

**Dr. Fahri Erdem KAŐAK**

Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakóltesi  
Medeni Hukuk Anabilim Dalı

**SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN  
SINIRI OLARAK KANUNUN  
EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK**

## İÇİNDEKİLER

ÖN SÖZ.....	VII
İÇİNDEKİLER.....	XI
KISALTMALAR.....	XXIII
KAYNAKÇA .....	XXXI
GİRİŞ.....	1
§1. KONUNUN TAKDİMİ, ÖNEMİ, SINIRLANDIRILMASI, KAVRAM SORUNU VE İNCELEME PLANI .....	1
I. Konunun Takdimi .....	1
II. Konunun Önemi .....	2
III. Konunun Sınırlandırılması .....	3
IV. Kavram Sorunu .....	4
V. İnceleme Planı .....	5

### Birinci Bölüm SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI VE GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

§2. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ KAVRAMI .....	7
--------------------------------------	---

I.	Sözleşme Özgürlüğü Kavramının Ortaya Çıkışı, Gelişimi, Zayıflaması ve Günümüzdeki Anlamı.....	7
A.	Sözleşme Özgürlüğü Kavramının Ortaya Çıkışı ve Gelişimi.....	7
1.	Liberal Ekonomi Anlayışından Önceki Dönemde Sözleşme Özgürlüğü .....	8
2.	Liberal Ekonomik Düşünce Etkisinde Sözleşme Özgürlüğü .....	15
B.	Sözleşme Özgürlüğü Kavramının Zayıflaması .....	24
1.	Sözleşme Özgürlüğünün Liberal Ekonomi Anlayışı Altında Maruz Kaldığı Sorunlar .....	24
2.	Sözleşme Özgürlüğünün Kabulüne Rağmen Fiili Sözleşme Özgürlüğünün Sağlanamaması .....	27
3.	Sözleşme Özgürlüğünün Sosyal Devlet Anlayışı Gereğince Sınırlandırılması .....	30
C.	Sözleşme Özgürlüğü Kavramının Günümüzdeki Anlamı.....	33
II.	Sözleşme Özgürlüğü Kavramı, Sözleşme Özgürlüğünün Türk Hukukunda Düzenlenmesi ve Görünüm Şekilleri.....	38
A.	İrade Özerkliği ve Sözleşme Özgürlüğü Kavramları.....	38
1.	İrade Özerkliği (Muhtariyeti) Kavramı .....	38
2.	Sözleşme Özgürlüğü (Serbestisi) Kavramı.....	41
3.	İrade Özerkliği Kavramı ile Sözleşme Özgürlüğü Kavramı Arasındaki İlişki .....	45
B.	Sözleşme Özgürlüğünün Türk Hukukunda Düzenlenmesi.....	46
1.	Anayasa Hükümleri Çerçevesinde Sözleşme Özgürlüğü... 46	
a.	Genel Olarak .....	46
b.	Eski Anayasalarımızda Sözleşme Özgürlüğü.....	49
c.	1982 Anayasası'nda Sözleşme Özgürlüğü .....	50
2.	Türk Borçlar Kanunu m. 26.....	53
C.	Sözleşme Özgürlüğünün Türk Hukukunda Görünüm Şekilleri.....	54
1.	Sözleşme Yapma Özgürlüğü .....	57
2.	Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü .....	59

3. Sözleşmenin Şeklini Seçme Özgürlüğü .....	60
4. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü .....	63
5. Sözleşmenin Tipini Seçme Özgürlüğü .....	64
6. Sözleşmenin Değiştirilmesi ve Ortadan Kaldırılması Özgürlüğü .....	71
<b>§3. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI .....</b>	<b>74</b>
I. Kamu Hukuku Kaynaklı Sınırlar .....	77
II. Özel Hukuk Kaynaklı Sınırlar .....	80
A. TBK m. 27 Hükmündeki Sınırlar .....	81
1. TBK m. 26-27 Hükmelerinin Uygulama Alanı .....	81
2. Sözleşme Özgürlüğüne Getirilen Sınırlar.....	83
3. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğüne Getirilen Sınırlar .....	83
a. Kanunun Emredici Hükmelerine Aykırılık .....	87
b. Ahlâka Aykırılık .....	95
c. Kamu Düzenine Aykırılık.....	106
d. Kişilik Haklarına Aykırılık.....	116
e. İmkânsızlık.....	125
B. Diğer Sınırlar.....	133
1. Genel Olarak .....	133
2. Sözleşme Yapma Yükümlülüğü .....	134
a. Sözleşme Yapma Yükümlülüğü Doğuran Hâller .....	136
aa. Kanunî Sözleşme Yapma Yükümlülüğü .....	137
bb. İradî Sözleşme Yapma Yükümlülüğü.....	138
cc. Genel Sözleşme Yapma Yükümlülüğü .....	140
b. Sözleşme Yapma Yükümlülüğünün Sonuçları .....	143

**İkinci Bölüm**  
**SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI**  
**OLARAK KANUNUN EMREDİCİ**  
**HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK**

<b>§4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK.....</b>	<b>145</b>
I. Roma Hukuku .....	145
II. İsviçre Hukuku.....	151
A. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu .....	152
1. Genel Olarak .....	152
2. Hükümün Değerlendirilmesi .....	154
B. 1905 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı .....	157
1. Genel Olarak .....	157
2. aOR Hükümleri Bakımından Değerlendirme .....	158
3. OR Hükümleri Bakımından Değerlendirme .....	159
C. 1912 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu .....	160
1. Genel Olarak .....	160
2. Hükümlerin Değerlendirilmesi.....	164
a. Yapılan Değişiklikler .....	164
b. Yapılan Değişikliklerin Amacı.....	166
c. Art. 19 ve Art. 20 OR Hükümlerinin Birbirleriyle İlişkisi.....	171
d. “Sözleşmenin Konusu” ve “Sözleşmenin İçeriği” Kavramları.....	174
e. Art. 19 ve Art. 20 OR Hükümlerinin Uygulanma Alanı .....	179
D. İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı .....	180
1. OR 2020’ye İlişkin Genel Bilgi .....	180
2. Hükümlerin Değerlendirilmesi.....	182
III. Alman Hukuku.....	187
IV. Fransız Hukuku.....	192

V. Avusturya Hukuku .....	195
VI. İtalyan Hukuku .....	198
VII. İngiliz Hukuku .....	200
VIII. Amerikan Hukuku.....	203
IX. Hollanda Hukuku .....	205
X. İspanyol Hukuku.....	207
XI. İslâm Hukuku .....	208
XII. İsrail Hukuku.....	209
XIII. Rus Hukuku .....	211
XIV. PECL.....	212
<b>§5. TÜRK HUKUKUNDA KANUNUN EMREDİCİ</b>	
<b>HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK .....</b>	<b>215</b>
I. Genel Olarak Kanun Hükümlerinin Tasnifi.....	215
A. Emredici Hükümler .....	217
B. Emredici Olmayan Hükümler .....	217
1. Tamamlayıcı Hükümler .....	221
2. Yorumlayıcı Hükümler .....	226
3. Tanımlayıcı Hükümler .....	229
4. Yetki Veren Hükümler .....	230
II. Kanunun Emredici Hükümlerinin Tespitinde Anayasal	
Hüküm ve İlkeler .....	230
A. 1982 Anayasası Çerçevesinde Kanunun Emredici	
Hükümleri .....	230
1. 1982 Anayasası'nın İlk Hâlindeki Durum .....	230
2. 1982 Anayasası'nda 03.10.2001 Tarih ve 4709 Sayılı	
Kanun ile Yapılan Değişiklik Neticesindeki Durum.....	231
3. Borçlar Kanunu m. 19-20 ve Türk Borçlar Kanunu m.	
27 Hükümlerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası .....	233
a. Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Temeli.....	233
b. Anayasa Hükümlerinin Özel Hukuka Etkisi .....	235
aa. Anayasa Hükümlerinin Dikey Etkisi .....	235
bb. Anayasa Hükümlerinin Yatay Etkisi .....	236

c. Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Değerlendirilmesi....	240
III. Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kanunun Emredici Hükümleri .....	241
A. Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kanunun Emredici Hükümleri .....	241
1. BK m. 19/II Hükümünün Yorumlayıcı Nitelikte Olduğu Görüşü.....	242
2. BK m. 19/II Hükümünün İçerik Özgürlüğünü Sınırladığı Görüşü .....	244
B. Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kanunun Emredici Hükümleri .....	246
1. Genel Olarak .....	246
2. BK m. 19/II Hükümünün TBK Metnine Alınmaması ve Değişikliğin Amacı .....	246
3. TBK m. 27 Hükümü Çerçevesinde Mevcut Durumun Değerlendirilmesi .....	247
IV. Kanunun Emredici Hükümleri .....	249
A. “Emredici Hüküm” Kavramı .....	249
B. Emredici Hükümlerin Özellikleri .....	251
1. Borçlar Hukukunda Az Sayıda Bulunurlar .....	251
2. Belirli Gereklere Tesis Edilirler .....	252
3. Taraf İradeleriyle Değiştirilemez ve Etkisiz Hâle Getirilemezler .....	253
4. İçerik Özgürlüğünü Sınırlar ve Tarafların Yaptığı Anlaşmayı Kural Olarak Geçersiz Kılarlar .....	256
5. Re’sen Etki Doğururlar .....	257
6. Dar Yorumlanırlar.....	258
7. Yazılı Şekildedirler .....	259
C. Emredici Hükümlerin Kaynağı.....	260
1. “Kanunun” Emredici Hükümleri.....	260
a. Kanun .....	264
b. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi.....	265

---

c. Yönetmelik.....	266
d. Diğer Düzenleyici İşlemler.....	267
e. Türk Pozitif Hukukuna Göre Çıkarılması Artık Mümkün Olmayan Düzenleyici İşlemler.....	268
aa. Kanun Hükmünde Kararname.....	268
bb. Tüzük.....	270
cc. Bakanlar Kurulu Kararı.....	271
dd. Başbakanlık Genelgesi.....	272
2. Özel Hukuk – Kamu Hukuku Ayrımı Bakımından .....	273
a. Emredici Özel Hukukun İhlâli.....	275
b. Emredici Kamu Hukukunun İhlâli .....	276
3. Federal Hukuk – Kantonal Hukuk Ayrımı Bakımından .....	277
D. Emredici Hükümlerin Çeşitleri .....	281
1. Emredici Hüküm – Yasaklayıcı Hüküm Ayrımı .....	282
a. Genel Olarak .....	282
b. Alman Hukuku Bakımından Ayrımın Değerlendirilmesi .....	282
c. Türk Hukuku Bakımından Ayrımın Değerlendirilmesi .....	284
2. Mutlak Emredici Hüküm – Nispî Emredici Hüküm Ayrımı.....	286
a. Mutlak Emredici Hüküm.....	287
b. Nispî Emredici Hüküm .....	288
3. Tam Emredici Hüküm – Kısmî Emredici Hüküm Ayrımı.....	291
4. Pozitif Emredici Hüküm – Negatif Emredici Hüküm Ayrımı.....	292
5. Doğrudan Emredici Hüküm – Dolaylı Emredici Hüküm Ayrımı .....	293
E. Emredici Hükümlerin Tespiti.....	293
1. Genel Olarak .....	293
2. Kanun Hükmünün Sözüden Hareketle Tespit.....	296



a. Kanunun Sözü .....	296
b. Kenar Başlıklar (Matlablar).....	301
c. Kanun Hükümünün Sözüden Hareketle Tespit .....	304
aa. Kanun Hükümünün Emredici Niteliğini Açıkça Zikretmesi.....	304
bb. Kanun Hükümünün Taraf Anlaşmalarını Geçersizlikle Tehdit Etmesi.....	306
cc. Kanun Hükümünün Getirdiği Esastan Ayrılınamayacağını Düzenlemesi .....	308
dd. Kanun Hükümünün Sözüden Hiçbir İpucu İçermemesi.....	310
ee. Kanun Hükümünün Sözüden Çıkan Anlamın Her Zaman Güvenilir Olmaması .....	311
3. Kanun Hükümünün Özünden Hareketle Tespit .....	314
a. Kanunun Özünü.....	314
b. Kanun Hükümünün Özünden (Anlam ve Amacından) Hareketle Tespit.....	316
aa. Kanun Hükümünün Ahlâkı Korumayı Amaçlaması .....	321
bb. Kanun Hükümünün Kamu Düzenini Korumayı Amaçlaması .....	321
cc. Kanun Hükümünün Kişilik Haklarını Korumayı Amaçlaması .....	322
dd. Kanun Hükümünün Hukukî Güvenliği Korumayı Amaçlaması .....	322
ee. Kanun Hükümünün Karakteristik Zayıf Sözleşme Tarafını Korumayı Amaçlaması .....	323
ff. Kanun Hükümünün Üçüncü Kişiyi Korumayı Amaçlaması .....	324
F. Emredici Hükümlerin Sözleşme Tipi Bakımından Uygulanması .....	324
G. Emredici Hükümlerin Zaman Bakımından Uygulanması.....	327
1. Sözleşmenin Kuruluş Anındaki Emredici Hükümün Etkisi .....	327

---

2. Sözleşmenin Kuruluşundan Sonra Yürürlüğe Giren Emredici Hükümün Etkisi.....	327
3. Sözleşmenin Kuruluşundan Sonra Yürürlükten Kalkan Emredici Hükümün Etkisi .....	330
H. Emredici Hükümlere Aykırılık Hâlleri.....	332
1. Sözleşmenin Konusunun Emredici Hükme Aykırı Olması.....	333
2. Sözleşmenin Kararlaştırılan İçerikle Kurulmasının Emredici Hükme Aykırı Olması.....	334
3. Sözleşmenin Dolaylı Amacının Emredici Hükme Aykırı Olması.....	336
4. Kanunun Dolanılması.....	337
5. Emredici Hükümlere Aykırılığa Yol Açmayacağı Kabul Edilen veya Yol Açıp Açmayacağı Tartışmalı Hâller .....	338
a. Tek Taraflı Yasak.....	338
b. Sözleşmeye Taraf Olmaya Yönelik Sübjektif Yasak....	339
c. Sözleşme Taraflarından Birinin Emredici Hükümlere Aykırı Dolaylı Amacı veya Saiki.....	341
d. Sözleşmenin Haricî Şartlarına Yönelik Yasak.....	341
e. Üçüncü Kişilerin Akdî Haklarını İhlâl Eden Sözleşmeler.....	342
I. Emredici Hükümlere Aykırılığın Sonuçları.....	342
J. Emredici Hükümlerle Bağlantılı Diğer Kurumlar.....	343
1. Kurulabilmesi Bir Makamdan İzin Alınmasına Bağlı Sözleşmeler.....	343
2. Genel İşlem Koşulları .....	345
3. Kanunun Dolanılması.....	346
a. Genel Olarak .....	346
b. Türleri.....	349
aa. Gerçek Anlamda Kanunun Dolanılması.....	349
bb. Gerçek Olmayan Anlamda Kanunun Dolanılması .....	350

c. Hüküm ve Sonuçları.....	351
----------------------------	-----

**Üçüncü Bölüm**  
**KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE**  
**AYKIRILIĞIN SONUÇLARI**

<b>§6. KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE</b> <b>AYKIRILIĞIN MUTAD YAPTIRIMI OLARAK “KESİN</b> <b>HÜKÜMSÜZLÜK” .....</b>	<b>357</b>
I. Üst Kavram Olarak “Hükümsüzlük” .....	357
II. Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılığın Mutad Yaptırımını Olarak “Kesin Hükümsüzlük” .....	360
A. Butlan .....	362
1. aOR ve OR Çerçevesinde Butlan Kavramının Gelişimi...	363
2. TBK Çerçevesinde Butlan Kavramı .....	364
3. Butlan Sebepleri .....	366
4. Butlanın Dar Uygulanması.....	367
5. Butlanın Hüküm ve Sonuçlarına Dair Görüşler.....	376
a. Geleneksel Butlan Görüşü .....	377
aa. Hukukî İşlemin Batıl Olduğunu Herkesin İleri Sürebilmesi .....	377
bb. Hâkimin Butlanı Re’sen Dikkate Alması .....	378
cc. Hukukî İşlemin En Baştan İtibaren Geçersiz Olması.....	382
dd. Hukukî İşlemin Hiçbir Hüküm ve Sonuç Doğurması .....	384
ee. Hukukî İşlemin Sıhhat Kazanamaması.....	385
b. Esnek Butlan Görüşü .....	388
aa. Hukukî İşlemin Batıl Olduğunu İleri Sürebilecek Kişilerin Sınırlandırılması ve Hâkimin Butlanı Re’sen Dikkate Alamaması .....	390
bb. Hukukî İşlemin En Baştan İtibaren Geçersiz Olması İlkesinin Yumuşatılması .....	392

cc. Hukukî İşlemin Çeşitli Hukukî Sonuçlar Doğurabilmesi .....	393
dd. Hukukî İşlemin Sıhhat Kazanabilmesi .....	395
c. Görüşlerin Değerlendirilmesi.....	396
B. Kısmî Butlan .....	397
1. TBK Çerçevesinde Kısmî Butlan Kavramı .....	397
2. Kısmî Butlanın Şartları .....	401
a. Kısmî Butlanın Objektif Şartları.....	402
aa. Sözleşmenin Bölünebilir Olması.....	402
bb. Sözleşmenin Bir Kısmının İçerik Sakatlığından Muzdarip Olması .....	405
b. Kısmî Butlanın Sübjektif Şartları.....	408
aa. Tarafların Butlan Anlaşması Yapmamaları .....	408
bb. Tarafların İçerik Sakatlığından Muzdarip Kısmı Olmazsa Sözleşmeyi Yapmayacak Olmamaları ....	412
3. Kısmî Butlanın Türleri .....	421
a. Basit Kısmî Butlan .....	422
b. Değiştirilmiş Kısmî Butlan .....	423
c. Genişletilmiş Kısmî Butlan .....	432
4. Sözleşmedeki Aşırı Kaydın Yasal ya da Caiz Sınıra İndirilmesi .....	434
C. Genel Olarak Batıl Sözleşmelerin Hüküm ve Sonuçları .....	441
1. Edimlerin İfasının Talep Edilememesi.....	441
2. Edimlerin İfa Edilmemesinin Tazminat Sebebi Olmaması.....	442
a. Genel Olarak .....	442
b. <i>Culpa In Contrahendo</i> Sorumluluğundaki İstisnâî Durum .....	443
3. Önceden İfa Edilen Edimlerin İdelerinin İstenebilmesi	448
a. Genel Olarak .....	448
b. İstihkâk Davasıyla İade.....	450
c. Sebepsiz Zenginleşmenin İadesi .....	453

d. TBK m. 81 Hükümü Uyarınca İadenin Talep Edilememesi .....	456
<b>§7. KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN MUTAD OLMAYAN YAPTIRIMLARI.....</b>	<b>460</b>
I. Yokluk.....	460
II. Takdirî Butlan .....	465
III. Yazılmamış Sayılma .....	466
IV. İptal Edilebilirlik.....	467
V. Eksiklik (Askıda Hükümsüzlük, Bağlamazlık) .....	470
VI. Tazminat .....	474
VII. Dava Edilemezlik .....	475
VIII. Ceza.....	475
IX. Sözleşme İçeriğinin Değiştirilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması.....	477
X. Nispî Etkisizlik.....	478
XI. Yaptırımsızlık.....	479
SONUÇ .....	481