kabul edilen bir takım hak ve borçlar üstleneceklerdi. Dolayısıyla bir sözleşmenin kurulmamış olması hakların doğumunu engellediği gibi borçların doğumunu da engellemektedir. Kaldı ki sözleşmenin kurulamamış olması zarar olarak kabul edilse bile bu zararın hedeflenen sözleşmenin kurulması ile (aynen tazmin yolu ile) hayata geçirilmesini istemek tazminat niteliği taşımayacaktır. Çünkü tazminatta tek taraflı bir yükümlülük

¹²⁶ Oğuzman/Öz, s. 556.

olması gerekirken hedeflenen sözleşmenin kurulması sağlanarak iki tarafa birden hak ve borçlar yüklenilmektedir. Sonuç olarak BK 41/2'nin aynen tazmin imkanı sağlayarak genel bir sözleşme yapma yükümlülüğüne hukuki dayanak oluşturmamasının önünde yukarıda özetlenen eleştiriler birer engel olarak durmaktadır¹²⁷.

Bu eleştiriler nedeniyle BK 41/2'ye dayanılarak sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmesinin aynen tazmin yoluyla değil; anılan hükmün doğurduğu yükümlülüğün aynen ifası yoluyla sağlanabileceği savunulmuştur. Aynen ifada kurulmak istenen sözleşmesel ilişkinin hakim kararıyla kurulmuş sayılması talep edilmektedir. Aynen tazmin yerine aynen ifa talep edilmesinin daha doğru olduğunu kabul etmek, aynen ifada kusur ve zararın ispatı gerekmediğinden isabetli gözükmektedir. BK 41/2'ye dayanan tazminat veya aynen ifa taleplerinin biraz daha ayrıntılı incelenmesi yararlı olacaktır.

BK 41/2'nin sözleşme yapma yükümlülüğü doğurduğu kabul edildiğinde bu yükümlülüğün ihlalinin sonucu ne olacaktır?

Bu durumda mağdur konumdaki kişi sözleşme kurulmamasından dolayı uğradığı zararın tazminini talep edebileceği gibi, açacağı aynen ifa davası ile sözleşmenin hakim kararı ile kurulmasını da sağlayabilir.

Eğer ahlaka aykırı olarak kendisiyle sözleşme yapılması reddedilen mağdur tazminat talebinde bulunmak istiyorsa ciddi bir güçlükle karşılaşacaktır. Çünkü BK 41/2 ispat açısından kendisini zor durumda bırakmakta, davacıdan hem zararı hem de zarar verenin zarar verme kastını ispatlamasını istemektedir. Ancak failin ahlaka

¹²⁷ Burada dile getirilen eleştiriler için bkz. **Arnet**, s.245 vd. ve s.250 vd.

aykırı olarak ve kasten sözleşme yapmaktan kaçındığını ispatlamak pek mümkün gözükmemektedir.

BK md 41/2'nin tazminat davaları açılması bakımından dezavantajlı koşullar sunması (zararın ve kastın ispat edilmesi zorunluluğu) bu maddenin tazminat dışında başka taleplere de imkan verip vermediğinin araştırılmasına neden olmuştur. BK md. 41/2'nin tazminat talebi dışında iki farklı imkan daha sunduğu doktrinde kabul edilmektedir¹²⁸.

Bu imkanlardan ilki zararın ve kusurun varlığını gerektirmeyen önleme ve durdurma davaları açılabilmesidir. BK 41/2'nin ihlali ile ortaya çıkan sözleşme yapma yükümlülüğünün yerine getirilmemesine dair hukuka ve ahlaka aykırılık önleme ve durdurma davaları ile ortadan kaldırılabilir. Böylece kendisine karşı sözleşme yapma yükümlülüğünün ihlal edileceğini anlayan kişi tecavüzün önlenmesi amacıyla dava açılabilceği gibi başlamış bir tecavüze son verilmesini de talep edebilecektir. Örneğin kasabanın tek lokantacısının veya fırınının o kasabaya ilk kez gelen bir kişiye karşı mal vermeyi reddetmesi halinde sözleşme yapma talebi reddedilen kişi bu saldırıya son verilebilmesi için durdurma davası açabilir¹²⁹.

Burada yukarıda MK 24'ün sözleşme yapma yükümlülüğü konusundaki fonksiyonuna getirilen eleştiri tekrar edilmelidir. Şöyle ki sözleşme yapmaktan kaçınan kişinin aktif bir davranışının bulunmaması nedeniyle kendisine karşı bir önleme veya durdurma davası açılması anlamsız hale gelmektedir. Bu konuyu biraz daha açacak olursak; önleme ve durdurma davalarının failin olumsuz bir davranışına

¹²⁸ Tandoğan, s. 245; Kocayusufpaşaoğlu, s. 508.

¹²⁹ Burada önleme ve durdurma davalarının kısa sürede sonuçlanması gereken haller için pratik bir çözüm oluşturmayacağını belirtmek gerekir.

(saldırıdan kaçınmasına) yönelik olduğu; olumlu bir davranışın aynen yerine getirilmesini istemeye yönelik talepler için önleme veya durdurma davalarının açılmayacağı savunulmuştur¹³⁰.

BK md. 41/2 ve BK 19-20’de atıf yapılan genel ahlak kurallarının bireylere genel ahlaka uygun davranma ödevi yüklediği kabul edilmektedir. Böylece genel ahlak kurallarının, ahlaka aykırı sözleşme yapmanın reddedilmesini yasakladığı sonucuna ulaşılmakta; bu da haksız yere sözleşme yapma talebi reddedilen kişiye bir hukuki dayanak daha yaratmaktadır. Alman Hukuku öğretisinde kabul edilen bu görüşe göre bir kanun hükmü, belirli bir davranışa tazminat yaptırımını bağlamışsa, bundan örtülü biçimde o davranış yasakladığı sonucu da çıkar¹³¹. Şu halde, ahlaka aykırı davranışlar için bir tazminat ödenmesini öngören BK md. 41/2 (ve genel ahlak kuralları), aynı zamanda, bu gibi davranışları yasaklayan ve onlardan kaçınmayı emreden bir hükümdür. Dolayısıyla sözleşme kurmanın reddedilmesi ahlaka aykırı olduğu için yasaklanmışsa o sözleşmenin kurulması da emredilmiş demektir. Bu yorum tarzı kanun koyucunun iradesi ile ve hukuk düzeninin temel ilkeleri ile uyum içindedir. Bir diğer ifade ile BK md. 41/2’nin ahlaka aykırı olarak sözleşme yapmanın reddedilmesini yasakladığı, bu yasaklamanın söz konusu olduğu hallerde sözleşme yapma yönünde ödev yüklediği sonucu çıkarılmaktadır. Sonuç olarak sözleşme yapma yükümlülüğünün ihlali halinde hem tazminat, hem de yükümlülüğün aynen ifası¹³² talepleriyle dava açılabileceği kabul edilmektedir.

¹³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 510, dn. 21’deki yazarlar.

¹³¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 511.

¹³² Aynen ifayı talep etme imkanının sadece kurulmak istenen sözleşmenin konusunun belirli veya belirlenebilir olduğu durumlarda var olduğu kabul edilmektedir. Sözleşmenin esaslı noktaları

Açılacak davaya gelince; sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde sözleşmenin kurulmuş sayılması için dava açılırken sözleşmenin ifası da aynı anda talep edilebilecektir¹³³. Böylece tıpkı önsözleşmede olduğu gibi sözleşmenin kurulmuş sayılması için ayrı; sözleşmenin icrası için ayrı dava açmak gerekmeyecektir.

D. Genel Bir Sözleşme Yapma Yükümlülüğünü MK md. 2'ye Dayandıran Görüş

Medeni Kanun'un 2. maddesi "Dürüst davranma" başlığı altında dürüstlük kuralını ve hakkın kötüye kullanılması yasağını düzenlemektedir. MK md. 2'ye göre:

"Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır.

Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz."

MK md. 2'nin sözleşme yapma yükümlülüğü bakımından önemini açıklamadan önce hükmün kendisinin anlaşılmasında yarar görülmektedir. Bu nedenle aşağıda dürüstlük kuralının ve konumuz bakımından öncelikli olarak

tarafların müzakereleri ile ortaya çıkacaksa bu halde aynen ifa değil; koşulları varsa tazminat talep edilebilecektir. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 512 ve s. 514, dn. 29'da zikredilen yazarlar.

¹³³ Fransız Hukukunda kabul edilen "astrent" (astreinte) kurumu, özellikle yapma ve yapmama borçlarının fiilen yerine getirilmesini sağlamak bakımından önemli bir yere sahiptir. Buna göre borcunu kendi isteğiyle yerine getirmeyen borçlunun alacaklıya ödemek zorunda kalacağı para miktarı hakim tarafından önceden taksir edilmekte ve böylece ona, mahkeme hükmünü cebren icra ettirme gereği kalmaksızın, gerekeni yapması için gözdağı verilmektedir. Bizde de bu kurum kabul edilmiş olda idi ahlaka aykırı olarak sözleşme yapmayı reddeden kişi üzerinde bir baskı oluşturabilirdi.

Kocayusufpaşaoğlu, s. 514.

başvurulan hakkın kötüye kullanılması yasağının dayandığı temel düşünceler aktarılmaya çalışılmıştır.

MK md. 2 hükmünün ilk fıkrası hukuki ilişki içindeki kişilerin karşılıklı olarak birbirini gözetme yükümlülüğünü düzenlerken (dürüstlük kuralı); ikinci fıkrası, ileri sürülmesi açıkça adaletsizlik doğuracak bir hakka dayanmayı yasaklar (hakkın kötüye kullanılması yasağı).

Başkalarının özgürlüğünün sınırlandığı noktada bireyin özgürlüğünün sona ermesinde olduğu gibi, başkasının hakkına tecavüz edildiği zaman da haklar sona ermektedir. Hukuk düzeninin devamı için zorunlu olan bu kural, doğal karşılanmakta ve kanunda yazılı olmasa bile kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır¹³⁴. MK md. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralının ve hakkın kötüye kullanılması yasağının varlık amacı Anayasa’nın herkese tanıdığı temel hak ve hürriyetlerin başkasına zarar vermek amacıyla kullanılmasını önlemektir. Bu anlamda dürüstlük kuralı gerek hukuki işlemde gerekse kanundan doğan hakların kullanılmasına ve borçların yerine getirilmesine bağlı bir *düzeltilici norm* işlevi görmektedir. Aynı zamanda uluslararası hukukta *bona fides* olarak adlandırılan dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı hukukun genel ilkeleri arasında da zikredilmektedir¹³⁵.

Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı günümüzde Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku İlkeleri (Principles of European Contract Law) içinde de yerini almıştır. Bunun konumuz bakımından önemi ise emredici kurallar yanında

¹³⁴ **Akyol Şener**, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995, s. 1 vd.; **Hatemi Hüseyin**, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, s. 15.

¹³⁵ **Edis Seyfullah**, Doğruluk ve Güven Kuralının Hukuki Niteliği, AÜHFD, Yıl: 1973, C. 30, S. 1, s. 447-460.

dürüstlük kuralının da sözleşme özgürlüğünün bir sınırı olarak madde 1:102’de açıkça gösterilmiş olmasıdır¹³⁶.

Bütün hakların kullanılmasında dürüstlük kuralına uyulması zorunludur. Dürüstlük kuralı bir kimseden namuslu dürüst bir insan olarak beklenen davranışı ifade eder. Hak sahibi hakkını kullanmada tümüyle serbest değildir. Hakkın tanınmasındaki amaca uygun olarak kullanılması gerekir. Bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve böylece o hak kötüye kullanılmış olur. MK md. 2 hükmünün günümüzde sadece hakların kullanılmasında değil, hukuki kurum ve ilişkilerin yorumlanmasında da göz önüne alınmaya başlandığı da unutulmamalıdır.

Bir hakkın kullanılmasının başkası için haksızlık oluşturması ilk bakışta mümkün değilmiş gibi düşünülse de, eğer hakkın kullanımı haksızlığa neden oluyorsa o noktada gerçek değil; “görünüşte” bir hak bulunmaktadır. Hukuk düzeni gerçek ve görünüşte hak ayrımını yaparak hakkın kötüye kullanılmasının önüne geçebilmektedir. Yasal sınırlar içinde kullanılan ve başkasını gereksiz yere zarara sokmayan hak “gerçek hak”; kötüye kullanılan hak ise “görünüşte hak” olarak adlandırılmıştır¹³⁷.

Hakkın kötüye kullanılması yasağı bir hakkın amacına aykırı olarak kullanılması ve kullanılmasında hak sahibinin hiç yararının olmadığı veya çok az ve sınırlı yararının olduğu hallerde uygulanmaktadır. Hakkın hukuk düzenince

¹³⁶ Principles of European Contract Law, Article 1:102: Freedom of Contract: (1) Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles.

¹³⁷ Akyol, s. 20.

tanınmasının altında yatan sosyal ve ekonomik gayelerine aykırı olarak kullanılması kötüye kullanım olarak nitelendirilmektedir. Hakkın kullanımının “meşru sebep”e dayanmaması hali olarak da adlandırılan bu gibi durumlarda hak sahibine hukuki himaye sağlanmaz¹³⁸. Yukarıda da belirtildiği üzere hakkın kötüye kullanılması yasağı hem hukuki işlemde doğan hakların kullanılmasında hem de kanundan doğan hakların kullanılmasında uygulanan bir kuraldır.

Bununla birlikte MK md. 2’nin daima sınırlı bir alanda uygulanması gerekmektedir. Zira bu ilke tamamlayıcı olduğundan her olayda MK md. 2’ye başvurulması mümkün değildir. Bir diğer ifade ile MK md. 2 emredici değildir ve tali olarak uygulanır. MK md. 2’nin işlevinin tamamlayıcılık ve açıklayıcılık olduğunu söylemek yanlış olmaz. Doğruluk ve güven kuralının kamu düzenine ilişkin olup olmadığı ise tartışmalıdır¹³⁹.

Genel kabule göre taraflar MK md. 2’yi aralarındaki ilişkide bertaraf etme imkanına sahiptirler. Bir diğer ifade ile MK md. 2 ile öngörülen dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı emredici bir hüküm değildir. Ancak hakim önüne gelen olayda MK’ye uyulup uyulmadığını re’sen dikkate alır. Zira HUMK md 78’de öngörülen hakimin hukuku araştırma, yorumlama ve uygulama ödevi (*iura novit curia-ex officio*) bunu gerektirmektedir.

¹³⁸ **Saymen** Ferit H., Akid Yapmak Hakkının Suiistimali, İHFM Ayrı Bası, İstanbul, 1942, s. 540-563. Saymen’e göre “Akit yapmak bir hak ve bir salahiyet ise de bu hak mutlak değildir; rızaların tamamıyla serbest olarak iş görmeleri lazımdır. Bunun için vazı kanun zayıfların kuvvetliler tarafından, namusluların hilekârlar tarafından ezilmemesini temin maksadıyla bazı tedbirler almıştır. Hukuki tasarruflarda bulunmak hakkı da sair bilimüm haklar gibi suiistimale yol açmayacak tarzda kullanılmalıdır.”

¹³⁹ **Edis** Seyfullah, Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara, 1993, s. 295-299.

Bir hakkın kötüye kullanılıp kullanılmadığının tespitinde yardımcı olmak üzere aşağıdaki kriterler kullanılabilir:

- Hakkın kullanılmasında meşru bir menfaatin bulunmaması: Bir hakkın hak sahibine meşru bir menfaat sağlamak için değil de bir başkasını zarara uğratmak, güç duruma düşürmek veya gayrı meşru kazanç sağlamak üzere kullanılması halinde hak kötüye kullanılmış olur.

- Hakkın kullanılmasının sağlayacağı menfaat ile başkasına vereceği zarar arasında aşırı oransızlık olması: Örneğin kira akdinin sona ermesiyle kiracının evi terk etmesi gerekir, fakat kiracı ağır hasta ve yer değiştirmesi hayati tehlike içeriyorsa ev sahibinin tahliye istemi hakkın kötüye kullanılmasıdır.

- Kendi ahlaka aykırı davranışına dayanarak hak kullanılması: Şahsın karşı tarafı oyalayarak bir zamanaşımı süresi veya hak düşürücü süreyi geçirttikten sonra bunları savunması hakkın kötüye kullanılmasıdır. Ayrıca Yargıtay içtihatlarında, kişinin kendi sebep olduğu şekilde aykırılığa dayanarak sonradan sözleşmenin geçersiz olduğunu öne sürmesine engel olunması bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

- Uyandırılan güvene aykırı davranışta bulunulması (culpa in contrahendo sorumluluğu-sözleşme öncesi sorumluluk-güven sorumluluğu¹⁴⁰): Bir hukuki ilişkide bir kimse davranışı ile karşı tarafta esaslı bir güven uyandırdıktan sonra artık bu

¹⁴⁰ Güven sorumluluğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Oğuztürk Kalkan** Burcu, Güven Sorumluluğu, İstanbul, 2008; **Kırca** Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, s. 135 vd.; **Battal** Ahmet, Güven Kurumu Nitelendirmesi Işığında Bankaların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2001; **Novoa** Rodrigo, Culpa in Contehendo: A Comperative Law Study, Arizona Journal of International & Comparative Law, Vol. 22, No:3, 2005, s. 583-612.

davranışına ve güvene aykırı bir tutum takınamaz. Aksi takdirde bu tutum hakkın kötüye kullanılmasına yol açar.

Hakkın kötüye kullanılmasının yaptırımına gelince; Medeni Kanun'un ifadesi ile bir hakkın açıkça kötüye kullanılması hukuk düzeni tarafından korunmamaktadır. Fakat buradan hakkın kötüye kullanılmasının sonucu (yaptırımı) hakkında kesin bir yargıya ulaşılması mümkün değildir. Bu soruna ilişkin olarak doktrin ve uygulamada geliştirilen çözümleri şu şekilde özetlemek mümkündür:

Hak sahibinin hakkı bu hakka uymak zorunda olanlar tarafından ihlal edilince ortaya hakkın korunması meselesi çıkar. Hak sahibini hakkını korumak için sahip olduğu temel yetki hakkına riayet edilmesini talep yetkisidir. Bu hakka riayet edilmezse korumak için başvurulacak temel yol hakkı ihlal edene hakka uymasını emredecek bir yargı hükmü elde etmek için dava açmaktır. Eğer ihlal eden kişi gönül rızası ile yerine getirmezse hak sahibi cebri icra yoluna başvurur. Bazı durumlarda ise hak sahibine istisnaen kendi gücünü kullanarak hakkını koruma imkanı tanınmıştır. Her şeye rağmen hakka riayet sağlanmazsa ya da sağlanıp da hak sahibi zarara uğramışsa da hak sahibi için zararın tazmini isteme hakkı doğar.

Dolayısıyla uygulamada öncelikle kötüye kullanılan hakka dayanan taleplerin veya savunmaların nazara alınmaması şeklinde bir yaptırım göze çarpmaktadır. Ayrıca bir hakkın kötüye kullanılmasından olumsuz anlamda etkilenen (bu genelde zarara uğramak şeklinde gerçekleşmektedir) kişiye çeşitli dava hakları tanınması da bir başka yaptırım türü olarak kabul edilmektedir. Bu davalar, zararın önlenmesi

zarar verici durumun giderilmesi davaları olabileceği gibi tazminat davası da olabilir¹⁴¹.

MK md. 2'ye dayalı davalarda davacı dürüstlük kuralına uyulmasında menfaati olan kişidir. Bu davalarda davacı davalının hakkını kötüye kullandığını ispat etmekle yükümlüdür. MK md. 2'ye dayanılarak açılan davalar arasında yer alan eski hale iade (izale) davasında kötüye kullanma eylemi sona ermiştir ve davacı haksız müdahaleden önceki durumun yeniden tesis edilmesini talep eder. Eğer kötüye kullanma henüz başlamamışsa veya devam etmekteyse önleme ve durdurma (men ve içtinap) davası açılabilir. Önleme ve durdurma davalarının amacına ulaşabilmesi için hakimın ihtiyati tedbir kararı alması gerekmektedir¹⁴².

Hakkın kötüye kullanılmasına karşı bir tespit davası açılması ise durumun kesin hüküm gibi sağlam bir delile bağlanması dışında pratik bir sonuç doğurmayacağından bu davayı açmak anlamlı gözükmemektedir. Buna karşılık hakkın kötüye kullanılmasına maruz kalan bir borçlunun açacağı borçlu olmadığının tespitine yönelik bir menfi tespit davasında elbette durum daha farklıdır.

Hakkın kötüye kullanılmasına dayalı olarak açılacak tazminat davalarına gelince; öncelikle burada bütün tazminat davalarında olduğu üzere zarar koşulunun gerçekleşmiş olması şarttır. Bu şekilde açılan davalar ilke olarak haksız fiil davasıdır, ancak taraflar arasında sözleşmesel bağ mevcutsa davacı kendi lehine olan sözleşme hükümlerine dayanılmasını da isteyebilir.

¹⁴¹ **Saymen** Ferit, Hakkın Suiistimalinin Müeyyidesi, İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuası, S. XI, s. 311-327.

¹⁴² **Akyol**, s. 116.

Maddi tazminat davasında hakim nakdi tazminata hükmedebileceği gibi, aynen tazmine de karar verebilir. Aynen tazmin duruma göre daha uygun olabilir¹⁴³. Hakkın kötüye kullanılması fiili aynı zamanda kişilik haklarını ihlal ediyorsa bu durumda manevi tazminat davası açılması da mümkündür¹⁴⁴.

MK md. 2'nin borçların doğumunda gösterdiği etkiye gelince: Bu hususun açıklığa kavuşturulması aynı zamanda bahsi geçen hükmün bizim konumuz olan sözleşme yapma zorunluluğu bakımından uygulanıp uygulanamayacağı sorusuna da bir cevap oluşturacaktır.

Doktrinde çoğunlukla benimsenen görüşe göre¹⁴⁵, hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralı sözleşme yapma yükümlülüğünün hukuki dayanakları arasında bulunmaktadır. Buna göre dürüstlük kuralının bir sözleşme yapılmasını gerektirdiği hallerde sözleşmeyi yapmaktan kaçmak hakkın kötüye kullanılmasıdır. Özellikle hukuki ya da fiili tekel durumundaki teşebbüslerin haklı bir sebep bulunmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları durumunda sözleşme yapma serbestîsinin kötüye kullanılması söz konusudur.

¹⁴³ **Akyol**, s. 117. Buradan dürüstlük kuralının veya hakkın kötüye kullanılması yasağının bir sözleşme yapmayı gerektirdiği hallerde sözleşme yapılmaması durumunda açılan davada hakim aynen tazminat olarak ilgili sözleşme kurulsa idi yerine getirilecek olan edimlere hükmedebileceği sonucuna varılmaktadır.

¹⁴⁴ Bu tür durumlara örnek olarak kişinin sırf cinsiyetinin veya etnik kökeninin gerekçe gösterilerek sözleşme kurulmasından kaçınıldığı haller gösterilmektedir. Bkz. **Youngs** Raymond, Constitutional Limitations on Freedom of Contract: What Can The Germans Teach Us ?, Anglo-American Law Review, s. 498-512.

¹⁴⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 507; **Oğuzman/Öz**, s. 138; **İnceoğlu** s. 394; **Buz**, s. 119; **Gürzumar**, s. 53-57; **Ayrancı**, s. 21.

Yargıtay da MK md. 2'nin sözleşme yapma zorunluluğu öngörülmesinde dayanak olarak kullanılması görüşünü benimsemiştir. Yargıtay'ın buna ilişkin kararları üzerinde bir sonraki başlık altında ayrıca durulacaktır.

Sözleşme yapma yükümlülüğünün hakkın kötüye kullanılması yasağından kaynaklanamayacağını savunanların getirdiği bir eleştiriye burada yer vermek gerekmektedir. Buna göre MK 2/2 ancak ortada bir “hak” bulunduğu zaman uygulanabilecek bir hükümdür, oysa sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmesinde aralarında herhangi bir hukuki veya sözleşmesel ilişki bulunmayan, dolayısıyla birbirinden hak iddiasında bulunamayacak taraflar söz konusudur. Bu nedenle MK 2/2 doğrudan doğruya bir hak vermediğinden anılan hükmün sözleşme yapma yükümlülüğüne yol açamayacağı iddia edilmiştir. Ancak bu eleştirinin doktrinde kabul görmediği belirtilmelidir. Çünkü günümüzde yukarıda da belirtildiği üzere hakkın kötüye kullanılması yasağı hukukun genel bir ilkesi olarak kabul edilmekte ve hukuku kurum (örneğin sözleşme özgürlüğü kurumunun kötüye kullanılması gibi) ve ilişkilerin tümünün yorumundan göz önünde bulundurulmaktadır. Bir diğer deyişle hakkın kötüye kullanılması yasağının uygulanabilmesi için somut olayda teknik anlamda bir hakkın bulunması gerekmemektedir. Sözleşme özgürlüğü, evlilik ve rekabet gibi doğrudan hakkın konusu olmayan kurumların kötüye kullanılması hali de MK md. 2 kapsamındadır. Dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı sadece özel hukuk ilişkileri üzerine kurulu hakları içermemektedir, aynı zamanda hukuk düzeninin bireye tanıdığı kişisel özgürlüklerden kaynaklanan, uygulanması bir ilişkinin varlığına bağlı olmayan tüm ayrıcalıkları da kapsamaktadır¹⁴⁶.

¹⁴⁶ Ateş, s. 177.

Toparlayacak olursak hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralı genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü doğuran düzenlemeler olarak kabul edilmektedir. Bununla birlikte anılan düzenlemelerin tali bir uygulama sahasının bulunduğu her zaman hatırd tutularak başka bir düzenlemeye başvurma imkanı olmadığı takdirde MK md. 2’ye dayanılmasının daha doğru bir hukuki tercih olduğu belirtilmelidir.

E. Genel Bir Sözleşme Yapma Yükümlülüğünü Güven İlkesi ile Birlikte BK md. 6’ya Dayandıran Görüş

Bilindiği üzere Zımni Kabul başlığını taşıyan BK md. 6 hükmü şöyledir:

“ İcabi dermeyen eden kimse gerek işin hususi mahiyetinden, gerek hal ve mevkiin icabından naşi sarih bir kabule intizar mecburiyetinde olmadığı takdirde, eğer icap, münasip bir müddet içinde reddolunmamış ise, akde münakit olmuş nazarıyla bakılır.”

BK md. 6 güven ilkesi ve BK 1/2’de ifade edilen örtülü (zımni) irade beyanları çerçevesinde değerlendirilmelidir. Buna göre “işin özel niteliği” veya “hal ve mevkiin icabı” açık bir kabul beyanı beklenmesini gerektirmiyorsa, karşı tarafça uygun bir sürede reddedilmemiş olan icap susma yolu ile kabul edilmiş sayılır ve bu şekilde sözleşme kurulur¹⁴⁷. BK 6’nın uygulandığı durumlarda susan taraf bireysel veya tipikleştirilmiş bir beklenti yaratmıştır, bu beklentiler dolayısıyla susması kabul olarak algılanmakta haklıdır. Bireysel beklentiye susan kişinin daha önceden icaba davette bulunması; tipikleştirilmiş beklentiye ise imtiyaz suretiyle kamu hizmetinin

¹⁴⁷ Kocayusufpaşaoğlu, s. 206.

görüldüğü, kanun hükmü gereği icabı kabul yükümlülüğü bulunduğu veya kanunda ifa yükümlülüğü öngörüldüğü durumlar örnek verilebilir.

BK 6'nın uygulandığı olaylara örnek olarak sırf karşı tarafın yararına olan bağışlama vaadi gibi sözleşmeler, icaba davetin ardından buna uygun icabın gelmesinden sonra yapılan susma veya taraflar arasında uzun süreden beri susmanın kabul olarak değerlendirildiği iş ilişkileri gösterilebilir.

Susmanın BK 1/2'ye göre zımni bir irade beyanı (kabul) olarak değerlendirilebilmesi için susan kişinin dürüstlük kuralı gereğince olumlu, aktif bir davranışta bulunması gerekmesi ve susan kişinin kendisinden beklenen davranışı ve susmasının sonuçlarını ve bilmesi veya bilebilecek durumda olması gerekmektedir.

İsviçre hukukunda ileri sürülen bir görüş BK 6 ile birlikte güven ilkesini genel bir sözleşme yapma yükümlülüğünün hukuki dayanağı olarak göstermektedir¹⁴⁸. Sözleşme yapma yükümlülüğü ile BK 6'nın bağlantısı her iki durumda da açık bir kabulün olmaması noktasında ve her ikisinde de (bireyselleştirilmiş veya tipikleştirilmiş) bir beklenti bulunması noktasında kurulmaktadır. Dolayısıyla BK 6 sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülürken kıyasen uygulanabilecek bir hüküm olarak öne sürülmektedir.

Bu görüşe göre, sözleşme yapma yükümlülüğü altında olduğu tespit edilen kişi susmuşsa, susması BK 6 gereğince kabul olarak değerlendirilecek ve sözleşme böylece kurulmuş olacaktır¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Bkz. **Arnet**, s.313 vd.

¹⁴⁹ **Arnet**, s.327/328.

Sözleşme yapma yükümlülüğü altında olan kişinin açık bir ret beyanında bulunduğu durumlara gelince: Bu noktada ilk olarak sözleşme yapma yükümlülüğü bulunmasına rağmen sözleşmeyi yapmaktan kaçınmanın BK.m.19/20 anlamında hukuka aykırılık oluşturacağı kabul edilmektedir. Buna göre sözleşmeyi yapmaktan kaçınmaya ilişkin beyan BK.m.20 hükmü uyarınca batıl sayılacaktır¹⁵⁰. Böylece ret beyanının BK 20 hükmü uyarınca hukuka aykırılık sebebiyle geçersiz olduğu ve hiç yapılmamış sayılması gerektiği sonucuna ulaşılmakta ve yükümlünün hukuken susmuş sayılacağı belirtilmektedir. Muhatabın kanuni bir yükümlülüğü bulunmasına rağmen sözleşmeyi kurmaması veya reddin anayasal güvenceye sahip temel hakları ihlal etmesi veya kişilik haklarını ihlal etmesi gibi somut olaya göre değişkenlik gösterecek sebepler ret beyanının hukuka aykırılığına yol açmaktadır.

Sözleşme yapma yükümlüsünün ret beyanının geçersizliği tespit edildikten sonra hedeflenen sözleşmenin kurulmasında BK 6 kıyasen uygulanarak sözleşme yapma yükümlülüğüne ilişkin boşluk doldurulmaktadır¹⁵¹. Yükümlünün susmasının veya ret beyanının zımni kabul olarak değerlendirilmesi gerektiğini öne süren görüş, borç ilişkisi teorisinden uzaklaşmaması nedeniyle sözleşme yapma yükümlülüğüne yeni bir yaklaşım getirmiştir¹⁵².

Hedeflenen sözleşmenin (susma yoluyla da olsa) BK md. 1 anlamında tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradelerine dayandırılması amacı güdülerek “zorunluluk varsa sözleşmeden bahsedilemez” diyen görüşe cevap verilmeye çalışılmıştır. Hedeflenen sözleşmenin bu şekilde kurulması karşı tarafta

¹⁵⁰ Arnet, s.315 vd.

¹⁵¹ Arnet, s.345 vd.

¹⁵² Arnet, s.353.

(bireyselleştirilmiş veya tipikleştirilmiş) bir beklenti yaratan kişinin güven teorisini uyarınca beyan ve eylemlerinden sorumlu tutulmasının bir sonucudur. Dolayısıyla güven teorisine dayanan bu tür bir sözleşme yapma yükümlülüğü genel sözleşme yapma mekanizmasından uzaklaşmamaktadır.

Güven ilkesi ile birlikte BK 6'ya dayan bu görüş hedeflenen sözleşmenin kuruluş anını da yukarıda özetlenen görüşlerden daha gerideki bir tarihe taşımaktadır. Şöyle ki yukarıda da belirtildiği üzere MK 24'e veya BK 41/2'ye dayanılarak hakimden sözleşme yapma yükümlülüğü nedeniyle hedeflenen sözleşmenin kurulması istenildiğinde verilecek karar yükümlünün iradesi yerine geçecek ve kararın kesinleştiği anda sözleşme kurulacaktır¹⁵³. Oysa BK 6'nın uygulanması durumunda hedeflenen sözleşme daha dava açılmadan kurulmakta hakimden durumun tespiti ile ifaya yönelik bir karar vermesi istenebilmektedir.

Son olarak bu görüşün temelinde kanun koyucunun iradesine uygun olarak hukuki bir boşluğu doldurma çabasından ibaret olduğu akıldan çıkarılmamalıdır. Hal böyle olunca sözleşmenin kurulması için özel bir şekil kuralı öngörüldüğü zaman veya sözleşme yapma zorunluluğuna aykırı davranışın sonuçları kanunen açık ve sınırlayıcı bir şekilde düzenlendiği zaman bu görüş uygulanamayacaktır¹⁵⁴. Bu sonuç yukarıda MK 2'ye ilişkin açıklamaların yapıldığı bölümde vurgulanan hakkın kötüye kullanılması yasağının ve güven teorisinin tali bir uygulama sahasının bulunduğu ve başka bir düzenlemeye başvurma imkanı olmadığı takdirde bunlara dayanılabileceği şeklindeki sonuç ile de uyumludur.

¹⁵³ Arnet, s.355.

¹⁵⁴ Arnet, s.358.

F. Mahkeme Kararları Işığında Sözleşme Yapma Yükümlülüğü

Sonuç olarak genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmesinde kişilik haklarının ihlali söz konusu ise MK 24-25'e; ahlaka aykırı bir davranışla kasten zarar verildiği kanıtlanabiliyorsa BK 41/2 hükmüne dayanılması öncelikli birer çözüm olarak gözükmektedir. Ne var ki bu hükümlerin aynen tazmin veya aynen ifa talebine dayanak oluşturup oluşturamayacağı şüphelidir.

Diğer yandan MK 2/2'de ifadesini bulan hakkın kötüye kullanılması yasağı ve yine MK 2'den yola çıkılarak kabul edilen güven teorisi sözleşme yapma zorunluluğu öngörülmesinde başvurabilecek tali bir hüküm olarak durmaktadır. MK 2'ye dayanan bu çözüm önerisinin BK 6 ile birlikte uygulanması ise sözleşme yapma yükümlülüğünü borç ilişkisi teorisine daha uygun bir vaziyete sokmakta ve hedeflenen sözleşmenin ifasının mahkemeden talebi konusunda daha geniş imkânlar sunmaktadır.

Genel bir sözleşme yapma zorunluluğunun hukuki dayanakları, koşulları ve uygulama şartları hakkında yapılan teorik açıklamaların ardından uygulamadan birkaç örnek verilmesinde fayda görülmektedir.

Sözleşme yapma yükümlülüğünün tartışıldığı en eski karar olarak doktrinde karşımıza Alman İmparatorluk Mahkemesi'nin 7.11.1931 tarihli bir kararı çıkmaktadır¹⁵⁵. Kararda bir tiyatro eleştirmeninin eleştirileri nedeniyle Devlet Tiyatrosu'na alınmaması halinde sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunmadığına hükmedilmiştir. Kararın gerekçesinde eleştirilerin objektiflikten uzak ve haksız olması nedeniyle Devlet Tiyatrosu'nun davranışı ahlaka aykırı bulunmamıştır. Ancak

¹⁵⁵ RGZ 133, 388.

burada eleştirilerin haksız veya olumsuz olması ile ilgili değerlendirmenin teşebbüse bırakılması nedeniyle karar eleştirilmektedir.

Benzer bir olayda ise bir sinema eleştirmeninin öne sürdüğü sözleşme yapma yükümlülüğü konusundaki İsviçre Federal Mahkemesi'nin Seelig Kararı karşımıza çıkmaktadır. İsviçre'nin Zürih kentinde bir gazetede tiyatro ve film eleştirileri yapılan Seelig adında bir yazarın Zürih'te sadece bir salonda gösterilen bir filmi sert bir şekilde eleştirmesi üzerine sinema salonu sahibinin Seelig'e bir mektup yazarak bundan böyle kendisini sinemasına sokmayacağını bildirmesi ve sinemaya almaması üzerine dava açılmıştır. Seelig'in sinema salonu işletmecisinin sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğu şeklindeki iddiası ilk derece mahkemesi tarafından kabul edilmemiş ve karar 2.2.1954 tarihinde İsviçre Federal Mahkemesi tarafından da onanmıştır¹⁵⁶. Federal mahkeme olayı dürüstlük kuralı ve BK 7/3 açısından değerlendirmiştir. Olayda mal teşhiri bulunmadığından BK 7/3'ün uygulanamayacağı; talep edilen edimin hayati bir öneme sahip olmaması nedeniyle de MK md. 2 hükmünün işletilemeyeceği kararlaştırılmıştır.

Doktrinde Federal Mahkeme'nin bu kararı İsviçre öğretisinde Jäggi tarafından eleştirilmiştir¹⁵⁷. Yazara göre, meselenin sözleşme yapma zorunluluğu açısından değil, kişilik haklarını başkalarından gelecek saldırılara karşı koruyan MK md. 24 (İsviçre MK md. 28) açısından ele alınması gerekirdi. Olumsuz bir eleştiri, hem eleştiri konusu filmi görmeye gidecek izleyici sayısını azaltır, hem de bu filmi gösteren sinema salonunun itibarını zedeler. Eleştirilerin iş çevresi ve ekonomik

¹⁵⁶ BGE.80.II.26.

¹⁵⁷ Jäggi, Bemerkungen zum Fall Seelig, SJZ, 50 (1954), s. 353 vd. (Kocayusufpaşaoğlu, s.515, dn. 34'ten naklen)

hayat ile ilgili kişilik haklarını zedeleyecek derecede olmaması koşuluyla sinema işletmecisinin olumsuz eleştirilere razı olması gerekmektedir. Zira kamuya açık gösterimin kamuya açık eleştiriye tabi olması doğal karşılanmalıdır. Dolayısıyla hukuka aykırı olmayan eleştirilere karşı, sinema işletmecisinin “sözleşme yapma özgürlüğüne” veya “sinemanın bulunduğu salon üzerindeki mülkiyet hakkına” dayanarak eleştirmeni içeri almaktan kaçınması eleştiriye etkisiz bırakmaya yönelik davranışlardır. Bu durumda sinema işletmecisinin hakkını kötüye kullandığı; sinema eleştirmeni Seelig’in kendi kişilik hakkının bir uzantısı olarak sinemaya girmek hakkına sahip olduğu Jäggi tarafından öne sürülmüştür.

Sözleşme yapma yükümlülüğü konusunda İsviçre Federal Mahkeme’sinin içtihadı 2002 yılında verilen bir karar ile¹⁵⁸ net bir biçimde ortaya konmuş ve belirli koşulların oluşması halinde sözleşme yapma zorunluluğunun doğabileceği kabul edilmiştir.

Dava konusu olayı kısaca özetleyecek olursak; (tavuk üretim çiftlikleri gibi) hayvan üretim fabrikaları ile mücadele etmek üzere kurulmuş bir dernek, çeşitli yazılar ve fotoğraflar içeren bir gönderiyi almanca konuşulan kantonlarda 500.000, Fransızca konuşulan kantonlarda 200.000 adet olmak üzere dağıtılmak üzere Posta İdaresi’ne vermek istemiş, fakat bu talep Posta İdaresi tarafından reddedilmiştir. İsviçre Posta İdaresi’nin yerine getireceği hizmetin dava konusu olayda özel hukuk kurallarına tabi olduğunu belirleyen Federal Mahkeme sözleşme yapma yükümlülüğü ile ilgili koşulların somut olayda gerçekleştiğine karar vermiştir. Federal Mahkeme anılan davada açık bir kanun hükmü bulunmasa bile ahlaka aykırılık gibi genel ilkelere dayanılarak sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğu

¹⁵⁸ BGE 129.III.127 (Kocayusufpaşaoğlu, s. 518-519’dan naklen)

sonucuna varılabileceğini açıklamıştır. Ahlaka aykırı davranma yasağından hareketle sözleşme yapma zorunluluğunun getirilebilmesi için aşağıdaki şartların kümülatif olarak gerçekleşmesi gerekmektedir¹⁵⁹:

- Mal veya hizmetin teşebbüs tarafından kamuya arz edilmiş olması
- Sözü geçen mal veya hizmetlerin normal ihtiyaçlara yönelik olması (Burada ilgili mal veya hizmetin hayati bir öneme sahip olmasının gerekmediği anlatılmaya çalışılmaktadır.)
- Teşebbüsün piyasadaki güçlü konumu nedeniyle o mal veya hizmetin başka yerden temin edilmesinin karşı taraftan beklenemez olması
- Teşebbüsün sözleşme kurmayı reddetmek için objektif olarak haklı bir gerekçe gösterememiş olması.

Sözleşme yapma yükümlülüğü konusunda kaynak İsviçre Borçlar Hukuku'ndaki uygulamaya değindikten sonra ülkemizdeki uygulamaya dönecek olursak; Yargıtay'ın elektrik ve su gibi kamu hizmetlerini veren kamu kuruluşlarının iltihaki sözleşmeler kurmak yönündeki ödevlerini sözleşme yapma zorunluluğu olarak kabul ettiğine daha önce değinildiğinden burada tekrar edilmeyecektir.

Özel hukuka dayanan genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü ise özellikle MK md. 2'ye dayandırılarak Yargıtay içtihatlarında birçok defa kabul edilmiştir¹⁶⁰.

¹⁵⁹ İsviçre Federal Mahkemesi tarafından belirlenen sözleşme yapma yükümlülüğünün doğması için gerekli koşullar aşağıda görüleceği üzere Rekabet Hukukundan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğunun koşulları ile paralellik içindedir.

¹⁶⁰ Yarg. 3. H.D. 2004/5997 E., 2004/6790 K., 14.6.2004 T., Yarg. 13. H.D. 2002/2684 E., 2002/4736 K., 29.4.2002 T., Yarg. 13. H.D. 2002/2584 E., 2002/4338 K, 18.4.2002 T. (www. kazanci.com.tr).

Örneğin 2003 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında konu ayrıntılı olarak tartışılmış ve MK md. 2'ye dayanan bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hükmedilmiştir¹⁶¹. Karara konu olan olayda Maliye Bakanlığı ile Türk Eczacılar Birliği arasında yapılan bir protokole göre "Kurum ve kuruluşlar % 5 iskonto yapan ve başvuru formunu getiren her eczane ile (feshi gerektirecek hususlar nedeniyle sözleşmeleri feshedilenlerle, muvazaalı olarak açılan eczaneler hariç) anlaşma yapacaklardır." şeklindeki düzenleme ile sözleşme özgürlüğüne bir istisna getirilmiştir. Aynı protokolün III/1/K maddesinde sözleşmenin feshedilmesinin tek haklı gerekçesi "... sahte olarak bastırılmış ilaç kupürlerinin tanzimi ve kullanılması, sahte reçete tanzimi ve kullanılması" olarak belirlenmiştir.

Dava, İstanbul Eczacılar Odası üyesi bir davacı tarafından, on iki yıl önce kurulmuş ve sürekli yenilenmiş bir sözleşme ilişkisinin bir Belediye Başkanlığı tarafından hiçbir sebep gösterilmeksizin yenilenmemesi ve davacının eczanesinin anlaşmalı eczaneler listesine alınmaması üzerine açılmıştır. Mahkeme protokolde öngörülen fesih koşulları bulunmadığı halde 12 yıldır devam eden sözleşme ilişkisine son verilmesini dürüstlük kuralına aykırı bularak Belediye'nin sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu karar vermiştir ancak Yargıtay 4. Hukuk Dairesi yerel mahkemenin kararını bozmuştur. Mahkeme'nin direnme kararı üzerine Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nda sözleşme yapma yükümlülüğünü geniş bir biçimde tartışılmıştır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 2003/4-693 E. 2003/740 K. sayılı ve 10.12.2003 tarihli anılan kararında bu soruna ilişkin olarak şu ifadelere yer vermiştir:

¹⁶¹ Yarg. H.G.K., 2003/4-693 E., 2003/740 K., 10.12.2003 T. (www. kazanci.com.tr).

“Sözleşme özgürlüğü, sözleşme yapmayı reddedebilme özgürlüğünü de birlikte getirir. Kurallar bunlar olmakla birlikte bunun istisnasını “sözleşme yapma mecburiyeti” veya “sözleşme yapma yükümlülüğü” oluşturur. Piyasa ekonomisinin hakim olduğu hukuk sistemlerinde, sözleşme özgürlüğünden doğabilecek bazı sakıncalar ile özellikle ekonomik gücün kötüye kullanılmasını düzeltmek amacıyla bu sistem öngörülmüştür. Tekelci ekonomik güçlerin haksız kazançlarını veya bu güçlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bir dereceye kadar bu dengesizlik ve haksızlığı düzeltmek için işletme ve kuruluşlara tekel mahiyetindeki madde ve hizmetleri talep eden fertlerle sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmiştir.

Sözleşme yapma yükümlülüğü, bazı kişi, kuruluş ve kurumların hukuk düzeninde hak sahibi sayılan kişilerin talebi üzerine bunlarla belirli bir sözleşmeyi yapma zorunluluğunu ifade eder. Sözleşme yapma mecburiyetinin mevcut olduğu hallerde, sözleşmeyi yapmaktan kaçınma, hukuka aykırı bir davranış oluşturur. Böyle bir kaçınmaya karşı iki türlü yaptırım uygulanabilir. İstenilen sözleşmeyi yapmaktan kaçınan kişi, kuruluş ve kuruma karşı ya aynen ifa davası açılarak sözleşmenin yapılması sağlanır. Ya da onun aleyhine tazminat davası açılarak uğranılan zararın tazmini istenebilir.

.....

Fiili tekel durumunda bulunan özel kişilerden bir eczacı, hekim, fırıncı veya lokantacının sahip oldukları mallarla, arz edecekleri hizmet yönünden, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmadığı ileri sürülebilir. Ancak bu gibi kişilerin haklı bir sebebe dayanmadan sözleşme yapmaktan kaçınmaları, hukuka ve bilhassa ahlaka, dürüstlük kuralına ya da hakkın

kötüye kullanılmaması kuralına aykırılık teşkil etmesi halinde sözleşme yapmak yükümlülüğü söz konusu olur.

.....

Davacı eczacının on iki yıl boyunca davalı kurum ile sözleşme ilişkisi içinde bulunduğu, bu süre içinde davalı kurumun hiçbir fesih sebebine dayanmadığı, bu aşamada sözleşme yapmaktan kaçınması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği anlaşıldığından yerel mahkemenin sözleşmenin kurulması yönünde kurduğu karar usul ve yasaya uygun bulunduğundan, direnme kararının onanması gerekir.”

Yukarıda yer verilen Yargıtay kararından da anlaşıldığı üzere yüksek mahkeme sözleşme yapma yükümlülüğünün kaynağını MK md. 2’de bulmaktadır. Dava konusu olayda kişilik hakkı ihlali bulunmadığından ve genel ahlaka aykırılığın tespit edilmesinin zorluğu nedeniyle Yargıtay’ın bu hükümler uygulanamadığı zaman (tali olarak) başvurulması gereken hüküm olan MK 2’ye dayanması isabetlidir.

Ancak kararda MK md. 2/1 yerine 2/2’ye vurgu yapılsa idi daha doğru olacağı eleştirisini de belirtmek gerekmektedir. Hakkın kötüye kullanılması yasağının sözleşme yapma yükümlülüğüne de yol açabilecek bir hüküm olduğu görüşüne biz de katılıyoruz. Ancak hemen ifade etmek gerekir ki hakkın kötüye kullanılması yasağı yukarıda da ifade edildiği üzere tali olarak uygulanmaktadır. Dolayısıyla Kocayusufpaşaoğlu’nun da belirttiği üzere¹⁶² MK md. 2/2’nin uygulama alanı bulabilmesi için hukuki meselenin kanunun başka hükümlerine dayanılarak

¹⁶² Kocayusufpaşaoğlu, s. 508.

(hatta boşluk doldurma¹⁶³ yoluyla dahi) çözüme bağlanamamış olması gerekmektedir. Bir diğer ifade ile eğer özel bir sözleşme yapma yükümlülüğü ödevi getiren bir kanun hükmü var ise veya sözleşme yapmamanın sonuçları sınırlayıcı bir şekilde kanun veya sözleşmede düzenlenmiş ise artık MK md. 2/2'ye başvurulamayacaktır.

Medeni Hukuk alanında genel olarak geçerli bir sözleşme yapma zorunluluğu öngörülüp öngörülemeyeceğine ilişkin açıklamalardan sonra şimdi de özel olarak sözleşme yapma zorunluluğu getiren kanun hükümlerine değinilecektir.

II. 4077 SAYILI KANUNDAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Özel hukuk ilişkilerini düzenleyen kanunlar tarafların eşitliği prensibine dayandığı için satıcı karşısında zayıf konumda olan tüketicilerin korunması amacını gerçekleştirmede yetersiz kalmıştır. Bu nedenle tüketicilerin korunması gereken zayıf bir taraf olarak özel himaye gördüğü yasal düzenlemelere ihtiyaç duyulmuştur. Nitekim sanayileşmiş ülkelerde daha belirgin bir şekilde hissedilen bu ihtiyaç ülkemizde Gümrük Birliği'ne ve AB'ye katılım sürecinin de hızlandırıcı etkisi ile 23.2.1995 tarihinde parlamentoda kabul edilip 9.9.1995 tarihinde yürürlüğe giren 4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile giderilmiştir.

Tüketicinin taraf olduğu sözleşmelerde güçlü konumdaki satıcının sözleşme koşullarını ve sözleşme yapıp yapmama hususunu tek taraflı olarak belirleyip

¹⁶³ Hukuktan boşluk ve boşluk doldurma ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca** Çiğdem, Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulma Yöntemi Olarak Amaca Uygun Sınırlama, AÜHFD, Yıl: 2001, C.50, S. 1, s. 91-119.

tüketicie dayatmasını önlemek amacıyla sözleşme özgürlüğü sınırlanarak tüketici lehine sözleşme yapma yükümlülüğü öngörölmüştür.

4077 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesinde sözleşme yapma zorunluluğu getiren bir hüküm yer almaktadır. Kanunun “Satıştan kaçınma” başlığını taşıyan 5. maddesine¹⁶⁴ göre;

“Üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görölebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz.

Hizmet sağlamada da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.

Aksine bir teamöl, 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 bağılı kılamaz.

Diğer mal satışı ve hizmet sağlama sözleşmelerinde de bu hüküm uygulanır”.

Maddede açıkça yer aldığı gibi, üzerinde “numunedir” ya da “satılık değildir” ibaresi yer almıyorsa, satıcı vitrinde, rafta veya açık bir yerde görölebilen bir malın satışını yapmak zorunda, diğer bir ifade ile sözleşme kurmak zorundadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise haklı bir sebebin bulunmaması halinde hizmet satışı bakımından da tüketiciler ile sözleşme yapılması zorunlu hale getirilmiş böylece mal

¹⁶⁴ 4077 Sayılı Kanun'un 5 inci maddesinde 14.03.2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 4822 Sayılı Kanun ile değışiklik yapılmıştır. Yine madde ile ilgili olarak Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından çıkartılan “Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik” bulunmaktadır (Resmi Gazete Tarihi: 13.6.2003, Resmi Gazete Sayısı: 25137.) Ayrıca Sanayi ve Ticaret Bakanlığı tarafından hazırlanan ve 4077 sayılı Kanun'da bir dizi değışikler yapılmasını öngören bir kanun taslağında haksız şartlarla ilgili yeni düzenlemelerin getirilmesi planlanmaktadır.

satışından ve hizmet sunumundan kaçınmak yasaklanmıştır. Üçüncü fıkrada ise bu sözleşmelerin kurulmasını ağırlaştırıcı koşullar getirme yasağı hükme bağlanmıştır.

4077 sayılı Kanun 5. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen sözleşme yapma yükümlülüğün uygulanabilmesi, malların ticari bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilecek bir yerinde sergilenmesine ve üzerinde satılık olmadığını belirten bir ibarenin bulunmasına bağlıdır. Bu hükmün konuluş amacı maddenin gerekçesinde şöyle açıklanmıştır: “Tüketicilerin vitrinde sergilenen bir malın cazibesine kapılarak mağaza ya da dükkana girdikleri, ancak söz konusu malın satılık olmadığı şeklinde cevaplar aldıkları bilinen bir gerçektir. Satıcının teşhir ettiği malların satışından kaçınamayacağı hükmü ile bu sorunun ortadan kaldırılması amaçlanmıştır.”¹⁶⁵ Kanun sergilenen malların stokta bulunduğu konusunda bir karine getirmiştir¹⁶⁶. Bununla birlikte stokta bulunması gereken miktar dürüstlük kuralına göre belirlenecektir.

Mal satmama yasağının ihlal edilmesi halinde iki türlü yaptırım gündeme gelebilir. Bunlardan ilki 4077 sayılı Kanun’un (23/1/2008 tarih 5728 sayılı Kanun’un 476. maddesi ile değişik) 25. maddesine göre 200 lira para cezası uygulanmasıdır¹⁶⁷. Para cezaları, fiilin bir yıl içerisinde tekrarı halinde iki misli olarak uygulanır. Bu cezayı verme yetkisi eylemin işlendiği yerin mülki amirine aittir (4077 sayılı Kanun md. 26 bent c). İkinci yaptırım türü ise sözleşme yapma talebi haksız yere reddedilen kişinin kendisine karşı kanundan doğan bir borcun yerine getirilmesi için BK md.

¹⁶⁵ Deryal Yahya, Tüketici Hukuku, Ankara, 2004, s. 56.

¹⁶⁶ Zevkliler Aydın, Açıklamalı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir, 1996, s.73 .

¹⁶⁷ Para cezaları her yılbaşında Türk Ceza Kanunu’nun Ek 2. maddesi hükmü uyarınca artırılır.

İnceoğlu, s. 412.

96'ya dayanarak bir aynen ifa davası açması imkandır. Bu davada hakimin kararı, yükümlünün irade beyanı yerine geçecek ve böylece sözleşme kurulmuş olacaktır. Sözleşmenin kurulması için açılan dava ile birlikte ifanın yerine getirilmesine ilişkin taleplerin de istenebileceği kabul edilmelidir. Sözleşme yapma talebi haksız yere reddedilen kişinin sözleşmenin geç kurulmasından kaynaklanan bir zararı varsa, bu zararın tazmini de istenebilecektir.

Diğer taraftan aynen ifa davası, sözleşme kurmak isteyen tüketici açısından çoğu zaman dava sırasında anlamsız hale gelecektir. Davanın sonuçlanmasının uzun sürebileceği de göz önüne alındığında bu sürede tüketicinin ihtiyacını başka bir yerden karşılaması muhtemeldir. Bu gibi durumlarda aynen ifa davasının menfaati kalmadığı için nakdi tazminata hükmedilmesi daha isabetli olacaktır. Ayrıca 5. madde tüketiciyi korucu nitelikte olmasına rağmen işlevsel olarak nitelendirilememektedir, bu durum maddeye dayanan tek bir Yargıtay kararının dahi tespit edilememiş olmasından anlaşılmaktadır.

4077 sayılı Kanun'un 5. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenen hizmet sunmaktan kaçınma yasağı ise teşhir şartı yerine haklı sebebin bulunmaması şartına bağlanmıştır. Burada tüketicilere sunulacak tüm hizmetler bakımından değil sadece herkese sunulan ve tarafların kişiliğinin önemli olmadığı sözleşmeler bakımından bir sözleşme yapma yükümlülüğünün var olduğunu kabul etmek isabetli olacaktır¹⁶⁸. Satıcının haklı bir sebep olmaksızın hizmet sunmaktan kaçınması halinde tüketici BK 96'ya dayanarak aynen ifa davası açabilir. Bu davanın niteliği ve taleplerin kapsamı mal satışından kaçınma hali ile benzer niteliktedir. Ayrıca bu fıkranın para

¹⁶⁸ İncoğlu, s. 416.

cezası yaptırımına bağlanmamıştır, bu nedenle mal satışından kaçınma yasağının yaptırımı ile uyumsuzdur.

5. maddenin üçüncü fıkrası ise ağırlaştırıcı koşullar getirme yasağını düzenlemektedir, böylece satıcı ilk iki fıkra göre doğrudan mal/hizmet sunmaktan kaçınmayacağı gibi dolaylı olarak da kaçınmayacaktır. Buna göre tüketici yalnızca almak istediği mal ya da hizmeti alabilecek, aksine ticari örf ve adet bulunmadığı sürece kendisine ek sözleşme koşulları dayatılamayacaktır. Bu ek koşullara örnek vermek gerekirse satıcı mal ya da hizmetin satışını kendisi tarafından belirlene miktara, sayıya, ebada, süreye bağlı tutamaz, bir malın/hizmetin satışını bir başka malın/hizmetin satışına bağlayamaz¹⁶⁹. Madde gerekçesinde bu hükmün “tüketicilerin, yoğun tüketime konu olan ve zaman zaman kıtlığı çekilen malları satın alırken, ihtiyaç duymadıkları bir diğer malı veya aynı malın yüksek miktarını satın almak zorunda kalmalarını” önlemeyi amaçladığı belirtilmiştir. Bu fıkranın doğurduğu sonuç tüketiciye dayatılan ek sözleşme koşullarının BK 20/2 gereğince

¹⁶⁹ 4077 Sayılı Kanun’un 5 inci maddesinde yer alan sözleşmenin kurulmasını ağırlaştırıcı koşullar öngörülemezliğine ilişkin hüküm, 4054 Sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da yer alan bazı hükümlerle paralellik göstermektedir. Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un “*Rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve kararlar*” başlığını taşıyan 4 . maddesinde örnek olarak sayılan rekabeti ihlalleri arasında; “...f) *Anlaşmanın niteliği veya ticari teamüllere aykırı olarak, bir mal veya hizmet ile birlikte diğer mal veya hizmetin satın alınmasının zorunlu kılınması...*” hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir. Yine “*Hakim durumun kötüye kullanılması*” başlığını taşıyan 6. maddede yer alan örnek durumlar arasında; “...c) *Bir mal veya hizmetle birlikte, diğer mal veya hizmetin satın alınması...*”na ilişkin sınırlamalar getirilmesi hakim durumun kötüye kullanılması olarak değerlendirilmiş, hukuka aykırı ve yasak olarak kabul edilmiştir. Görüldüğü gibi Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’un 5. maddesinde yer alan hüküm, Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’un 4. ve 6. maddeleri ile uyum içerisindedir.

kısmi butlanla batıl olmasıdır. Ayrıca üçüncü fıkraya aykırı davranan satıcılar için bir idari para cezası öngörülmediği de belirtilmelidir.

III. 6570 SAYILI KANUNDAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun da sosyal devlet ilkesinin getirdiği zayıfın korunması düşüncesi ile düzenlenmiş bir yasadır. Nüfusun artması, işsizlik sorunu, büyük kentlerdeki yığılma yaşam koşullarını gittikçe ağırlaştırmıştır. Özellikle toplumun büyük çoğunluğunu oluşturan dar gelirliler, enflasyonun da etkisi ile bütçelerine uygun, yasayabilecekleri konut bulmakta sıkıntıya düşmüşler, yerleşme sorunu ile karşı karşıya kalmışlardır.

Temel ihtiyaç olan konut ihtiyacı karşısında konut sıkıntısının yaşanması ve bundan en büyük zararı kiracının görmesi, kiracının zayıf konumda olduğu ve dolayısıyla korunması gerektiği düşüncesini doğurmuş, böylece 6570 sayılı yasa yürürlüğe konmuştur.

Söz konusu kanunun 1. maddesi uyarınca, yasa, belediye teşkilatının bulunduğu yerlerdeki veya iskele, liman, ya da istasyonlardaki üstü örtülü taşınmazların kiralanmasını kapsamaktadır. Taşınırlara ve üstü örtülü olmayan taşınmazlara ilişkin kira sözleşmeleri kanunun kapsamı dışında bırakılmıştır¹⁷⁰. Bunlara Borçlar Kanunu'nda yer alan hükümler uygulanmaktadır.

6570 sayılı Kanun'da yer alan sözleşme yapma özgürlüğünü kısıtlayan düzenlemelerden ilki 8. maddedir. Kanun'un 8. maddesinde Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanundaki ve Borçlar Kanunundaki tahliye sebepleri dışındaki sebeplerle

¹⁷⁰ Aral, s. 218.

açılacak tahliye davalarının, aksi sözleşme ile kararlaştırılsa dahi dinlenmeyeceği belirtilmiştir. Bu düzenleme ile sözleşmenin içeriğinin taraflarca belirlenmesi özgürlüğü ortadan kaldırılmıştır. Zira tarafların sözleşme ile sözü edilen kanunlarda belirtilenlerin dışında tahliye sebebi kararlaştırmaları kabul edilmemiş, sözleşmedeki sebeplerle dava açılması halinde davanın dinlenmeyeceği belirtilmiştir. Tarafların tahliye sebebi üzerinde anlaşmış olmalarının hukuki sonuç doğurmaması, irade özerkliğini ve dolayısı ile sözleşme serbestisini sınırlandırmıştır.

Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 11. maddesi ise sadece daha önceden kira ilişkisi bulunan taraflardan kiralayan için bir sözleşme yapma zorunluluğu getirmektedir. Bu hükme göre kiracı sürenin bitiminden 15 gün önce yazılı olarak taşınmazı boşaltacağını kiralayana bildirerek sözleşmeyi sona erdirebilir, aksi halde sözleşme aynı koşullarda bir yıl daha uzamış sayılır. Buna karşılık kiralayan süre bitiminde Kanun'da sayılan sınırlı sebeplerden birisi gerçekleşmemişse sözleşmeyi yalnızca ihbarla sona erdiremez, aynı şartlarda yenilemek zorundadır¹⁷¹.

Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un 15. maddesinde de yine kiralayan için öngörülmüş bir sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Söz konusu hükme göre *“kiralayan, 7. maddenin b,c,d bentlerinde yazılı sebeplerden dolayı”*¹⁷²

¹⁷¹ **Zevkliler A./ Aydoğdu M./ Petek H.**, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1998, s. 229.

¹⁷² Bu bentlerde sayılan sebepler kiralayanın gayrimenkulü, kendisi veya eşi veya çocukları için mesken olarak kullanmak ihtiyacı için veya eşinin veya çocuklarının bir meslek veya sanatı bizzat icra etmesi amacıyla kullanma ihtiyacı için tahliye ettirdiği hallerden ibarettir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Zevkliler/ Aydoğdu / Petek**, s. 240-260; **Aral**, s. 279 vd.

tahliye ettirdiği gayrimenkulü mücbir sebepler olmaksızın üç sene müddetle eski kiracısından başkasına kiralayamaz.

7. maddenin ç bendine göre¹⁷³ tahliye edilen gayrimenkuller eski hali ile, mücbir sebepler olmadıkça üç sene müddetle başkasına kiraya verilemez.”

Söz konusu madde hem zamanla ilgili bir kısıtlama hem de sözleşmenin karşı tarafı ile ilgili bir kısıtlama getirerek sözleşme yapma özgürlüğünü iki bakımdan kısıtlamaktadır. Elbette öngörülen sözleşme yapma yükümlülüğü kiralayan için bağlayıcıdır, kiracı eğer istemiyorsa kira sözleşmesi yapmak zorunda değildir.

Sözleşme yapma yükümlülüğünü ihlal eden kiralayanların karşılaşacağı müeyyide ise 6570 sayılı Kanun’un 16. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre 15. maddeyi ihlal edenler hakkında “*altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur. Mükerrirler hakkında bu cezalar bir misli artırılır.*” Bunun dışında kiralayan taşınmazı bir başkasına kiralamakla kanundan doğan borca aykırı davranmış olacağından BK md. 96 uyarınca kiracının uğradığı zararı tazmin etmek zorunda kalacaktır.

173 7. maddenin ç bendinde kiralanan gayrimenkulün “yeniden inşa veya imar maksadıyla esaslı bir surette tamir, tevsi veya tadil için ve ameliye esnasında içinde ikamet veya iştilal mümkün olmadığı fennen anlaşıldığı takdirde” tahliye edilmesi hali düzenlenmektedir.

IV. 4857 SAYILI İŞ KANUNUNDAN DOĞAN SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Sanayi devrimi ile birlikte ortaya çıkan ekonomik ve sosyal gelişmeler hukuku da etkilemiş, seri üretimle birlikte iş gücüne ihtiyaç duyulması küçük esnaf ve zanaatkârların yeni ekonomik düzende yavaş yavaş kaybolmalarına neden olmuştur. Kaybolan bu sınıfın yerini, geçimini sağlayabilmek için başkasının hizmetinde çalışmak zorunda kalan işçi sınıfı almıştır. Borçlar hukuku alanında genel ilke konumundaki sözleşme özgürlüğü ilkesi işçi ile işveren arasında kurulan sözleşmeler bakımından da geçerlidir. Ancak iş hukukunun sosyal amacıyla paralel olarak, işçileri korumak kaygısıyla iş akdini kurma özgürlüğü önemli sınırlamalara tabi tutulmuştur¹⁷⁴. Bu sınırlamalar bazı hallerde iş akdinin kurulmasının yasaklanması, bazı hallerde ise işverene sözleşme yapma zorunluluğu getirilmesi şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu halleri tek tek incelemeye başlamadan önce iş hukukun ayırıcı özelliklerinden bir olan nispi emredici hükümlerine değinmek gerekmektedir.

İş hukuku alanındaki nispi emredici hükümler veya sosyal kamu düzeni borçlar hukuku alanındaki emredici hükümlerle ve kamu düzeni ile tam olarak örtüşmemektedir. Borçlar hukuku alanındaki emredici hükümler sözleşmenin her iki tarafı için de bağlayıcıdır. Borçlar hukuku alanında emredici hükümlere aykırı olarak kurulan sözleşmeler geçersizdir. Oysa iş mevzuatında yer alan emredici kurallardan temelde işçiyi korumaya yönelik olanlar sadece işçi aleyhine değiştirilemezler. Buna karşılık bu tür emredici hükümlerin aksi işçilerin lehine olmak koşulu ile her zaman sözleşme ile değiştirilebilir. İş mevzuatında getirilen nispi emredici hükümlerle işçi

¹⁷⁴ Süzek Sarper, İş Hukuku, İstanbul, 2005, s. 247.

hakları açısından bir alt sınır çizilmekte, iş akitleri ve toplu iş sözleşmeleriyle bu sınırın üstüne çıkılabilmekte, fakat hiçbir zaman bunun altına inilmemektedir¹⁷⁵.

İş hukuku alanında öngörülen sözleşme yapma zorunluluğu hallerine gelince; özürlüler, eski hükümlüler ve terör mağdurları için, işyerinden malülen veya hastalık nedeniyle ayrılanlar için, askerlik veya yasal ödev nedeniyle işten ayrılanlar için, işçi kuruluşları yönetiminde görev alan işçiler için İş Kanunu'nun ilgili maddesinde belirlenen şartların gerçekleşmesi durumunda işverenlere iş akdi kurma zorunluluğu getirilmiştir.

Ayrıca işveren en az elli işçinin çalıştığı işyerlerinde işyeri hekimleri ve iş güvenliği mühendislerinin istihdam edilmesi konusunda ve toplu iş sözleşmesinde öngörülmüş ise bu durumda sözleşme yapma yükümlülüğü altındadır. İş Kanunu'nda sayılan sözleşme yapma yükümlülüğü hallerinin örnekleri aşağıda açıklanmaktadır:

İş Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrasına göre *“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. Bu kapsamda çalıştırılacak işçilerin toplam oranı yüzde altıdır. Ancak özürlüler için belirlenecek oran, toplam oranın yarısından az olamaz. Aynı il sınırları içinde birden fazla işyeri bulunan işverenin bu kapsamda çalıştırmakla yükümlü olduğu işçi sayısı, toplam işçi sayısına göre hesaplanır.”*

¹⁷⁵ Süzek, s. 28-29.

Aynı maddenin 8. fıkrasında ise işyerinden malulen ayrılanlar için öngörülen hükme göre “Bir işyerinden malulen ayrılmak zorunda kalıp da sonradan maluliyeti ortadan kalkan işçiler eski işyerlerinde tekrar işe alınmalarını istedikleri takdirde, işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmemezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye altı aylık ücret tutarında tazminat öder.”

İş Kanunu’nun 31. maddesinin son fıkrası uyarınca “Herhangi bir askeri ve kanuni ödev dolayısıyla işinden ayrılan işçiler bu ödevin sona ermesinden başlayarak iki ay içinde işe girmek istedikleri takdirde işveren bunları eski işleri veya benzeri işlerde boş yer varsa derhal, yoksa boşalacak ilk işe başka isteklilere tercih ederek, o andaki şartlarla işe almak zorundadır. Aranılan şartlar bulunduğu halde işveren iş sözleşmesi yapma yükümlülüğünü yerine getirmemezse, işe alınma isteğinde bulunan eski işçiye üç aylık ücret tutarında tazminat öder.”

İş Kanunu’nun ilgili maddelerinde öngörülen işverenin sözleşme yapma zorunluluğu doğduğunda işveren işçinin iş akdi kurulması yönündeki icabını kabul etmek zorundadır. İşverenin bu şekilde işe aldığı işçileri kendileri için uygun işlerde görevlendirmesi gerekmektedir. İşverenin yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinde idari para cezaları (İş Kanunu md 100,101, 105/2), ceza yaptırımları (Sendikalar Kanunu 59/2) veya hukuki yaptırım (tazminat) öngörülmüştür. Buna karşılık işçinin, iş akdi yapma zorunluluğunu yerine getirmeyen işverene karşı aynen ifa davası açabileceği kabul edilmektedir¹⁷⁶. Bu görüşe göre, her ne kadar işveren

¹⁷⁶ Süzek, s. 259; Çelik Nuri, İş Hukuku Dersleri, B.17, İstanbul, 2004, s. 180.

cebri icra yoluyla işçiye iş vermeye zorlanamazsa da, yargı kararıyla iş akdinin kurulması sağlanabilir.

Yukarıda önsözleşme ile ilgili bölümde belirtildiği üzere gayrimenkul satış vaadinin ifası için alacaklının açtığı davada hakimin vereceği hüküm borçlunun iradesinin yerini alarak sözleşmenin kurulmasına imkan tanınmaktadır. Buradaki çözümün kanun ile öngörülen sözleşme yapma yükümlülüğü hallerinde de benimsenebilecektir. Dolayısıyla işçinin aynen ifa davası açarak işe alınmayı talep etmesi halinde hakimin bu yönde vereceği kararın işverenin irade beyanı yerine geçerek iş akdi kuracağı kabul edilmelidir.

Taraflar arasında iş akdinin kurulmuş olmasına rağmen işveren işçiyi işyerinde fiilen çalıştırmaya zorlanmaz. Ancak işverenin işçiyi işyerine almaması temerrüde düşmesine yol açar ve işçi çalışmaksızın ücrete hak kazanabilir (BK md 325)¹⁷⁷. Ancak işveren için (İş Kanunu md. 30/8’de öngörülen tazminat gibi) özel bir yaptırım öngörülmüşse işçinin aynen ifa davası açamayacağı kabul edilmektedir. Son olarak Yargıtay’ın işçiye aynen ifa davası açma hakkı verilmesi gerektiği ile ilgili görüşe katılmadığı da belirtilmelidir.

V. DİĞER SINIRLAMALAR

Günümüzde sözleşme serbestisini sınırlayan durumlar yukarıda saydığımız hallerle sınırlı değildir.

Örneğin sözleşme yapma zorunluluğu getiren spesifik bir düzenlemeye Avukatlık Kanunu’nun 37. maddesinde rastlanmaktadır. Maddenin birinci fıkrasında avukatın önüne gelen bir işi, gerekçesini belirterek reddetme serbestisine sahip

¹⁷⁷ Süzek, s. 260.

olduğu düzenlenmiş; ikinci ve üçüncü fıkrada ise bu durumun istisnası olarak avukatın bir işi kabul ederek vekalet sözleşmesi yapmak zorunda bulunduğu durum hüküm altına alınmıştır. Avukatlık Kanunu’nun 37. maddesi ikinci ve üçüncü fıkrası uyarınca “ *İşi iki avukat tarafından reddolunan kimse, kendisine bir avukat tayinini baro başkanından isteyebilir. Tayin olunan avukat, baro başkanı tarafından belirlenen ücret karşılığında işi takip etmek zorundadır*¹⁷⁸. ”

Sözleşme yapma zorunluluğu getiren bir diğer düzenleme ise Karayolları Trafik Kanunu’nun 91. maddesidir. Buna göre sigorta şirketleri ve araç işletenler trafik sigortası (mali sorumluluk sigortası) yaptırmak zorunluluğu altındadırlar. 91. maddeye göre¹⁷⁹ “*İşletenlerin, bu Kanunun 85 inci maddesinin birinci fıkrasına göre olan sorumluluklarının karşılanmasını sağlamak üzere mali sorumluluk sigortası yaptırmaları zorunludur. Sigorta şirketleri, şekli ve içeriği İçişleri Bakanlığının uygun görüşü ve Hazine Müsteşarlığının bağlı bulunduğu Bakanlığın onayı ile belirlenip Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliğince bastırılacak trafik sigortası pulunu, poliçe ve zeyilname ile birlikte işletenlere vermek zorundadırlar.*” Sigortacılık alanında sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu bir diğer dal ise doğal afet sigortalarından olan zorunlu deprem sigortası yapma-yaptırma zorunluluğudur. Zorunlu Deprem Sigortası, genel anlamda, belediye sınırları içinde kalan meskenlere yönelik olarak oluşturulan bir sigorta sistemidir. 587 sayılı Zorunlu Deprem Sigortasına İlişkin Kanun Hükmünde Kararnamenin ikinci maddesi hükmü gereğince kapsamda bulunan binalar şunlardır:

¹⁷⁸ Bu hüküm 02/05/2001 tarih, 4667 sayılı Kanun’un, 25. md.si ile değiştirilmiştir.

¹⁷⁹ Bu hüküm 17/10/1996 tarih, 4149 sayılı Kanun’un, 33. md.si ile değiştirilmiştir.

- Tapuya kayıtlı ve özel mülkiyete tabi taşınmazlar üzerinde mesken olarak inşa edilmiş binalar,
- 634 sayılı Kat Mülkiyeti Kanunu kapsamındaki bağımsız bölümler,
- Bu binaların içinde yer alan ve ticarethane, büro ve benzeri amaçlarla kullanılan bağımsız bölümler,
- Doğal afetler nedeniyle devlet tarafından yaptırılan veya verilen kredi ile yapılan meskenler.

Yukarıdaki koşullara uyan, kat irtifakı tesis edilmiş binalar, tapuda henüz cins tashihi yapılmamış ve tapu kütüğünde vasfı "arsa vs." olarak görünen binalar, tapu tahsisi henüz yapılmamış kooperatif evleri için de Zorunlu Deprem Sigortası yaptırılması gerekmektedir. Henüz bağımsız tapusu olmayan meskenlerin sigortası, sigorta ettirenin beyanına dayanarak ve arsa tapusuna ait bilgilerle yapılabilmektedir.

Türk hukuk sisteminde zaruret hakları¹⁸⁰ olarak da isimlendirilen zorunlu irtifakları¹⁸¹ da sözleşme yapma yükümlülüğüne örnek olarak verebiliriz. Kanunun zorunlu irtifak hakkı tanıdığı (MK 744-Mecra Geçirilmesine Katlanma Yükümlülüğü) veya zorunlu irtifak hakkı tesis edilmesi için talep hakkı tanıdığı (MK 725- Taşkın Yapılar; MK 747- Zorunlu Geçit ve MK 761- Zorunlu Su) durumlarda yüklü taşınmaz maliki eşyaya bağlı bir borç niteliğindeki irtifak hakkı kurmak ve dolayısıyla irtifak

¹⁸⁰ Zorunlu irtifak hakları veya diğer bir deyişle zaruret hakları komşuluk hukukundan kaynaklanan ve zor durumda kalan taşınmaz malikine tam bir bedel ödemesi ve diğer yasal koşullarının oluşması kaydıyla tanınan mülkiyet hakkı kısıtlamalarıdır. Bunlar taşkın yapı (MK 725); zorunlu mecra (MK 744); zorunlu geçit (MK 747) ve zorunlu su (MK 761) irtifaklarıdır.

¹⁸¹ Zorunlu irtifak haklarının hukuki niteliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kırca** Çiğdem, Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği, AÜHFD, 2005, C. 54, S. 4, s. 65-76.

sözleşmesi akdetmek yükümlülüğü altındadır¹⁸². Aksi takdirde mahkeme kararı yüklü taşınmaz malikinin iradesi ve irtifak sözleşmesinin yerine geçerek tescile dayanak oluşturacaktır. Yararlanan taşınmaz maliki ise tam bir bedel ödemek ve her bir zorunlu irtifak hakkı için Medeni Kanun'da öngörülen şartları yerine getirmek kaydıyla bir irtifak hakkı tesisi ile sonuçlanan yenilik doğurucu bir talep hakkına sahiptir¹⁸³.

Her bir zorunlu irtifak hakkı için Kanun'un öngördüğü koşulların doğması halinde yararlanan taşınmaz maliki irtifak hakkı kurulması için talep hakkını kullandığında karşı taraf irtifak sözleşmesi akdedecek veya yukarıda belirtildiği üzere bu sözleşmenin yerine geçmek üzere bir mahkeme kararı alınacaktır. Bu mahkeme kararı veya kurulan irtifak sözleşmesi tescilin hukuki sebebini oluşturacaktır. Bu noktada sözleşme yapma yükümlülüğünü yerine getirmeyen tarafın iradesi bir anlamda mahkeme kararı ile elde edilmekte yahut mahkeme kararı bu iradenin yerini almaktadır.

¹⁸² Zorunlu mecra irtifakında zorunlu geçit ve zorunlu kaynak (su) irtifakından farklı olarak Kanun bir talep hakkı değil, doğrudan doğruya bir irtifak hakkı tanımaktadır, bu nedenle zorunlu mecrada sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaz, mahkemeden alınacak karar tespit kararıdır ve tapu siciline tescil için yararlanan arazi malikinin masraflarını karşılayarak tek taraflı olarak tescil ettirme hakkı bulunmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Demir** Mehmet, Zorunlu Geçit Hakkının Kurulmasının Koşulları ve Tazminatın Belirlenmesi Sorunu, AÜHFD, 2003, C. 52, S. 4, s. 188-210.

¹⁸³ **Oğuzman** M. Kemal/ **Seliçi** Özer, Eşya Hukuku, İstanbul, 2002, s. 386, 425, 428, 432. Zorunlu irtifak hakkı kurulmasına yönelik talebin bir yenilik doğurucu hak olduğu doktrinde ağırlı olarak (Oğuzman/Seliçi, Hatemi, Özsunay, Erel, Tekinay gibi yazarlarca) kabul edilmektedir. Aksi görüş için bkz. Kırca, s. 75. Ayrıca yenilik doğurucu haklar konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Buz**, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar.

Diğer yandan zorunlu irtifak haklarının sözleşme yapma yükümlülüğü doğurmadığı, zira burada kanundan doğan bir talep hakkı bulunduğu, taraflar arasında BK md. 1 anlamında bir borç ilişkisinin olmadığı da savunulmaktadır¹⁸⁴. Bu görüş zorunlu irtifak haklarının tamamen komşuluk hukuku sınırları içinde kaldığını, yan yana bulunan iki taşınmaz maliki arasında menfaatlerin dengelenmesi esasında ibaret olduğunu ve irtifak hakkının kuruluşu ile ortaya çıkan kaçınma borcunun bir edim olarak nitelendirilemeyeceğini iddia etmektedir.

İrtifak haklarının kurulmasında MK 780 tescil şartı aramakta ve kazanma ve tescilde taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümlere atıf yapmaktadır. Bilindiği üzere tescilin mülkiyet veya diğer ayni hakları kazandırabilmesi için geçerli bir kazandırma sebebine dayanması gerekmektedir. Konumuz bakımından geçerli kazandırma sebebini oluşturan irtifak sözleşmesinin resmi şekilde düzenlenmiş olması gerekmektedir.

MK 698 ve 699’da düzenlenen paylı mülkiyetin sona ermesinde de paydaşlardan birinin malın paylaşılmasını istemesi halinde diğer paydaşlar için paylaşım yapmak konusunda bir sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğu kabul edilebilir.

§ 8. REKABET HUKUKUNDAN KAYNAKLANAN SÖZLEŞME YAPMA YÜKÜMLÜLÜĞÜ

I. Rekabet Hukukuna Genel Bir Bakış

Rekabet hukukunun bağımsız bir hukuk dalı olarak gelişimi dünyada piyasa ekonomisi ve sanayileşme olgularının sorgulandığı dönemler olan 18. ve 19. yüzyıla

¹⁸⁴ Arnet, s.217 vd.

kadar uzanmaktadır. Elbette bu gelişim sözleşme özgürlüğü prensibinin ve özel mülkiyet kavramının hukuk düzeni içindeki yeri ve sınırlarının belirlenmesi ile eş zamanlı olarak gerçekleşmiştir. Günümüzün egemen iktisadi sistemi olan piyasa ekonomisi sistemi “*özel mülkiyet*” ve “*rekabet*” ilkelerinden oluşan iki temel ilkeye dayanmaktadır. Serbest piyasa ekonomisinde ekonomik verimliliğin sağlanması için en etkin yol rekabettir¹⁸⁵.

Rekabetin koruması amacını güden Rekabet Hukuku, serbest piyasa ekonomisinde rekabet sisteminin dengeli bir biçimde uygulanmasını sağlayıcı düzenlemelerden oluşur. Rekabet Hukukunun hedefi mal ve hizmet piyasalarındaki rekabeti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hâkim olan teşebbüslerin bu hâkimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunmasını sağlamaktır. Bir başka deyişle Rekabet Hukuku, ekonomik birimlerin (veya 4054 sayılı Kanun’un benimsediği terim olan “teşebbüs”lerin) serbest rekabet düzeninin işleyişine zarar verebilecek eylemlerini kontrol etmeyi ve etkisiz hale getirmeyi amaçlamaktadır.

Dünyada Rekabet Hukukunun gelişimi iki yüzyılı aşkın bir zamana dayansa da ülkemizde bu alanın varlığı 1990’lı yılların başına kadar uzanmaktadır. Şöyle ki 1/1995 sayılı Katma Protokol’de ülkemiz serbest piyasa ekonomisini, ekonomik

¹⁸⁵ **Sanlı** K. C., Rekabetin Korunması Hakkında Kanun’da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümler Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, 2000, s. 3; **Akıncı** A., Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara, 2001, s. 11; **Whish** R., Competition Law, Oxford, 2006, s. 3; **Bishop** S/ **Walker** M., Economics of Competition Law: Concepts, Application and Measurement, Londra, 1999, s. 13-14; **Kwoka** J. E./ **White** L. J., The Antitrust Revolution, New York, 1999, s. 8.

sistem olarak kabul edeceğini ve bu sistemde olmazsa olmaz olarak görülen Rekabet Hukukunu uygulayacağını vaat etmiştir. Bunun üzerine 7.12.1994 tarihinde 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun kabul edilerek Rekabet Hukuku hukuk sistemimiz içindeki yerini almıştır. Eklemek gerekir ki; 4054 sayılı Kanun 1994 yılında yürürlüğe girmesine rağmen Kanun’u uygulayacak olan Rekabet Kurulu ve Rekabet Kurumu 1997 yılında oluşturularak faaliyet göstermeye başlamıştır. 4054 sayılı Kanun’da Rekabet Hukukunun yasaklayıcı hükümleri üç grupta toplanmıştır, bunlar¹⁸⁶:

- Teşebbüslerin rekabeti sınırlayıcı anlaşma ve uyumlu eylem ve kararları (4054 sayılı Kanun’un 4. maddesi ile yasaklanan eylemler)
- Hakim durumdaki teşebbüsün hakimiyetini kötüye kullanması ((4054 sayılı Kanun’un 6. maddesi ile yasaklanan eylemler)
- Piyasada rekabetin önemli ölçüde sınırlandırılmasına yol açan birleşme ve devralmalar (4054 sayılı Kanun’un 7. maddesi ile yasaklanan eylemler)

Rekabet hukuku alanında bu çalışmanın konusunu oluşturan sözleşme yapma yükümlülüğünün doğması 4054 sayılı Kanun’un 6. maddesinde düzenlenen hakim durumun kötüye kullanılmasının belirli koşullar altında gerçekleşmesine bağlıdır. Rekabet Hukukunda sözleşme yapma yükümlülüğü öngörülmesinin teknik adı “zorunlu unsur doktrini”dir. “*Zorunlu unsur*” (*essential facilities*) kavramı Borçlar Hukukunda yer alan sözleşme serbestisi ilkesi ile Rekabet Hukukundaki; piyasalarda

¹⁸⁶ 4054 sayılı Kanun’un 4. maddesinde sayılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karar türleri ile 6. maddesinde sayılan hakim durumun kötüye kullanılması halleri örnek kabilinden sayılmıştır, bu maddelerde yapılan sayma sınırlayıcı değildir.

etkin bir rekabet ortamının sağlanması ve sürdürülebilmesi ve iktisadi etkinliğin sağlanması amacıyla piyasalara yapılan müdahalenin kesiştiği noktada bulunan bir kavramdır¹⁸⁷.

Bu noktada hemen Rekabet Hukuku araçları kullanılarak ve Rekabet Kurulu kararları ile öngörülecek sözleşme yapma yükümlülüğünün özel hukuk alanında mahkeme kararının sözleşenlerden birinin iradesi yerine geçerek sözleşmeyi kurmasından farklı olduğu belirtilmelidir. Zira sözleşme yapma yükümlülüğü getiren Rekabet Kurulu kararı sözleşmeyi kurmaz, ancak getirilen yükümlülüğe uyulmaması halinde verilmesi muhtemel nispi ve/veya süreli idari para cezaları yükümlüyü sözleşme kurmaya, dolayısıyla hukukun ve hakkaniyetin öngördüğü şekilde davranmaya sevk eder¹⁸⁸.

II. Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Yükümlülüğü-Zorunlu Unsur Doktrini

Rekabet hukuku alanından mal vermeyi reddetme eylemi belirli koşullar altında bir rekabet ihlali olarak değerlendirilebilmektedir. Buna göre hakim durumdaki teşebbüsün objektif olarak haklı bir gerekçesi olmaksızın mal vermeyi reddetmesi piyasada rekabetin engellenmesine, bozulmasına ya da kısıtlanmasına yol

¹⁸⁷ **Ölmez** H. S., Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2003, s. 12; **Tekdemir** Y, AT Rekabet Hukukunda anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2003, s. 10; **Güven** P., Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Haziran 2002, s. 3.

¹⁸⁸ Bkz. dn. 215.

açılırsa ve erişimine engel olunan girdi ilgili pazarda faaliyet gösterebilmek için vazgeçilmez bir unsursa reddetme eylemi hakim durumu kötüye kullanma olarak kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır.

Mal vermeyi reddetmenin rekabet ihlali olarak değerlendirildiği çeşitli ihtimaller bulunmaktadır. Bu hallerden birincisi hakim durumda bulunan teşebbüsün süregelen bir ticari ilişki içerisinde bulunduğu müşterisine mal vermeyi durdurmasıdır. İkincisi bir veya daha fazla teşebbüse mal verilirken, ayrımcılık yapmak suretiyle bir başka teşebbüsün talebinin karşılanmamasıdır. Üçüncüsü ise bir mal veya hizmet üretimi için zorunlu bir unsura sahip olan bir teşebbüsün söz konusu unsuru kullanmak suretiyle faaliyette bulunacak bir teşebbüs ile sözleşme yapmayı reddetmesidir.

Mal vermeyi reddetme eyleminin rekabet ihlali olarak değerlendirildiği piyasalar genellikle yüksek maliyetli altyapı unsurlarının¹⁸⁹, teknolojinin veya fikri mülkiyet haklarının¹⁹⁰ piyasada faaliyette bulunabilmek için gerekli olduğu

¹⁸⁹ Altyapı unsurunun öne çıktığı alanlara köprü, liman, elektrik ve telekomünikasyon şebekelerinin yanında internet gibi teknolojinin gelişmesiyle ortaya çıkan sektörler-yeni ekonomi (new economies) alanından da örnekler verilebilir. **Frischmann** Brett / **Waller** Spencer Weber, Essential Facilities, Infrastructure, and Open Access (www.ssrn.com/abstract=942074); ayrıca demiryollarında altyapı unsurunun zorunlu unsur olarak kabulü konusunda bkz. **Elzinga** Renee/**Jutten** Emile/ **Niels** Gunnar, Essential or Nice to have? A Competition-based Framework for “Rail-related Services”, ECLR, Vol 29 Issue 1/2008.

¹⁹⁰ Fikri mülkiyet haklarından patent hakkı mal vermeyi reddetme davalarında en sık dava konusu edilen hak konumundadır. Bu durum Türk Fikri Mülkiyet Hukuku mevzuatına -551 sayılı Patent Haklarının Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname’nin “Rekabetin Kötüye Kullanımı” başlıklı 93. maddesine- şöyle yansımıştır: “Bir patent sahibi, patenti kullanırken haksız rekabete

sektörlerde karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca mal vermeyi reddetmenin en sık görüldüğü durumların başında üst pazarda faaliyet gösteren hakim durumdaki bir teşebbüsün alt pazarda faaliyete başlaması gelmektedir. Hakim durumdaki teşebbüs alt pazardaki rakibine doğrudan veya dolaylı olarak mal vermeyi reddetmek suretiyle özellikle dikey bütünleşme yoluyla alt pazarda da tekelleri elde etmek istemektedir.

Rekabet Hukukunda mal vermeyi reddetme başlığı altında incelenen “zorunlu unsur doktrini”¹⁹¹ liberal ekonominin temelini teşkil eden sözleşme özgürlüğü ilkesine istisna getiren bir uygulamadır. Çünkü zorunlu olarak kabul edilen unsura sahip olan teşebbüslere veya teşebbüs birliklerine, sahip oldukları bu unsuru başka teşebbüslere kullandırma zorunluluğu getirilmektedir. Bu doktrin ilk bakışta serbest piyasa modelinin özüne aykırı gibi görünmekle birlikte rekabet politikalarının bir

ilişkin genel hükümlere aykırı faaliyette bulunmuşsa, mahkeme tarafından lisans verme teklifinde bulunmaya mahkum edilebilir.”

¹⁹¹ Rekabet Hukuku alanında sözleşme yapma yükümlülüğüne yol açan hallerden biri olan “zorunlu unsur doktrini”ne ortaya çıktığı ABD’de “essential facilities doctrine” denilmekte, AB’de ise doktrini de içine alan tüm mal vermeyi reddetme eylemleri “refusal to deal/supply” adıyla anılmaktadır. Türk Rekabet Hukukunda “zorunlu unsur doktrini” bir hukuki kavram olarak genel kabul gördüğünden Tez’de “zorunlu unsur doktrini” ifadesi tercih edilmiştir. Yine de doktrini “Temel Kaynak Faaliyet” (Gül, İ., Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara, 2000, Rekabet Kurumu Yayınları No: 2. s.98), “Esaslı/Vazgeçilmez Unsur Kuralı” (Öz, G. A., Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000, Rekabet Kurumu Yayınları, No: 4, s. 133), “Temel Kolaylıklar” (Akbal, C., Liman Hizmetleri ve Rekabet, Rekabet Bülteni, S. 3, s. 43), “Elzem Kaynaklar Doktrini” (Boztosun, A. Odman, Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 21. Kasım 2002 tarihli konferans, s. 22) gibi isimlendirmeler ile ananlar da bulunmaktadır.

gereği olarak piyasaların daha rekabetçi bir yapıya kavuşturulmasında bazen çok önemli roller üstlenmektedir¹⁹².

ABD antitröst uygulamalarında ortaya çıkan ve zamanla Avrupa Birliği Rekabet Hukukuna yerleşen zorunlu unsur doktrini, genellikle dikey ilişkili piyasalarda bulunan bir teşebbüsün alt piyasalardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürebilmeleri için olmazsa olmaz bir unsura sahip olması ve bu unsuru alt pazardaki teşebbüslere kullandırmayarak rekabeti kısıtlaması durumunda ortaya çıkmaktadır. Bu tür durumlarda rekabet otoriteleri tarafından zorunlu unsur olarak tespit edilen varlık veya imkanı elinde bulunduran teşebbüse bu unsuru diğer teşebbüslere kullandırma yükümlülüğü-sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmektedir.

OECD'nin 1996 yılında yayınlamış olduğu “Zorunlu Unsur Kavramı” başlıklı çalışmada¹⁹³ zorunlu unsur;

“rakiplerin bağlantılı piyasalarda mal veya hizmet üretmek için yararlanmak zorunda oldukları ve aynısının yapılmasının imkansız olduğu veya ekonomik olarak rasyonel olmadığı unsurdur”

biçiminde tanımlanmıştır.

Aynı çalışmada, AB uygulamasında konuya, Roma Antlaşmasının 82. maddesinde yer alan “hakim durumun kötüye kullanılması” kavramı çerçevesinde yaklaşıldığı belirtilerek mal vermeyi reddeden teşebbüsün hakim durumda bulunması yeterli görülmüş, tekel konumunda bulunma şartı aranmamıştır. Yine OECD

¹⁹² OECD (1996), “*Essential Facilities Concept*”, Series Roundtables on Competition Policy No: 5, Vol: 4, No: 61. (www.oecd.org)

tarafından yapılan “Ulaştırma Sektöründeki Kilit Unsurlara Erişim¹⁹⁴” başlıklı çalışmada zorunlu unsur kavramı yeniden ele alınmış ve bu defa özellikle ulaştırma sektörü bakımından “zorunluluk” daha geniş tanımlanmıştır. Bu tanıma göre:

“Eğer bir unsura erişim sağlanmadığında pazara arz önemli ölçüde maliyetli oluyorsa ve unsura sahip olan tek elci teşebbüs bu altyapı unsuruna erişim için rekabetçi seviyenin üzerinde, küçük ama önemli ve kalıcı bir fiyat artışı¹⁹⁵ yapmayı karlı buluyorsa o unsur zorunludur.”

Görüldüğü gibi zorunlu unsura daha esnek bir yaklaşım getirilerek unsura erişim sağlanmaması halinde ölümcül olmasa bile önemli ölçüde maliyet dezavantajı doğması yeterli görülmüştür. Böylece zorunlu unsur doktrini özel tekellerin erişime açılmasında regülasyon yapılmasına veya yapısal tedbirler uygulanmasına alternatif oluşturan ve yaygın olarak kullanılan bir yöntem haline gelmiştir.

Konuya ilişkin ABD uygulaması AB uygulamasından görece daha farklıdır. Avrupa Birliğinde, doktrinin uygulanması için hakim durumda olma kriteri ön koşul sayılırken, ABD uygulamasında tek el olma koşulu aranmaktadır. Bu nedenle ABD uygulamasının AB uygulamasına göre daha sıkı koşullara bağlı olduğu söylenebilir.

¹⁹⁴ OECD (2006), “Access to Key Transport Facilities” DAF/COMP(2006)29, Unclassified, s. 21 vd. (www.oecd.org)

¹⁹⁵ Rekabet Hukuku yazınında SSNIP Testi- Small Significat Non-Transistory Price Increase Test olarak adlandırılan ve başta ilgili pazarın tanımlanması olmak üzere birçok alanda kullanılan test Türkçe’ye “Küçük Ama Önemli ve Kalıcı Fiyat Artışı Testi” olarak geçmiştir. **Çetinkaya** Murat, İlgili Pazar Kavramı ve İlgili Pazar Tanımında Kullanılan Nicel Teknikler, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2003; s. 12.

Bir teşebbüsün faaliyetinin zorunlu unsur doktrini çerçevesinde ihlal niteliği taşıması için öncelikle unsurun zorunlu olduğunun ispatlanmalı, ardından bu unsura sahip olan teşebbüsün ilgili piyasada hakim durumda olduğu belirlenmeli ve son olarak da unsura erişim haklı bir sebep olmadan reddedildiği tespit edilmelidir. Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasıyla ilgili unsura erişim sağlanabilmesi için aşağıdaki beş şartın tümünün gerçekleşmesi gerekmektedir:

1. Eylemin doğrudan veya dolaylı olarak (arzın geciktirilmesi, haksız ticari koşullar getirilmesi veya girdi için aşırı ölçüde yüksek fiyatlar istenmesi vb.) **reddetme** olarak tanımlanması,
2. Reddetme eylemini gerçekleştiren teşebbüsün ilgili piyasada **hakim durumda** bulunması,
3. Erişimi engellenen girdinin ilgili piyasada faaliyette bulunmak için **zorunlu (vazgeçilemez)** olması, (Zorunluluğun belirlenmesinde unsurun benzerinin ‘makul şartlarda’ yapılamıyor olması (düplikasyon imkansızlığı) kriteri kullanılmaktadır.)
4. Reddetme eyleminin **rekabet üzerinde olası bir olumsuz etkisini** bulunması,
5. Reddetme eyleminin **haklı gerekçelere dayanmıyor olması** .

Zorunlu unsur doktrininin uygulama şartlarını belirledikten sonra doktrine getirilen eleştirileri incelemek yerinde olacaktır.

Öncelikle herhangi bir unsurun “zorunlu” vasfını taşıyıp taşımadığı tartışmaya açık bir konudur. Bir unsurun “zorunlu” olmasından anlaşılanın ilgili pazarda rekabet edebilmek için o unsura erişimin vazgeçilmez olmasıdır¹⁹⁶.

Zorunluluk iddiasını ispatlamada erişimi engellenen unsur olmaksızın ilgili pazarda normal ekonomik faaliyetin devam ettirilemiyor olması koşulu aranmaktadır. Buna göre doğal tekel olan, ya da benzerlerinin kurulması kanun ile yasaklanan ve genellikle kamu kaynaklarıyla desteklenen ve uygulamada özel teşebbüslerce tesis edilemeyecek varlıklar öncelikli olarak zorunlu unsur olarak kabul edilmektedir. Ayrıca bir benzerinin yapılması (düklikasyonu) çok güç olan, makul olmayan veya ekonomik olarak maliyetleri geri döndürülemeyecek olan unsurlar zorunlu sayılmaktadır.

Bu tartışma zorunlu unsur doktrinine dayanılarak açılan dava sayısında önemli bir artış olması ve doktrinin yerli yersiz kullanımının önemli ekonomik zararlara ve etkinsizliğe neden olması ihtimali karşısında belirginleşmiştir. Zira gerçek anlamda zorunlu olmayan bir unsurun rakiplere kullandırılması yönünde yükümlülük getirilmesi “*free rider problem*” olarak anılan bedava kullanım problemini gündeme getirebilecektir. Büyük yatırımlar veya zaman ve emek harcanarak elde edilen bazı imkanların rakiplerin kullanımına sunulması bir çeşit bedava kullanım imkanı doğurmaktadır. Bu da zorunlu unsura sahip olan teşebbüslerin yatırım yapma ve yeni şeyler bulma güdüsünü yok edebilecektir. Aynı zamanda bir yeniliğe zorunlu unsur doktrini vasıtasıyla erişebileceğini bilen diğer teşebbüsler de risk alarak ar-ge yatırımları yapmaktan vazgeçebilirler.

¹⁹⁶ Tekdemir, s. 30.

Diğer yandan zorunlu unsur doktrinin yenilik yaratma güdüsünü uzun vadede kamçılayabileceği de karşıt görüş olarak savunulmaktadır. Buna göre zorunlu unsura sahip olmanın piyasada sağladığı güç ve avantajın farkına varan teşebbüsler yeni yatırımlar yapmak yönünde motive olacaklardır. Ayrıca uzun vadede kendilerine sağlanan erişim sayesinde ayakta kalan teşebbüsler yeni alanlarda ar-ge yatırımı yapmak imkanı bulabileceklerdir. Sonuç olarak doktrine başvurulurken bunun teşebbüslerin yenilik yaratma güdülerine olan uzun ve kısa vadeli etkileri üzerinde uzun uzun durulması gerekmektedir¹⁹⁷.

Zorunlu unsur doktrinine getirilen en önemli eleştirilerden birisi de doktrinin hem uygulama güçlüğünün bulunması hem de uygulansa bile tüketici refahını artırıcı sonuçlar doğurmayacağıdır. Doktrinin uygulama güçlüğü ile kastedilen mahkemenin veya rekabet otoritesinin erişime açma kararı verdikten sonra sürekli bu kararın uygulanıp uygulanmadığını takip etme ve yapısal tedbirler alma gerekliliğinin doğmasıdır. Buna ek olarak erişime açma kararı ile birlikte unsura fiyat takdir edilmesi, kullandırma koşullarının, miktar ve zamanının belirlenmesi gibi konular da

¹⁹⁷ Zorunlu unsur doktrinini uygulamanın yenilik yaratma güdüsü üzerindeki etkileri konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Cotter F. Thomas**, Essential Facilities Doctrine, University of Minnesota Law School, Research Paper Series, Research Paper No. 08-18, s. 12 (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1125368); **Beard T. Randolph/ Ford George S./ Koutsy Thomas M**, Mandated Access and the Make-or-Buy Decision: The Case of Local Telecommunications Competition (http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=422523); DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses (Discussion Paper on Article 82), Brüksel, Aralık 2006,s. 62, 66 (www.europa.eu), OECD (2006), “Access to Key Transport Facilities”, s. 26.

teknik bilgi gerektirdiğinden rekabet hukuku alanı dışına kayılması kaçınılmaz olmaktadır.

Doktrinin olumlu sonuçlarının tüketiciye yansıtılmayacağı iddiasına gelince; kendisine erişim imkanı sağlanan teşebbüsün piyasada rekabeti artırması beklenirken tam tersi bir sonuca yol açma olasılığına dikkat çekilmektedir. Buna göre zorunlu unsura sahip olan teşebbüs ile kendisine erişim sağlanan teşebbüs arzı ve verimliliği artırma konusunda rekabet etmek yerine tek el karını paylaşmayı daha karlı bulacaklardır. Böylece sonuçta arz miktarı sabit tutularak fiyatların düşürülmesinin önüne geçilecek ve tek el karı ortadan kaldırılmayarak sadece yeniden dağıtılacaktır.

Ayrıca zorunlu unsur doktrini kullanarak tek elci fiyat seviyesinin altındaki bir seviyeden erişim imkanı sağlamanın iktisadi sonuçlarının tek elci fiyat seviyesinin devamından daha kötü olabileceği de savunulmaktadır. Şöyle ki doktrinin uygulanmasıyla dara kaybının (deadweight loss) düşürülmesi statik etkinliği artırsa bile dinamik etkinlik üzerinde uzun vadede olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Bu sav doktrinin sosyal refah üzerindeki etkilerini sayısal yöntemlerle ve iktisadi olarak açıklamaya çalıştığından burada daha fazla üzerinde durulmayacaktır¹⁹⁸.

Doktrine getirilen eleştirilerden de anlaşılacağı üzere zorunlu unsur doktrinin uygulanması çok sıkı koşulların gerçekleşmesini takiben ve sıkı gözetim altında gerçekleştirilmelidir. Uygulamanın nasıl geliştiğini görmek bakımından ABD, AB ve Türkiye örneklerine yer verilmesi yerinde olacaktır.

¹⁹⁸ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Areeda Phillip/ Hovenkamp** Herbert, Antitrust Law, 2002, s. 770-771.

A. ABD Antitröst Hukuku ve Yargı Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrini

ABD’de teşebbüslerin sözleşme yapma serbestisine sahip olmaları Colgate Doktrini adı altında kabul edilen bir temel hukuk ilkesidir. Bu serbesti 1919 yılında *US v. Colgate &Co.*¹⁹⁹ davasında ABD Yüksek Mahkemesi (*Supreme Court*) tarafından yine davanın adıyla anılan bir ilke olarak tanınmıştır. Bu davada Mahkeme, “bir tekel yaratma ya da sürdürme amacı olmaması durumunda, bir tekелci teşebbüs bile hangi taraflarla ticari iş yapacağı konusunda kendi bağımsız takdir hakkını kullanabilir.” diyerek sözleşme serbestisini kabul etmiştir. Bu kuralın en temel sonucu teşebbüsler için genel bir anlaşma yapma yükümlülüğü (*general duty to deal*) olmamasıdır²⁰⁰.

Bununla birlikte zorunlu unsur doktrininin (*essential facilities doctrine*) ilk ortaya çıktığı ülke de ABD olmuştur. Zorunlu unsur doktrinin Colgate Doktrinine başlı başına bir istisna mı getirdiği yoksa doktrinin içinde yer alan “tekel yaratma ya da sürdürme amacı”nın bir örneği mi olduğu tartışmalıdır²⁰¹. Ancak doktrinin Amerikan Antitröst Hukukunun temelini teşkil eden 1890 tarihli Sherman Kanunu’nun 2. paragrafına dayandığı konusunda fikir birliği bulunmaktadır. Bir

¹⁹⁹ 250, U.S. 300, 307 (1919).

²⁰⁰ **Collin** T. J., Refusal To Deal By Monopolists-Recent Decisions, Akron Law Review, 549, (1980-1981); **Temple** Lang, Defining Legitimate Competition: Companies’ Duty to Supply Competitors and Access to Essential Facilities, Fordham International Law Journal, 439 (1994), s. 18; **Pitofsky** R./**Patterson** D./**Hooks** J., The Essential Facilities Doctrine Under US Antitrust Law, Antitrust Law Journal, 70 (2002), s. 443.

²⁰¹ **Gürzumar**, s. 76.

diğer ifade ile tekelleşme ya da mevcut tekeli muhafaza etme kastıyla hareket edilmesi veya bir üst pazarda sahip olunan tekelin alt pazarda rekabet avantajı elde etmek için ya da alt pazardaki rekabeti kısıtlayacak şekilde kullanılması halinde Colgate Doktrini uygulanmaz ve Sherman Kanunu'nun 2. maddesi uyarınca fail teşebbüsün bu davranışı önlenir²⁰².

ABD'de zorunlu unsur doktrininin (adı mahkeme kararında açıkça anılmamakla birlikte) ilk kez uygulandığı dava 1912 yılında karara bağlanan United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis²⁰³ davasıdır. Terminal Railroad Association, St. Louis bağlantı güzergahında faaliyet gösteren 14 tren işletmecisi şirketin oluşturduğu bir teşebbüs birliği olup, bu güzergah üzerindeki taşımacılık için tüm alt yapı, terminal ve ekipmanı kontrolü altına almaya çalışmıştır. Bu bağlamda Terminal Railroad Association sahip olduğu kontrol dolayısıyla St. Louis demiryolu hattı üzerinde doğal tekel konumuna gelmiştir. Üye olmayan teşebbüsler için Terminal Railroad Association'ın bu kontrolü üye olanlara göre rekabetçi açıdan dezavantaja neden olmuştur. Yüksek Mahkeme değerlendirmesinde, “... *fiziki ve topoğrafik koşullar nedeniyle Terminal Railroad Association dışında kalan diğer teşebbüslerin alternatif bir ulaşım sistemi kurmalarının imkansız olduğunu ...*” ifade

²⁰² **Troy** D. E., Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facility Doctrine, Columbia Law Review, Vol. 83/441 (1983);, **Steiner** M., Economics in Antitrust Policy: Freedom to Compete v. Freedom to Contract, Zürich, 2007.

²⁰³ United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis 224 U.S. 383, 409 (1912).

etmiştir. Böylece, Mahkeme, St. Louis güzergahında altyapıların zorunlu niteliğini kabul ederek bir anlamda doktrinin varlığını dolaylı da olsa desteklemiştir²⁰⁴.

ABD’de zorunlu unsur olarak nitelenen değerler arasında binalar, havaalanları, bilgisayar rezervasyon sistemleri, doğalgaz ve akaryakıt boru şebekeleri gibi altyapı tesisleri, fikri mülkiyete konu olan bilgiler, belirli bir ürüne ait yedek parçalar gibi çok çeşitli değerler bulunmaktadır. Bu anlamda zorunlu unsurun somut olaya göre belirlenmesi gerektiği ve nelerin zorunlu unsur olarak nitelendirilebileceği konusunda kısıtlayıcı bir yaklaşım içine girmemek gerektiği ifade edilmektedir²⁰⁵.

ABD’de zorunlu unsur doktrininin tartışıldığı başlıca davalar Otter Tail Davası²⁰⁶, MCI Davası²⁰⁷ Apsen Skiing Davası²⁰⁸, Kodak Davası²⁰⁹, ve Verizon Communications/Trinko Davası²¹⁰, dır.

Bu davalardan 1983 tarihli MCI Davası’nda MCI, AT & T tarafından kontrol edilen yerel telefon ağlarından (şebekelerden) uzak mesafe görüşme hizmeti sunmak

²⁰⁴ ABD Yüksek Mahkemesi zorunlu unsur doktrininin kararlarında üstü kapalı olarak değerlendirmiş ve örneğin Aspen Skiing Davası’nda doktrini kararın dipnotunda zikretmiştir. Buna karşılık Yüksek Mahkeme’nin doktrine yaklaşımı Verizon Communications kararında şöyle açıklanmıştır: “*Yüksek Mahkeme şimdiye kadar zorunlu unsur doktrininin benimseyici hiçbir değerlendirmede bulunmadığını ve işbu kararı verirken de kendisinin söz konusu doktrini benimsemek ya da reddetmek ihtiyacı hissetmediğini belirtir.*”

²⁰⁵ Gürzumar, s. 91.

²⁰⁶ Otter Tail Power Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)

²⁰⁷ MCI Communications v. AT&T Corp., 708 F.2d. 1081 (1983)

²⁰⁸ Aspen Highland Skiing Corp. v. Aspen Skiing Co., 738 F.2d.1509, 1520-15252 (1985)

²⁰⁹ Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc. 504 U.S. 451 (1992)

²¹⁰ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, LLP, 540 U.S. 1 (2004)

üzere yararlanmayı (ara bağlantı yapmayı) AT & T'den talep eder. Bu talebin reddi üzerine açılan davada zorunlu unsur doktrininin uygulanma şartları davayı gören mahkeme tarafından açıkça belirlenmiştir. Mahkemeye göre zorunlu unsur doktrininin uygulanabilmesi için aşağıdaki şartların tamamının gerçekleşmiş olması gerekmektedir²¹¹:

- Zorunlu unsur tekелci bir teşebbüs tarafından kontrol ediliyor olmalıdır.
- (Bu unsuru kullanmak isteyen bir rakibin) Zorunlu unsurun bir yenisini (aynı ihtiyacı karşılayacak bir benzerini) yapması/üretmesi imkansız olmalıdır (düplikasyon imkansızlığı)²¹².
- Rakibin zorunlu unsuru kullanma talebi bu unsura sahip olan tekелci teşebbüs tarafından doğrudan veya dolaylı olarak reddedilmiş olmalıdır.
- Zorunlu unsuru rakibine kullandırmayan tekелci teşebbüsün objektif olarak haklı bir sebebi bulunmamalıdır²¹³.

Yukarıda sayılan koşullar ABD'de zorunlu unsur davalarını inceleyen mahkemeler tarafından ya aynen uygulanmış ya da geliştirilmiş ama çoğu davada anılmıştır.

Aspen Skiing Co.v. Aspen Highlands Skiing Corp. davasının da zorunlu unsur doktrininin kabul edilmesi bakımından önemli bir etkisi olmuştur. Söz konusu davaya konu olan olayda Colorado/Aspen'de Aspen Skiing üç tepede ve Aspen

²¹¹ Gürzumar, s. 91; Ölmez, s. 14; Tekdemir, s. 10-15; Güven, s. 18.

²¹² Whish, s. 674.

²¹³ Objektif olarak haklı gerekçenin ne olabileceği hakkında bkz. Pitofsky / Patterson / Hooks, s. 443-462 450-451 ve 455.

Highlands ise bir tepede kayak lifti tesisleri işletmektedirler ve “All-Aspen” adını verdikleri bir bilet sistemi çerçevesinde on yıl boyunca toplam dört kayak bölgesi için tek bir bilet satmışlardır. Altı gün geçerli olan bu bileti alan müşteriler, hem daha düşük bir bedel ödemekte hem de bilet almak için sırada beklemeksizin diledikleri yerlerde kayak yapma hakkında sahip olmaktadır. Ancak 1979-1980 sezonunda Aspen Skiing bu uygulamaya son verir ve sadece kendi tesisleri için bilet satmaya başlar. ABD Yüksek Mahkemesi, Aspen Skiing’in “All-Aspen” sisteminden vazgeçmesindeki asıl amacın küçük rakibi pazardan çıkarmak olduğunu ve söz konusu eylemi haklı kılacak herhangi bir etkinlik savunması getiremediğini, geçerli bir ticari nedeni olmadığını belirterek Sherman Act’in 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna ulaşmış ve Aspen Highlands’ın tazminat talebini kabul etmiştir.

ABD’de zorunlu unsur doktrininin sınırlarının çizilmesinde etkili olan karar ise Verizon Communications/Trinko Davasında verilmiştir. Anılan davanın ardından sektörel düzenlemelerin bulunduğu alanlarda zorunlu unsur doktrinine dayanılamayacağını savunulmuştur. Buna göre eğer bir piyasada o piyasaya özgü düzenlemeler yoğun olarak bulunuyorsa erişim taleplerinin sektörel düzenlemeler ile çözüme bağlanması antitröst hukukuna başvurmadan daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Davada telekomünikasyon alt yapısını (ayrıştırılmış ağ (şebeke) unsurlarını) alt pazardaki rakibi olan Trinko’ya açmayan Verizon Communications’un Sherman Kanunu’nun 2. maddesi anlamında değerlendirilebilecek bir davranışı bulunmadığına karar verilmiştir. Zira dava konusunun telekomünikasyon sektöründe yer alan sektöre özgü düzenlemeler ile çözümlenebileceği tespit edilmiştir. Buradan antitröst hukukuna başvurunun ancak sektörel düzenlemeler çözüm üretmiyorsa mümkün olacağı sonucu çıkarılmaktadır.

Çünkü gereksiz yere yapılan antitröst müdahaleleri antitröst hukukunun amacına ters düşecektir.

Doktrinin ABD'deki uygulamasına önceleri şüphe ile yaklaşılmışsa da 1970'li yıllardan itibaren çokça başvurulduğu ve akademik çevrelerde tartışma konusu edildiği görülmektedir. Ancak Verizon Communications/Trinko Davasından sonra zorunlu unsur doktrininin yüz yıllık bir uygulama ile edindiği konumu tartışmalı hale gelmiştir. Günümüzde ise zorunlu unsur doktrininin çok istisnai hallerde uygulanabileceği yaygın olarak kabul edilmektedir. Hatta P. Areeda gibi rekabet hukukunda duayen olmuş yazarlar doktrinin “bir yakıştırma isimden ibaret” olduğunu belirterek, antitröst hukukunda çok istisnai durumlarda uygulanabileceğini kabul etmektedirler²¹⁴. Sonuç olarak zorunlu unsur doktrininin ABD'de gerileme döneminde olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır; doktrin mahkemelerce halen başvurulana bir ölçüt ise de akademisyenler tarafından son derece sınırlı bir alana hapsedilmiştir.

B. AB Rekabet Hukuku ve Yargı Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrini

Avrupa Birliği'nde ve Türkiye'de zorunlu unsur doktrini (refusal to deal) hakim durumun kötüye kullanılması başlığı altında incelenmektedir. 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesine karşılık gelen Roma Antlaşmasının 82'nci maddesi, kötüye kullanmanın ne anlama geldiği konusunda sessiz kalırken, sınırlı olmayan bir kötüye kullanma halleri listesi içermektedir. Anlaşma yapmayı reddetme veya zorunlu

²¹⁴ **Areeda** Phillip., Essential Facilities: An Ephitet In Need of Limiting Principles, Antitrust Law Journal, Vol. 58, 1990, s. 843-853.

unsurun kullandırılmaması bu listede açıkça yer almamaktadır. Dolayısıyla AB rekabet hukukunda zorunlu unsur doktrini, Komisyon ve ATAD kararlarından doğan ve gelişen bir doktrin olarak karşımıza çıkmaktadır.

Zorunlu unsur doktrini, 82. madde kapsamında, rakiplerinin faaliyetlerini sürdürmeleri için hayati olan ve benzerinin kurulması uygulamada imkânsız olan varlıkları kontrol eden teşebbüslerin reddetme eylemlerini denetlemek amacıyla uygulanmaktadır. Doktrin 82. maddede veya AB'nin başka bir temel düzenlemesinde doğrudan doğruya yer almadığı için öteden beri ATAD ve Komisyon'un hakim durumdaki teşebbüslerin anlaşma yapmayı reddetme konusundaki kararlarına dayanan içtihat çerçevesinde ortaya çıkmıştır.

AB'de zorunlu unsur doktrini şöyle tanımlanabilir: "Üst pazarda hakim durumda olan teşebbüsün, üst pazarda sahip olduğu kendisine bu hakim durumu sağlayan unsuru, bir alt pazardaki rakiplerine kullandırma konusunda anlaşma yapmaktan kaçınmak suretiyle alt pazardaki rekabetin oluşunu engelleyecek veya ortadan kaldıracak davranışlar ile hakim durumunu kötüye kullanmasıdır. Komisyon'un telekomünikasyon sektörüne ilişkin Erişim Duyurusu'nda²¹⁵ zorunlu unsur ise şöyle tanımlanmıştır: *"müşterilere ulaşmak ya da rakiplerin işlerini yapabilmesi için zorunlu olan ve aynı işlevi yerine getirecek bir benzerinin makul yollarla yaratılması da mümkün bulunmayan bir imkan ya da altyapıdır."* Anılan Erişim Duyurusu'nda zorunlu unsurun uygulanma şartları da belirlenmiştir, buna göre²¹⁶:

²¹⁵ Notice on Application of the Competition Rules to Access Agreements in the Telecommunications Sector- framework, relevant markets and principles, OJ 1998 C265/2.

²¹⁶ **Gürzumar**, s. 118-119.

- Kullanılmak istenen unsura erişim, ilgili pazarda faaliyette bulunabilmek için genel bir zorunluluk oluşturmamalıdır.
- Unsur sahibinin unsuru erişime açmasına imkan tanıyan yeterli bir kapasite mevcut olmalıdır.
- Unsur sahibi mevcut bir mal veya hizmet pazarındaki talebi karşılamakta yetersiz kalıyor veya, erişim talebini reddetmekle, ya ihtiyaç duyulan potansiyel bir mal veya hizmet pazarının oluşmasını bloke ediyor yahut mevcut bir mal veya hizmet pazarındaki rekabeti engelliyor olmalıdır.
- Unsuru kullanmak isteyen teşebbüs makul veya ayırımcı olmayan bir bedel ödemeye ve diğer ayırımcı olmayan koşulları kabul etmeye hazır olmalıdır.
- Erişim talebinin reddedilmesinin objektif olarak haklı bir sebebi bulunmamalıdır.

Komisyon'a göre yukarıdaki şartların gerçekleşmesi halinde, alt yapı unsuruna erişimi kontrol eden ve bu nedenle hakim durumda olan teşebbüsün, kendisine yöneltilen bir erişim talebini reddetmesi, hakim durumun kötüye kullanılması anlamına gelmektedir. Yukarıda sayılan şartlar spesifik olarak telekomünikasyon sektörüne yönelik olsa da diğer sektörlerde görülen zorunlu unsur davalarında kıyasen uygulanmaları mümkündür.

Zorunlu unsur doktrininin AB'de ilk kez uygulandığı *Commercial Solvents* ve *United Brands* davaları AB rekabet hukuku altında anlaşma yapmayı reddetme sorununa ilişkin temel prensiplerin ortaya çıktığı davalardır.

Commercial Solvents Davası²¹⁷ anlaşma yapmayı reddetmenin kötüye kullanma olarak değerlendirildiği ilk davadır. Dava konusu olayda ilaç üretiminde kullanılan aminobutanol adlı hammaddenin sağlayıcısı olan hakim durumdaki Commercial Solvents, alt pazarda faaliyet gösteren yavru şirketi olan ICI’nın tek ciddi rakibi olan Zoja’ya mal arzını kesmiştir. İlgili pazardaki rekabeti tamamıyla ortadan kaldırmayı amaçlayan bu eylem, Komisyon tarafından hakim durumun kötüye kullanılması olarak kabul edilmiş ve bu karar Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (ATAD) tarafından da onaylanmıştır²¹⁸.

AB’de zorunlu unsur doktrininin tartışıldığı bir diğer dava United Brands²¹⁹ davasıdır. United Brands (UBC) firması rakip firmaların reklam kampanyalarına katıldığı için, Olesen adlı Danimarka kökenli distribütörüne mal vermeyi reddetmiştir. Davayı gören ATAD;

*“müşterinin talebi her zamankinden farklı değilse hakim durumda olan firma, uzun süreden beri düzenli olarak ticari faaliyetini sürdüren müşterisine mal vermeyi reddedemez...”*²²⁰

diyerek hakim durumdaki teşebbüsler için özellikle uzun süreden beri devam eden müşterileri bakımından geniş bir anlaşma yapma yükümlülüğü getirmiştir. Ancak kararın devamında ATAD;

²¹⁷ Commercial Solvents v. Commission. 6-7/73.(1974).ECR, s. 223.

²¹⁸ **Glasl D.**, Essential Facilities Doctrine in EC Anti-Trust Law: A Contribution To The Current Debate, 1994, s. 4, www.westlaw.com.

²¹⁹ Case 27/76 United Brands v. Commission ECR [1978] s.207.

²²⁰ United Brands, [1978], ECR.292.

“.....bir teşebbüsün hakim durumda olması, eğer hayati çıkarları saldırı altındaysa bunları korumasını engellemez...bu amaçla gerekli gördüğü makul önlemleri alma hakkına sahiptir... ancak bu önlemler saldırı altındaki çıkarlarla orantılı olmalı ve hakim durumu güçlendirme ya da kötüye kullanma amacıyla kullanılmamalı...”²²¹

sonucuna vararak, hakim durumdaki teşebbüslerin sınırsız bir yükümlülük altında olmadığını ve orantılık (proportionality) ilkesi çerçevesinde kendi meşru çıkarlarını koruyabileceklerini kabul etmektedir. Ancak ATAD davada, UBC’nin mal tedarikini kesme davranışını orantısız bir davranış, dolayısıyla kötüye kullanma olarak değerlendirmiştir.

Orantılılık ilkesinin yanı sıra son zamanlarda etkinlik savunmasının da hakim durumdaki teşebbüs için reddetme eylemini haklı çıkarabilecek bir gerekçe olarak kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır²²². Eğer hakim durumdaki teşebbüs arzına son verdiği alt pazardaki unsuru kendisinin kullanmaya başlayacağını ve böylece ölçek ekonomisi gibi sebeplerle alt pazarda kendisinin faaliyette bulunmasının tüketicinin yararına olacağını ispatlarsa savunması kabul edilmelidir.

Komisyon’un ve ATAD’ın zorunlu unsur doktrininin inceledikleri davalar arasında Holyhead I ve Holyhead II Davaları²²³, IMS Health Davası²²⁴, Magill

²²¹ United Brands [1978] ECR s.293.

²²² Discussion Paper on Article 82, s. 64.

²²³ Holyhead I Kararı AB’nin resmi gazetesi olan OJ’de yayımlanmamıştır. Holyhead II Kararı için bkz. Case IV/34689, OJ 1994 L 15/8

²²⁴ Case D3/38.044, NDC Health/IMS Health, OJ 2002 L59/18 ve OJ 2003 L268/69.

(McGill) Davası^{225 226}, Oscar Bronner Davası²²⁷ ve en son incelenen davalardan biri olan Microsoft Davası²²⁸ bulunmaktadır. Holyhead davalarında İngiltere ile İrlanda arasında feribot ulaşımında kullanılan limanların zorunlu unsur olduğu belirlenmiş ve liman işletmecisine ayrımcı olmayan bir tarzda hizmet sunma yükümlülüğü getirilmiştir. Magill ve IMS Health davalarında ise Avrupa’da fikri mülkiyet haklarının zorunlu unsur olarak kabul edilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmıştır²²⁹.

²²⁵ OJ 1989 L 78, 43.

²²⁶ Magill ve IMS Health Davalarında fikri mülkiyet konusu bilgiler zorunlu unsur olarak kabul edilmiş ve erişime açılmıştır. Bu yönüyle anılan davalar, fikri mülkiyet konusu bilgilerin erişime açılmasının yenilik yaratma (innovasyon) motivasyonunu ne yönde etkileyeceğinin tartışıldığı davalardır. Fikri mülkiyet konusu bilgilerin erişime açılmasında bu bilginin açıklanmasından zarara uğrayacak tarafın zararı ile bu bilginin açıklanması halinde ilgili endüstride ortaya çıkacak olumlu etki karşılaştırılarak karar verilmektedir. Doktrinin fikri ve sınai hak konusu gayri maddi mallara uygulanabilirliği konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürzumar, s. 162; Kaya Y., Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2003.

²²⁷ Case C-7/97, Oscar Bronner GmbH & Co KG v. Mediaprint Zeintungs und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG, (1998) ECR I-07791, (1998) 4 CMLR 112.

²²⁸ Case COMP/C-3/37.792 (www.europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/37792/en.pdf) Microsoft Davasında Komisyon Avrupa Rekabet Hukuku tarihindeki en yüksek para cezasını vermiştir.

²²⁹ IMS Health Davasında İlk Derece Mahkemesi fikri mülkiyet haklarının zorunlu unsur olarak kabul edilebilmesi için şu üç koşulun birlikte sağlanması gerektiğini tespit etmiştir: i) Lisans talebi reddedilen firmanın potansiyel bir tüketici talebi olan yeni bir ürün/hizmet sunmayı planlaması ve bunun için zorunlu unsurun kullanılmasının gerekmesi ii) Reddetmenin objektif olarak haklı bir gerekçesinin olmaması iii) Reddetme eyleminin hakim durumdaki teşebbüs için alt/komşu pazardaki bütün rekabeti elimine etme sonucunu doğurması. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Turney James**, Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of

Komisyon'un 2004 yılında verdiği Microsoft Kararı hem zorunlu unsur doktrini bakımından hem de kararın yerindeliği bakımından tartışma konusu olmuştur. Microsoft'un, Windows işletim sistemine karşı olası bir tehdit teşkil eden rakip ara yazılım ürünlerini pazar dışına iterek (Windows işletim sisteminin ara işlerliğini sağlamak için gerekli olan bilgileri rakiplerine vermeyi reddederek) PC-tabanlı işletim sistemleri pazarında hakim durumunu kötüye kullandığına karar verilmiştir. Microsoft'a bu eylemi nedeniyle hem para cezası verilmiş hem de bundan böyle iş grubu sunucusu işletim sistemleri geliştiren ve pazarlayan her teşebbüse, bu pazarda ürettiği ürünlerin Windows işletim sistemiyle ara işlerliğini sağlayacak olan bilgileri ayrımcı olmayan bir tarzda, makul koşullarda tam ve doğru olarak bildirmek yükümlülüğü getirilmiştir. Microsoft'un bu anlaşma yapma yükümlülüğünü yerine getirip getirmediği Komisyon tarafından atanan bir denetleme komisyonunca takip edilmektedir²³⁰. Komisyon'un kararının fikri mülkiyet haklarını ihlal ettiğini öne süren Microsoft, İlk Derece Mahkemesi'ne başvurmuş ancak Mahkeme Komisyon'un kararında açık bir hukuka aykırılık bulunmadığı gerekçesiyle başvuruyu reddetmiştir²³¹. Mahkeme ayrıca daha önce Magill ve IMS Health davalarında gündeme gelen zorunlu unsur doktrini bakımından fikri mülkiyet hukuku rekabet hukuku ilişkisine değinmiş ve bazı istisnai koşullar bulunmadığı

Securing Optimal Innovation, Northwestern Journal of Tech. and IP, Spring 2005, Vol. 3, No. 2 (<http://www.law.northwestern.edu/journals/njtip/v3/n2/5/Turney.pdf>); **Fine** Frank, NDS/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine, 23 E.C.L.R. 9 (2002), 457-468; **Cotter** Thomas F., Intellectual Property and the Essential Facilities Doctrine, 44 Antitrust Bulletin 211 (1999).

²³⁰ **O'Donoghue** R/ **Padilla** A. J., The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford, 2006, s. 431.

²³¹ Case T-201/04, [www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-](http://www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79929082T19040201&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET)

[bin/gettext.pl?lang=en&num=79929082T19040201&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET](http://www.curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/gettext.pl?lang=en&num=79929082T19040201&doc=T&ouvert=T&seance=ARRET).

müddetçe lisans vermemenin kötüye kullanma olarak nitelenemeyeceğini belirtmiştir. Microsoft Davası ile güncellenen bu istisnai koşullar şöyle sıralanmıştır²³²: (i) komşu/alt pazarlarda faaliyette bulunabilmek için zorunlu unsura erişim kaçınılmaz olmalıdır, (ii) zorunlu unsura erişimin reddedilmesi komşu/alt pazarda etkin bir rekabetin oluşumunu engellemelidir ve (iii) reddetme eylemi tüketici talebini çekebilecek yeni bir ürünün piyasaya çıkmasına engel olmalıdır.

Zorunlu unsur doktrininin AB uygulamasının ABD'ye kıyasla daha geç başlaması nedeniyle doktrinin AB'de henüz popülaritesini koruduğu söylenebilir. Ancak Komisyon'un zorunlu unsurun kapsamı konusunda aşırı esnek bir yaklaşım içinde olduğu ve bu doktrin kullanılarak piyasaya yapılan müdahalelerin uzun vadede olumsuz sonuçlar doğuracağı da getirilen eleştiriler arasında yer almaktadır.

D. Türk Rekabet Hukuku ve Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrini

4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanunun 6. maddesi teşebbüslerin mal ve hizmet piyasalarında sahip oldukları hakim durumlarını kötüye kullanmalarını yasaklamaktadır. Roma Anlaşmasının 82. maddesine paralel bir düzenleme olan bu madde, tıpkı 82. madde gibi kötüye kullanma hallerini örnek kabilinden saymaktadır²³³. Tıpkı 82. madde gibi 6. madde de anlaşma yapmayı reddetme konusuna doğrudan değinmemiş ve bu sorunu rekabet hukuku içtihadına

²³² Cotter, s. 10.

²³³ 4054 sayılı Kanun'un 4. maddesinde sayılan rekabeti sınırlayıcı anlaşma türleri ile 6. maddesinde sayılan hakim durumun kötüye kullanılması halleri uygulamada en sık rastlanan ihlal türlerini ortaya koymaktadır. Her iki maddede sayılan haller "numerus clausus" ilkesine tabi/sınırlı sayıda değildir, bir diğer deyişle anılan maddelerde yer almayan ihlal türlerinin tespiti ve cezalandırılması mümkündür.

bırakmıştır. Bu bağlamda anlaşma yapmayı reddetme hallerinin özel bir uygulama alanı olan zorunlu unsur doktrinine de atıf olmadığı için, doktrinin uygulama esaslarının açıklığa kavuşturulması önemli bir ihtiyaçtır. Bu konuda Kanunu uygulamakla yükümlü olan Rekabet Kurulu’nun konuyla ilgili olan kararlarında ortaya koyduğu içtihat tutarlılığı daha da önemli hale gelmektedir. Şu ana kadar Rekabet Kurulu’nun doğrudan veya dolaylı olarak zorunlu unsur doktrinini ele aldığı kararlar aşağıda aktarılmaktadır.

Rekabet Kurulu’nun zorunlu unsur doktrinini ve anlaşma yapmayı reddetme sorununu incelediği ilk kararı Eti Holding- Ceytaş Kararı’dır²³⁴. Eti Holding A.Ş. ilgili ürün pazarı olarak kabul edilen tüm bor ürünlerinin topraktan çıkarılması, konsantre ve rafine edilmesi ile bunların pazarlanması konularında 2840 sayılı Yasa ile münhasıran faaliyet gösteren tek kuruluştur. Ayrıca Eti Holding dünya bor rezervlerinin % 65’ini kontrol ettiği için dünya pazarlarında da güçlü bir konuma sahiptir. Türkiye’de Eti Holding tarafından üretilen bor ürünlerinin sadece %1-2’si iç piyasada tüketilmekte gerisi genellikle işlenmiş ya da işlenmemiş ham madde olarak ihraç edilmektedir. Şikayetçi taraf Ceytaş Madencilik Tekstil Sanayi ve Ticaret A.Ş. yeni bir müşteri olup, öğütülmüş kolemanit üretmek amacıyla bor hammaddesi olan konsantre kolemanit cevheri talep etmiş ancak Etibor mal tedarikini reddetmiştir.

Kurul şikayete ilişkin değerlendirmesinde;

“...Ceytaş için Eti Holding A.Ş. dışında başka bir teşebbüsten konsantre kolemanit alma imkanı yoktur, ancak, zorunlu unsur ile söz konusu unsurdan yararlanarak başka bir faaliyette bulunma, iki farklı pazarı gerekli kılmaktadır (...)

²³⁴ 21.12.2000 tarih ve 00-50/533-295 sayılı Karar.

zorunlu unsura sahip olan hakim durumdaki bir teşebbüsle, aynı pazarda aynı veya benzer bir faaliyette bulunmak veya zorunlu unsur niteliğindeki mal veya hizmetin bir kısmını üretmek isteyen bir teşebbüsün bu talebi, doğrudan zorunlu unsurun üretimi ile ilgili olacaktır...”

diyerek bu olay bakımından doktrin altında anlaşma yapma yükümlülüğünü gerekli kılacak bir durum olmadığını ifade etmiştir.

Rekabet Kurulu’nun zorunlu unsur doktrinini ayrıntılı olarak değerlendirdiği bir başka kararı ise Türk Telekomünikasyon A.Ş. (TTAŞ) Kararı’dır²³⁵. Kararda internet Servis Sağlayıcılarına (ISS) altyapı hizmeti veren TTAŞ’ın tek sağlayıcı olarak hakim durumda bulunduğu ve sunduğu hizmetlerin zorunlu unsur oluşturduğu tespit edilmiştir. TTAŞ hakkında Raportörlerce ileri sürülen iddialar TTAŞ’ın

- Aylık erişim ücretlerini maliyetlerinin altında belirlediği,
- PRI (Primary Rate Interface) hattı almak isteyen servis sağlayıcılarının talebini karşılamadığı,
- Kablo TV hattı üzerinden internet erişimi sunmak isteyen ISS’lere en fazla 65 Kbps kapasite verip, kendi servis sağlayıcısı TNet’e bunun yaklaşık beş katı kapasite tahsis ettiği yönündedir. Karar’da zorunlu unsur doktrininin değerlendirildiği bölümün aktarılması yararlı olacaktır:

“Soruşturma konusu ihlallerin değerlendirilmesi açısından en önemli konulardan biri, hakim durumdaki teşebbüslere getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü bağlamında “zorunlu unsur doktrini (essential facility)”dir.

²³⁵ 2.10.2002 tarih 02-60/755-305 sayılı Karar

Doktrinin uygulandığı olaylar esas itibarıyla birbirleriyle dikey olarak ilişkili iki pazarı gerekli kılmaktadır. Bu pazarlardan üst pazar genellikle tekelci (yoğunlaşmış) bir yapıya sahipken (örneğin yerel telefon şebekesi), bu tekelci teşebbüsün faaliyet gösterdiği alt pazar (örneğin erişim hizmetleri pazarı) daha rekabetçidir. Doktrinin ana felsefesi; üst pazardaki sınırlı kaynağın alt pazardaki teşebbüslerin faaliyetlerini sürdürmeleri için zorunlu olması ve bundan dolayı üst pazarı kontrol eden teşebbüsün rakipleriyle anlaşma yapmayı reddederek alt pazardaki rekabeti sınırlandırma, diğer bir deyişle alt pazarı da tekelleştirme imkanına sahip olmasıdır.

Bu zorunluluk, üst pazardaki faaliyetin gerçek ya da potansiyel alternatifinin olmamasından ve buna ihtiyaç duyan teşebbüslerin makul olarak aynı veya benzerini kuramamasından kaynaklanmaktadır. Bundan dolayı rekabet otoriteleri, üst pazarda ortaya çıkan yoğunlaşmış yapının, alt pazardaki rekabetçi yapıyı tehdit etmesinin önüne geçmek ve buradaki rekabet koşullarını geliştirmek amacıyla, zorunlu unsur doktrini altında teşebbüslere rakipleriyle zorunlu anlaşma (paylaşım) yükümlülüğü getirmektedirler.

Zorunlu unsur doktrininin uygulama esasları olarak dört koşullu sistematik bir test yapılması yerinde olacaktır. Bu koşullar;

1. Giriş yapılmak istenen varlığın (zorunlu unsurun) bir tekelci teşebbüs tarafından kontrolü,

2. (Giriş yapmak isteyen) bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde ilgili varlığı/ürünü/tesisi/altyapıyı (zorunlu unsuru) kurmasının/üretmesinin imkansız olması,

3. Tekelci teşebbüsün giriş yapmak isteyen rakibi reddetmesi,

4. İlgili zorunlu unsurdan faydalanmanın imkanlar dahilinde olması

şeklinde sıralanabilir.

Bir unsurun zorunlu olup olmadığını tespit edebilmek için bu şartların tamamının değil, sadece ilk iki şartın gerçekleşmesi yeterlidir. Diğer iki koşul zorunlu kabul edilen bir unsura ilişkin olarak zorunlu paylaşım ya da anlaşma yapma yükümlülüğü getirilip getirilmeyeceğini belirlemek için kullanılmaktadır.

TTAŞ'ın ilgili pazarlardaki konumu zorunlu unsur doktrini çerçevesinde incelendiğinde aşağıdaki tespitler yapılmaktadır:

- *Mevcut ses ve altyapı nedeniyle, bu hizmetlerin ana girdiyi oluşturduğu soruşturma konusu ilgili pazarlarda, yerel telefon şebekesi ve kablo TV şebekelerinden yerel kullanıcılara erişim ve kiralık hatların TTAŞ tarafından kontrol edildiği görülmektedir.*

- *Bu yerel şebekelerin yukarıda belirtilen nitelikleri gereği doğal tekel niteliği arz etmeleri, kiralık devrelerde ise süregelen yasal tekel nedeniyle bir rakibin pratik olarak ve makul bir şekilde bu altyapıları kurması imkansız görülmektedir.*

Bu tespitler doğrultusunda, TTAŞ'ın tek sağlayıcı konumunda olduğu hizmetlerin zorunlu unsur olarak nitelendirilebileceği ortaya çıkmaktadır.”

Telekomünikasyon sektöründe zorunlu unsur doktrininin değerlendirildiği bir başka Rekabet Kurulu kararı ise GSM hizmetleri pazarı ve GSM altyapı hizmetleri

pazarında Turkcell ve Telsim'in eylemlerini konu alan İş-Tim- Turkcell/Telsim (Roaming) Kararı'dır²³⁶.

Anılan kararda zorunlu unsur doktrini, hakim durumdaki teşebbüslere getirilen anlaşma yapma yükümlülüğü bağlamında ortaya çıkan özel bir uygulama alanı olarak tanımlanmıştır. Bu doktrin serbest piyasa ekonomisinin temelini teşkil eden sözleşme hürriyetine rekabet kurallarının koruduğu kamu menfaatine dayalı bir istisna getirmektedir. Doktrin ilk bakışta serbest piyasa modelinin özüne aykırı gibi görünmekle birlikte, rekabet politikalarının bir gereği olarak piyasaların daha rekabetçi bir yapıya kavuşturulmasında önemli bir rol üstlenmektedir.

Zorunlu unsur doktrini genellikle dikey olarak bütünleşmiş piyasalarda söz konusu olmaktadır. Bu doktrinle, birbirleriyle bağlantılı olan pazarlardan birisinde hakim durumda olan bir teşebbüsün sahip olduğu bir imkan/tesis/altyapı gibi unsurların bağlantılı pazardaki rekabetçi yapı için vazgeçilmez olduğu ve bu unsurun alternatifinin oluşturulmasının hukuki, teknik veya ekonomik olarak mümkün olmadığı durumlarda, teşebbüse sahip olduğu bu unsuru alt piyasalardaki rakip teşebbüslerin kullanımına açma zorunluluğu getirilmektedir.

Bir unsurun zorunlu unsur olarak kabul edilmesi için temel olarak, unsura sahip firmanın ilgili pazarda hakim durumda olması; bu unsurun benzerinin 'makul şartlarda' yapılamaması koşullarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Zorunlu unsur tespit edildikten sonra rekabet hukuku açısından ihlal teşkil etmesi için ise; bir reddetme eyleminin bulunması ve bu reddetme eyleminin haklı gerekçelere dayanmaması hususları incelenmelidir.

²³⁶ 9.6.2003 tarih 03 - 40 / 432-186 sayılı Karar.

Ayrıca rekabet hukukunda, altyapı sahiplerinin anlaşma yapma yükümlülüğü altında olup olmadığının belirlenmesi için, beş koşulun karşılanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu koşullar aşağıda sunulmuştur:

1. Erişimin ilgili pazarda rekabet eden teşebbüsler için zorunlu olduğunun ve bu anlamda hizmetin mevcut şebekeye giriş yapmadan sunulmasının ekonomik olarak imkansız olduğunun belirtilmesi.

2. Talebi karşılayacak yeterli kapasitenin olması.

3. Zorunlu unsuru kontrol eden teşebbüsün mevcut hizmet ve ürün piyasasındaki talebi karşılamada yetersiz kalması, potansiyel yeni bir ürün ya da hizmetin sunulmasını engellemesi veya mevcut ya da potansiyel hizmet ve ürünler üzerindeki rekabeti kısıtlaması.

4. Erişim talep eden teşebbüs makul ve ayrımcı olmayan bir giriş fiyatı ödemeye hazır olması.

5. Reddetme eylemi için objektif haklı bir gerekçe olmaması.

.....

Roaming Kararı'nın sonuç bölümünde Turkcell ve Telsim'in GSM telekomünikasyon altyapı hizmetleri pazarında birlikte hakim durumda bulundukları bu teşebbüslere ait altyapıların, GSM hizmetleri piyasasında faaliyet gösteren teşebbüslerin piyasaya girişleri aşamasında "zorunlu unsur" niteliğinde olduğu tespit

edilerek anılan teşebbüslere 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesini ihlal ettikleri için para cezası verilmiştir²³⁷.

Rekabet Kurulu tarafından tespit edilen bu ihlale nasıl son verileceğinin ve ilgili pazarlarda rekabetin yeniden tesisi için yerine getirilmesi ya da kaçınılması gereken davranışların, telekomünikasyon sektöründe ilgili düzenlemeleri yapmakla görevli Telekomünikasyon Kurumu tarafından saptanmasının yerinde olacağına ve anılan Kurum tarafından belirlenecek koşulların Rekabet Kurumu'na iletilmesinin ardından, Rekabet Kurulu'nca da benimsenmesi koşuluyla ilgili taraflara bildirilmesine karar verilmiştir.

Zorunlu unsur doktrininin ve uygulama şartlarının değerlendirildiği bir başka önemli Rekabet Kurulu Kararı Enerjisa/Toros-ÇEAŞ Kararı²³⁸ dır. Kararın dayandığı soruşturmanın konusu kısaca Çukurova Elektrik A.Ş.'nin, Enerjisa Enerji Üretim A.Ş.'nin otoprodüktör santralinde üreteceği elektriğin nakli için gerekli sözleşmeyi ve ulusal iletim ve dağıtım hattına ulaşım için gerekli bağlantıyı yapmadığı; Toros Enerji Üretimi Otoprodüktör Grubu A.Ş.'ye ait otoprodüktör tesislerinde üretilen elektriği taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı bir biçimde satın almadığı ve Toros'un

²³⁷ Rekabet Hukuku'nun sözleşme yapma zorunluluğunun ihlaline bağladığı temel yaptırım, idari para cezası verilmesidir. Bu para cezasının üst sınırı, kararın verildiği yıldan bir önceki yılda cezalandırılacak teşebbüsün cirosunun yüzde onuna kadardır. Bununla birlikte Rekabet Kurulu'nun sözleşme yapma zorunluluğu getirdiği hallede bu zorunluluğun uygulamasını nasıl denetleyeceği (yani yükümlülüğün yerine getirilip getirilmediğinin takibi) konusu tartışmalıdır. Bunu sağlayabilmek için yükümlülüğün yerine getirilmediği süre boyunca 4054 sayılı Kanun'un 17. maddesinin (a) bendi uyarınca süreli para cezası verebilir. Ayrıca Komisyon'un Microsoft Davası'nda yaptığı gibi denetçi atanması da bir diğer çözüm yolu olarak önerilebilir.

²³⁸ 10.11.2003 tarih 03-72/874-373 sayılı Karar.

ortaklarına enerji nakli yapmasını engellediğine ilişkin iddialardır. Kurul, konuyu zorunlu unsur doktrini çerçevesinde değerlendirerek ÇEAŞ'ın bölge elektrik üretiminde tekelleşmeye yönelik olarak, alt pazardaki (elektrik nakil pazarı) hakim durumunu kullanarak, üst pazardaki (elektrik üretim pazarı) fiili ve potansiyel rekabeti engellediği, dolayısıyla 4054 sayılı Kanun'un 6. maddesi bağlamında hakim durumunu kötüye kullandığı sonucuna ulaşmıştır.

Rekabet Kurulu'nun anlaşma yapma yükümlülüğünü değerlendirdiği güncel bir kararı ise NTSR-CNR Kararı'dır²³⁹. Kararda İstanbul Fuar Merkezi'ni işleten CNR'nin NTSR ile arasında devam eden bir ticari ilişki bulunmaktayken yatçılık ve su sporları fuarının düzenlenmesi için gerekli alana ilişkin kira bedelini kabul edilemez ölçüde artırılarak dolaylı yoldan mal vermeyi reddettiği iddiası değerlendirilmiştir. Kararda anlaşma yapmayı (mal vermeyi) reddetme konusunun rekabet hukuku bakımından değerlendirildiği bölüm aşağıdaki gibidir:

“Doktrinde ve uygulamada kabul edildiği üzere mal vermeyi reddetme belirli hallerde hakim durumu kötüye kullanma olarak kabul edilmekte ve yasaklanmaktadır. Bu hallerden birincisi hakim durumda bulunan teşebbüsün süregelen bir ticari ilişki içerisinde bulunduğu müşterisine mal vermeyi durdurmasıdır. İkincisi bir veya daha fazla teşebbüse mal verilirken, ayrımcılık yapmak suretiyle bir başka teşebbüsün talebinin karşılanmamasıdır. Üçüncüsü ise bir mal veya hizmet üretimi için zorunlu bir unsura sahip olan bir teşebbüsün söz konusu unsuru kullanmak suretiyle faaliyette bulunacak bir teşebbüs ile sözleşme yapmayı reddetmesidir. Soruşturma konusu bakımından irdelenen birinci halde esas olarak uzun süredir devam eden bir ticari ilişki çerçevesinde alım yapan bir

²³⁹ 19.9.2007 tarih ve 07-74/896-333 sayılı Karar.

müşteriye objektif olarak haklı bir gerekçe olmaksızın mal verilmesinin kesilmesi söz konusu iken, ikinci ve üçüncü durumda genellikle önceden mevcut bir ticari ilişki aranmamakta ve yeni bir sözleşme kurulması zorunlu kılınabilmektedir. Mal vermeyi reddetmenin en sık görüldüğü durumların başında üst pazarda faaliyet gösteren hakim durumdaki bir teşebbüsün alt pazarda faaliyete başlaması gelmektedir. Hakim durumdaki teşebbüs alt pazardaki rakibine doğrudan veya dolaylı olarak mal vermeyi reddetmek suretiyle özellikle dikey bütünleşme yoluyla alt pazarda da tekелci karı elde etmek istemektedir. ...”

Yapılan soruşturma neticesinde Rekabet Kurulu CNR’nin yatçılık ve su sporlarına yönelik fuar alanı işletmeciliği pazarında hakim durumda bulunduğu tespit edilerek bu durumu nedeniyle kendisine alan kiralama talebiyle gelen NTSR’ye veya diğer teşebbüslere emsal kira bedeli üzerinden alan kiralamakla yükümlü olduğunu bildiren bir yazı yazılmasına karar verilmiştir. Konuyla ilgili sürecin Rekabet Kurumu’nda halen devam ettiği bilinmektedir.

Zorunlu unsur doktrininin Türk Rekabet Hukuku’ndaki uygulaması genel olarak değerlendirildiğinde Rekabet Kurulu’nun 11 yıllık süreçte unsura başvurmakta kısıtlayıcı bir yaklaşım içinde olmadığı sonucuna ulaşılmaktadır.

Zorunlu unsur doktrininin uygulanmasında önemli bir problem unsurun fiyatlandırılmasıdır. Zorunlu unsurun fiyatlandırılmasında esas olan; teşebbüslerin aralarında makul bir fiyat üzerinde anlaşmalarıdır. Fakat piyasaların genel işleyişi her zaman böyle olmamaktadır. Teşebbüslerin anlaşamaması durumunda rekabet otoritelerinin devreye girerek fiyat belirlemesine gitmesi olası bir durumdur. Ancak fiyat tespitinde bulunmak piyasaya aşırı derecede müdahaleci bir yaklaşım getirdiğinden rekabet otoritelerinin kaçınmaya çalıştıkları bir durumdur. Diğer

yandan, ikinci ve önemli bir sorun getirilen yükümlülüğün nasıl (denetçi atanarak, fiili düzenleyici kurum uygulaması ile vs.) yerine getirileceğidir. Sonuç olarak zorunlu unsurun tespit edildiği davalarda hem zorunlu unsurun kullandırılmasına karşılık olarak ödenecek bedel hem de kullandırmanın koşulları çözülmeyi bekleyen sorunlar olarak rekabet otoritelerinin karşısında durmaktadır.

Ayrıca teşebbüslerin kendi ihtiyaçları için yarattıkları varlıkları rakipleriyle paylaşmaya zorlanması, kısa vadede rekabetin artması için etkin bir yöntem gibi görünürken, uzun vadede beraberinde teşebbüslerin de yenilik ve yatırım yapma güdülerini soğutması riskini de beraberinde getirebilmektedir²⁴⁰.

²⁴⁰ Ölmez, s. 73; Tekdemir, s. 9.

SONUÇ

Günümüzün egemen olan ekonomik düzeni liberal ekonomik düzendir. Liberal ekonomik düzenin temelini ise serbest piyasa ekonomisi oluşturmaktadır. Serbest piyasa ekonomisinin en temel özelliği ekonomik aktörlerin veya teşebbüslerin kararlarını bağımsız olarak alabilmeleridir. Ekonomik alanda ortaya çıkan bu özgürlükçü yaklaşımın temelinde irade özerkliği düşüncesi yatmaktadır.

İrade özerkliği ekonomik düzeni şekillendirmenin yanında çağımızda hukuk sistemlerinin de şekillenmesinde önemli bir rol oynamıştır. Şöyle ki modern hukuk düzenleri sözleşme özgürlüğü ilkesini, özel mülkiyetin korunması ilkesi ile birlikte merkezi bir konuma yerleştirmişlerdir.

Şu halde sözleşme özgürlüğü prensibi gerek ekonomik ilişkilerde gerekse kişilerin diğer alanlardaki işlemlerinde genel kural olarak kabul edilmektedir. Sözleşme özgürlüğünün temelinde yatan düşünce tarafların kendileri için en iyi menfaat dengesini yine kendilerinin kurabileceğidir. Sözleşme özgürlüğünün dayandığı düşünce, ortaya çıkma süreci ve bizim hukukumuz açısından bağlayıcılığının hukuki dayanakları bu Tez'in birinci bölümünde incelenmiştir.

Ne var ki tarafların kendi adaletlerini kendilerinin sağlayabileceği fikri bir iyi niyetten ibaret olarak kalmış ve uygulamada sözleşme özgürlüğü ilkesi güçlünün zayıfı ezmesine araç olmuştur. Sözleşme özgürlüğünün sadece şekli bir özgürlüğe dönüşmesi ve sosyal adaletsizlikler doğurmaya başlaması üzerine devletin sözleşmelere müdahale etmesinin önü açılmıştır. Ekonomik ve sosyal gelişmelerin doğruduğu ihtiyaç üzerine sözleşme özgürlüğünün sınırları belirlenmiş; hatta Tüketici Hukuku, Rekabet Hukuku, İş Hukuku gibi alanlarda sözleşme yapma

zorunluluğu getiren düzenlemeler giderek yaygınlaşmaya başlamıştır. Sözleşme özgürlüğünün sınırlandırıldığı alanlar ile bu sınırlandırmanın koşulları Tez'imizin ikinci bölümünde ayrıntılı olarak anlatılmıştır.

Bu Tez'in asıl konusunu oluşturan sözleşme yapma zorunluluğu konusu ise üçüncü bölümde incelenmiştir. Sözleşme yapma zorunluluğunun dayandığı hukuki temeller Medeni Hukuk ve Rekabet Hukuku bakımından ayrı ayrı değerlendirilmiştir. Medeni Hukuk alanında spesifik olarak sözleşme yapma zorunluluğu öngören Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 5. maddesi gibi düzenlemeler olsa da, günümüzde artık çok daha geniş alanlara uygulanabilecek genel bir sözleşme yapma zorunluluğuna ihtiyaç duyulmaktadır. Doktrinde ve yargı kararlarında bu ihtiyaca cevap verecek genel bir sözleşme yapma yükümlülüğünün bulunduğu kabul edilmektedir.

Sözleşme yapma yükümlülüğünün hukuki dayanakları konusunda ise tartışma halen devam etmekle birlikte, en yaygın kabul MK md. 2'nin, genel ahlaka uygun davranma ödevinin BK 6'nın ve BK 41/2'nin sözleşme yapma zorunluluğuna hukuki dayanak oluşturduğu yönündedir. Dolayısıyla biz de bu düşünceden hareketle anılan düzenlemelerin sözleşme yapma yükümlülüğü bakımından önemini ortaya koymaya çalıştık. Sonuç olarak öncelikle genel ahlaka uygun davranma ödevinin, bunun koşulları somut olayda bulunmuyorsa MK md. 2/2'ye dayanan hakkın kötüye kullanılması yasağının ve güven ilkesi teorisinin genel bir sözleşme yapma yükümlülüğü doğurduğu düşüncesine biz de katılıyoruz.

Diğer taraftan Tez'in son bölümünde Rekabet Hukuku alanında sözleşme yapma yükümlülüğünün temelini oluşturan zorunlu unsur doktrini açıklanmıştır. Serbest piyasa ekonomisinin en temel ilkelerinden birisi olan sözleşme özgürlüğüne

getirilen bir istisna olan zorunlu unsur doktrini, teŖebbüslerin sahip oldukları varlıkları belirli Ŗartların gerçekleşmesi durumunda rakiplerine kullandırma zorunluluğu getirmektedir. Günümüzde doktrinin uygulanma koşulları bir çok davada tekrar tekrar ele alınmış ve çok istisnai hallerde hakim durumdaki teŖebbüsün kontrol ettiği ve o piyasada faaliyet gösterebilmek için zorunlu olan bir unsuru rakiplerine de kullandırmak hususunda sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilmiştir. Biz de günümüzde zorunlu unsur doktrininin koşulları çok sıkı bir biçimde takip edilerek uygulanabileceği görüşünü savunuyoruz.

Sonuç olarak sözleşme yapma yükümlülüğün hüküm ve sonuçları her alanda tartışmalı mahiyetini korumaktadır. Sözleşme yapma yükümlülüğü üzerinde bir uzlaşıya varılabilmesi doktrinde ve yargı kararlarında konunun daha sık ele alınması ve örneklerin oğalması ile mümkün olabilecektir.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is to determine the principles of the restriction on freedom of contract and try to explain how this restrictions can be used with regard to some specific areas like civil law or competition law. Duty to contract is an exception of freedom of contract.

The dominant economic system of our era is liberal economic system. Liberal economic system's roots goes to private property, market economy an freedom of contract. On the other hand freedom of contract is one of the most essential principles of modern law systems. So it can be said that freedom of contract is one of the chief principles of juridical and economic decisions. In first part of our thesis we tried to show the historic and active story of freedom of contact.

However freedom of contract had been used against the weak side of the economic or juridical relation. This gave way to restrictions of freedom of contract. The state bring out protective regulations in especially the fields that weaks need to be protected. Consumers law and labor law cen be examples of theese fields. And some rules in theese fields set the obligation to contract with the weak people. In second part of thesis we tried draw the limits of freedom of contract.

In third and the last part of this thesis is seperated to the obligation to contract in civil law and in competition law. We agree with the doctrine on the idea that, there can be a general duty for monopolies to contract with rivals or consumers when some strict criterias are procured. But it should never be forgotten that obligation to contract is a very exceptional condition of freedom of contract.

KAYNAKÇA

Akbal, C., Liman Hizmetleri ve Rekabet, Rekabet Bülteni, S. 3, 2000.

Akıncı A., Rekabetin Yatay Kısıtlanması, Ankara, 2001.

Akyol Şener, Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul, 1995.

Altaş H., Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, 1998.

Aral Fahrettin, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2003.

Aral V., Hukukta İrade Özgürlüğü, İÜHFM, 1983, S. 1-4, s. 249-282.

Areeda P., Essential Facilities: An Ephitet In Need of Limiting Principles, Antitrust Law Journal, Vol. 58, 1990, s. 843-853.

Areeda, P.ve **Hovenkamp**, H., “Antitrust Law (Supplement)”, Little, 1996, USA.

Arkan S., Ticari İşletme Hukuku, Ankara, 2005.

Armani, E. M., “One Step Beyond in the Aplication of the Essential Facility Theory”, Competition Policy Newsletter, Number 3, 1999.

Armstrong, M. ve C. **Doyle**, “*The Economics of Access Pricing*”, OECD, 1995.

Arnet, R., Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, eine Untersuchung zu den gesetzlichen Kontrahierungspflichten und weiteren Schranken der Vertragsabschlussfreiheit im schweizerischen Recht, Bern 2008.

Arpacı A., Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler, İstanbul, 2000.

Arsel İ., Anayasa Mahkemesinin Bazı Eğilimleri Üzerine Görüşler, Ankara, 1970.

Aslan, İ. Y., “*Rekabet Hukuku*”, Ekin Kitabevi, Bursa, 2006.

Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 2001.

Atasoy A./ Taşkın T./ Acar H., Tüketiciyi Koruma Hukuku, Ankara, 2000.

Ateş D., Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007.

Atiyah P. S., Introduction to the Law of Contract, Oxford, 1995.

Atıyas, İ., “*Regülasyon ve Rekabet*” atölye çalışması, Rekabet Kurumu, “Regülasyon ve Rekabet” Sempozyumu, 15,16 Mart 2001, Ankara.

Ayrancı Hasan, Önsözleşme, Ankara, 2006.

Bahtiyar M., Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Yargıtay Dergisi, C. 22, Ocak-Nisan 1996, S. 1-2, s. 76-98.

Başpınar V., Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998.

Battal A., Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları, Ankara, 2001.

Bergman, M. A., “*The Bronner Case-A Turning Point for The Essential Facilities Doctrine ?*”, *E.C.L.R.*, 2000, No: 2, s. 59-63.

Bergman, M. A., “*The Role of Essential Facilities Doktrine*”, *The Antitrust Bulletin*, summer 2001, s. 403-434

Bishop S/ Walker M., *Economics of Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, Londra, 1999.

Boztosun, A. Odman, *Rekabet Hukukunun Teknolojik Yeniliklerin Teşvikindeki Rolü*, Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, 21. Kasım 2002 tarihli konferans, 2002.

Buz, V., *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Ankara, 2005

Buz V., *Kamu İhale Sözleşmelerinin Kuruluşu ve Geçerlilik Şartları*, Ankara 2007.

Collin T. J., *Refusal To Deal By Monopolists-Recent Decisions*, *Akron Law Review*, 549, (1980-1981).

Cotter F. Thomas, *Essential Facilities Doctrine*, *University of Minnesota Law School, Research Paper Series*, Research Paper No. 08-18, s. 12 (www.ssrn.com)

Creuss, A. ve A. A. Gustinoy, “*The Operative System as an Essential Facility: An Open Door to Windows?*”, *World Competition* Vol: 23, 2000, No: 1, s. 57-78

Çelik N., *İş Hukuku Dersleri*, B.17, İstanbul, 2004.

Doherty, B. “*Just What are Essential Facilities?*”, *Commen Market Law Review* 38, 2001, s. 397-436

Dolmans, M., “*Essential Facilities After Oscar Bronner Case*”, IBC’s Fourth Annual Conference on Telecommunication and EC Competition Law, Brussels, 1999.

Economides, N. ve L. J. **White**, “*Access and Interconnection Pricing: How Efficient is the Efficient Pricing Component Rule?*”, *Antitrust Bulletin*, Vol: XL, 1995, s. 557-579.

Edis Seyfullah, Doğruluk ve Güven Kuralının Hukuki Niteliği, AÜHFD, Yıl: 1973, C. 30, S. 1, s. 447-460.

Elzinga Renee/**Jutten** Emile/ **Niels** Gunnar, Essential or Nice to have? A Competition-based Framework for “Rail-related Services”, *ECLR*, Vol 29 Issue 1/2008.

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1998, C. 1.

Fine Frank, NDS/IMS: A Logical Application of Essential Facilities Doctrine, 23 *E.C.L.R.* 9 (2002), 457-468.

Glasl, D., “*Essential Facilities Doctrine in EC Antitrust Law: A Contribution to the Current Debate*”, *E.C.L.R.*, 1994, No: 6, s. 306-314.

Glazer, K. L. ve A. B. **Lipsky** (1995), “*Unilateral Refusals to Deal Under Section 2 of The Sherman Act*”, *Antitrust Law Journal*, Vol: 63, No: 3, s. 749-800.

Gözler K., 3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği, Anayasa Yargısı, S. 19, Anayasa Mahkemesi Yayınları (Nr. 29), 2002, s. 349 vd.

Gözler K., Anayasa Değişikliğinin Temel hak ve Hürriyetlerin Sınırlandırılması Bakımından Getirdikleri ve Götürdükleri, Ank. Bar. Der., Yıl 2001.

Gül, İ., Teşebbüsün Alıcılarına Ayrımcılık Yaparak Hakim Durumunu Kötüye Kullanması, Ankara, 2000.

Güriz, Adnan, İrade Hürriyeti, AÜHFD, 1965-1966, C. 12-13, S. 1-4, s. 635 vd.)

Gürzumar O. B., Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Ankara, 2006.

Güven P., Rekabet Hukukunda Sözleşme Yapma Zorunluluğu (Rekabet Kurulu Kararları Işığında Zorunlu Unsur Doktrininin Değerlendirilmesi), Rekabet Kurumu Perşembe Konferansları, Haziran 2002.

Hatemi H./ Serozan R./ Arpacı A., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul, 1992.

Hatemi Hüseyin, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976.

Havutçu A., Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Koşullarına Karşı Korunması, İzmir, 1999.

İnan, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 1971.

İnceoğlu M. Murat, Sözleşme Yapma Zorunluluğu ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun 5. Maddesinin Bu Açıdan Değerlendirilmesi, Oğuzman Armağanı, s. 392 vd.

İpek M., Sözleşme Serbestisi ve Günümüzdeki Sınırlamaları, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.

Kaboğlu İbrahim, Özgürlükler Hukuku, İstanbul 1993.

Karadeniz Çelebican Ö., Roma Hukuku, AÜHF Yay., No:518, Ankara, 1997.

Karahasan, Mustafa Reşit, Türk borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2003.

Kaya Y., Hakim Durumun Kötüye Kullanılması ve Fikri Mülkiyet Hakları, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2003.

Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku, Ankara, 2002.

Kırca, Çiğdem, Bilgi Vermeden Dolayı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara, 2004.

Kırca Çiğdem, Örtülü Boşluk ve Bu Boşluğun Doldurulma Yöntemi Olarak amaca Uygun Sınırlama, AÜHFD, Yıl: 2001, C.50, S. 1, s. 91-119.

Kırca Çiğdem, Zorunlu İrtifakların Hukuki Niteliği, AÜHFD, 2005, C. 54, S. 4, s. 65-76.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2008.

Kuzu B., Türk Anayasa Metinleri ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1997

Küçükyağın A., Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğü'nün Sınırlandırılması, AÜHFD, C. 53, S. 4, s. 101 vd.

Kwoka J. E./ White L. J., The Antitrust Revolution, New York, 1999.

Lang, J.T., (1994), "Defining Legitimate Competition: Companies' Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facilities", ", B. Hawk (der.), *Fordham Corporate Law Institute International Antitrust Law and Policy* içinde, Kluwer Law International, The Hague, The Netherlands. s.437-524

Langols, R. N., (1999), "*Technological Standards, Innovation, and Essential Facilities: Toward a Schumpeterian Post-Chicago Approach*", Paper for the George Mason University Conference on Dynamic Competition and Antitrust,

Lipsky, A. B. ve Sidak G., (1999), "*Essential Facilities*", Stanford Law Review, Vol: 51.

O'Donoghue R/ Padilla A. J., The Law and Economics of Article 82 EC, Oxford, 2006.

OECD (1996), "Essential Facilities Concept", *Series Roundtables on Competition Policy No:5*, Vol:4, No: 61

Oğuzman M. K./ Seliçi Ö. / Oktay S., Kişiler Hukuku, (Gerçek ve Tüzel Kişiler, 7. Baskı, İstanbul, 2002.

Oğuzman/Barlas., Medeni Hukuk (Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar}, İstanbul 2000.

Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku, İstanbul, 2000.

Ölmez H. S., Rekabet Hukukunda Zorunlu Unsur Doktrini ve Uygulaması, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2003.

Öz, G. A., Avrupa Birliği ve Türk Rekabet Hukuku Çerçevesinde Hakim Durumun Kötüye Kullanılması, Ankara, 2000.

Özbudun E., Türk Anayasa Hukuku, Ankara, 1995.

Özel Ç., Haksız Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması Sorununa Bir Bakış ve Almanya Örneği, BATİDER, 1999, C. XX, S. 2, s. 53-65.

Pitofsky R./Patterson D./Hooks J., The Essential Facilities Doctrine Under US Antitrust Law, Antitrust Law Journal, 70 (2002).

Rehbinder M., Çağdaş Toplumda Hukukun Gelişme Eğilimleri, İÜHFM, C. XXXIX, S. 1-4, s. 481-492.

Rehbinder, (Çev. H. S. Türk), Sosyal Devlet Yolunda Hukuk Yapısı Değişimleri, AÜHFD, C. 26, S. 1-2, s. 83 vd.

Reiffen, D. ve A.N.Kleit (1990), “*Terminal Railroan Revisited: Forclosure of an Essential Facility or Simple Horizontal Monopoly*”, The Journal of Law&Economics, No:33, s.419-438.

Sağlam F., Temel Hakların Sınırlanması ve Özü, Ankara, 1982.

Sağlam M., Anayasa Yargısı, S. 19, s.254 vd.

Sanlı K. C., Rekabetin Korunması Hakkında Kanun'da Öngörülen Yasaklayıcı Hükümler ve Bu Hükümler Aykırı Sözleşme ve Teşebbüs Birliği Kararlarının Geçersizliği, Ankara, 2000.

Saymen Ferit H., Akid Yapmak Hakkının Suiistimali, İHFM Ayrı Bası, İstanbul, 1942, s. 540-563.

Serozan Rona, Sözleşmenin Kuruluşunda (Konusunda) İmkansızlığa Bağlanan Butlanın Aşılması, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, İstanbul, 2008, s. 2029-2035.

Sirmen, Lale, Modern Hukukta Sözleşme Kavramı ve Türk Hukuku, Oğuzoğlu Armağanı, s. 441 vd.

Steiner M., Economics in Antitrust Policy: Freedom to Compete v. Freedom to Contract, Zürih, 2007.

Stewart Hamish, Where Is The Freedom in Freedom of Contract? A Comment on Trebilcock's The Limits Of Freedom of Contract, Osgoode Hall Law Journal, Vol. 33, No. 2, s. 259-271.

Süzek S., İş Hukuku, İstanbul, 2005.

Süzek S., İş Hukukunda Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, Yiğit Okur'a Armağan, İstanbul, 1998, s. 359-361.

Tandoğan H., Tüketicinin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara, 1977.

Tandoğan, Haluk, Türk Mes'uliyet Hukuku, Ankara, 1961.

Tanör B., Yüzbaşıoğlu N., 1982 Anayasasına Göre Türk anayasa Hukuku, İstanbul, 2000.

Tekdemir Y., AT Rekabet Hukukunda anlaşma Yapmayı Reddetme Sorunu ve Zorunlu Unsur Doktrini: Anlaşma Yapma Yükümlülüğü veya Sözleşme Serbestisinin Sınırları, Rekabet Uzmanlığı Tezi, Ankara, 2003.

Tekinmay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993.

Temple Lang, Defining Legitimate Competition: Companies' Duty to Supply Competitors and Access to Essential Facilities, Fordham International Law Journal, 439 (1994).

Teziç E., Anayasa Hukuku, İstanbul, 1998.

Troy D. E., Unclogging the Bottleneck: A New Essential Facility Doctrine, Columbia Law Review, Vol. 83/441 (1983).

Turney James, Defining the Limits of the EU Essential Facilities Doctrine on Intellectual Property Rights: The Primacy of Securing Optimal Innovation, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Spring 2005, Vol. 3, No. 2 (<http://www.law.northwestern.edu/journals/njtip/v3/n2/5/Turney.pdf>)

Whish R., Competition Law, Oxford, 2006.

Yavuz C., Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 2002.

Youngs Raymond, Constitutional Limitations on Freedom of Contract: What Can
The Germans Teach Us ?, Anglo–American Law Review, s. 498-512.

Zevkliler A./Acarbey B./Gökyayla E., Medeni Hukuk- Giriş, Başlangıç Hükümleri,
Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1999.