

İÇİNDEKİLER

2. BASIYA ÖN SÖZ	VII
ÖN SÖZ.....	IX
İÇİNDEKİLER.....	XIII
KISALTMALAR.....	XXVII
KAYNAKÇA	XXXV
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

BİRİNCİ 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.....	25
1. Sözleşme Özgürlüğünün Liberal Ekonomi Anlayışı Altında Maruz Kaldığı Sorunlar	25
2. Sözleşme Özgürlüğünün Kabulüne Rağmen Fiilî Sözleşme Özgürlüğünün Sağlanamaması.....	28
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 (Serbestîsi) 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.....	65
6. Sözleşmenin Değiştirilmesi ve Ortadan Kaldırılması Özgürlüğü.....	72
§3. GENEL OLARAK SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI.....	75
I. Kamu Hukuku Kaynaklı Sınırlar	77
II. Özel Hukuk Kaynaklı Sınırlar.....	81
A. TBK m. 27 Hükümündeki Sınırlar.....	82
1. TBK m. 26-27 Hükümlerinin Uygulama Alanı.....	82
2. Sözleşme Özgürlüğüne Getirilen Sınırlar	84
3. Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğüne Getirilen Sınırlar	84
a. Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık.....	88
b. Ahlâka Aykırılık.....	96
c. Kamu Düzenine Aykırılık	108
d. Kişilik Haklarına Aykırılık	118
e. İmkânsızlık	128
B. Diğer Sınırlar	136
1. Genel Olarak.....	136

2. Sözleşme Yapma Yükümlülüğü.....	138
a. Sözleşme Yapma Yükümlülüğü Doğuran Hâller.....	140
aa. Kanunî Sözleşme Yapma Yükümlülüğü.....	140
bb. İradî Sözleşme Yapma Yükümlülüğü.....	142
cc. Genel Sözleşme Yapma Yükümlülüğü.....	143
b. Sözleşme Yapma Yükümlülüğünün Sonuçları..	146

İKİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRI OLARAK KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK

§4. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK.....	149
I. Roma Hukuku.....	149
II. İsviçre Hukuku	156
A. 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu.....	156
1. Genel Olarak.....	156
2. Hükümün Değerlendirilmesi.....	159
B. 1905 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı.....	161
1. Genel Olarak.....	161
2. aOR Hükümleri Bakımından Değerlendirme.....	163
3. OR Hükümleri Bakımından Değerlendirme.....	164
C. 1912 Tarihli İsviçre Borçlar Kanunu	165
1. Genel Olarak.....	165
2. Hükümlerin Değerlendirilmesi	169
a. Yapılan Değişiklikler	169
b. Yapılan Değişikliklerin Amacı	171
c. Art. 19 ve Art. 20 OR Hükümlerinin Birbirleriyle İlişkisi	175

d. “Sözleşmenin Konusu” ve “Sözleşmenin İçeriği” Kavramları.....	179
e. Art. 19 ve Art. 20 OR Hükümlerinin Uygulanma Alanı	183
D. İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı.....	185
1. OR 2020’ye İlişkin Genel Bilgi	185
2. Hükümlerin Değerlendirilmesi	187
III. Alman Hukuku	192
IV. Fransız Hukuku	198
V. Avusturya Hukuku.....	201
VI. İtalyan Hukuku	203
VII. İngiliz Hukuku.....	205
VIII. Amerikan Hukuku	208
IX. Hollanda Hukuku.....	210
X. İspanyol Hukuku	212
XI. İslâm Hukuku.....	214
XII. İsrail Hukuku	215
XIII. Rus Hukuku.....	217
XIV. PECL	218
§5. TÜRK HUKUKUNDA KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIK	220
I. Genel Olarak Kanun Hükümlerinin Tasnifi	220
A. Emredici Hükümler.....	223
B. Emredici Olmayan Hükümler.....	223
1. Tamamlayıcı Hükümler.....	227
2. Yorumlayıcı Hükümler	232
3. Tanımlayıcı Hükümler.....	234
4. Yetki Veren Hükümler.....	236
II. 1982 Anayasası Çerçevesinde Kanunun Emredici Hükümleri.....	236
A. 1982 Anayasası’nın İlk Hâlindeki Durum.....	236

B.	1982 Anayasası'nda 03.10.2001 Tarih ve 4709 Sayılı Kanun ile Yapılan Değişiklik Neticesindeki Durum....	237
C.	Borçlar Kanunu m. 19-20 ve Türk Borçlar Kanunu m. 27 Hükümlerinin Anayasa'ya Aykırı Olduğu İddiası.....	239
	1. Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Temeli	239
	2. Anayasa Hükümlerinin Özel Hukuka Etkisi.....	240
	a. Anayasa Hükümlerinin Dikey Etkisi.....	241
	b. Anayasa Hükümlerinin Yatay Etkisi.....	241
	3. Anayasa'ya Aykırılık İddiasının Değerlendirilmesi	246
III.	Borçlar Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kanunun Emredici Hükümleri.....	247
A.	Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kanunun Emredici Hükümleri.....	247
	1. BK m. 19/II Hükmünün Yorumlayıcı Nitelikte Olduğu Görüşü	248
	2. BK m. 19/II Hükmünün İçerik Özgürlüğünü Sınırladığı Görüşü.....	250
B.	Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kanunun Emredici Hükümleri	252
	1. Genel Olarak.....	252
	2. BK m. 19/II Hükmünün TBK Metnine Alınmaması ve Değişikliğin Amacı	252
	3. TBK m. 27 Hükmü Çerçevesinde Mevcut Durumun Değerlendirilmesi.....	253
IV.	Kanunun Emredici Hükümleri.....	256
A.	“Emredici Hüküm” Kavramı	256
B.	Emredici Hükümlerin Özellikleri.....	257
	1. Borçlar Hukukunda Az Sayıda Bulunurlar.....	257
	2. Belirli Gerekçelerle Tesis Edilirler.....	258
	3. Taraf İradeleriyle Değiştirilemez ve Etkisiz Hâle Getirilemezler	259

4. İçerik Özgürlüğünü Sınırlar ve Tarafların Yaptığı Anlaşmayı Kural Olarak Geçersiz Kılarlar	262
5. Re'sen Etki Doğururlar	263
6. Dar Yorumlanırlar	264
7. Yazılı Şekildedirler	265
C. Emredici Hükümlerin Kaynağı	266
1. "Kanunun" Emredici Hükümleri.....	266
a. Kanun.....	270
b. Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi	271
c. Yönetmelik.....	272
d. Diğer Düzenleyici İşlemler	273
e. Türk Pozitif Hukukuna Göre Çıkarılması Artık Mümkün Olmayan Düzenleyici İşlemler	274
aa. Kanun Hükümünde Kararname	275
bb. Tüzük.....	276
cc. Bakanlar Kurulu Kararı	277
dd. Başbakanlık Genelgesi	278
2. Özel Hukuk – Kamu Hukuku Ayrımı Bakımından	279
a. Emredici Özel Hukukun İhlâli	281
b. Emredici Kamu Hukukunun İhlâli.....	282
3. Federal Hukuk – Kantonal Hukuk Ayrımı Bakımından	284
D. Emredici Hükümlerin Çeşitleri.....	288
1. Emredici Hüküm – Yasaklayıcı Hüküm Ayrımı.....	288
a. Genel Olarak.....	288
b. Alman Hukuku Bakımından Ayrımın Değerlendirilmesi.....	289
c. Türk Hukuku Bakımından Ayrımın Değerlendirilmesi.....	291
2. Mutlak Emredici Hüküm – Nispî Emredici Hüküm Ayrımı.....	292

a. Mutlak Emredici Hüküm	293
b. Nispi Emredici Hüküm.....	294
3. Tam Emredici Hüküm – Kısmî Emredici Hüküm Ayrımı.....	297
4. Pozitif Emredici Hüküm – Negatif Emredici Hüküm Ayrımı.....	298
5. Doğrudan Emredici Hüküm – Dolaylı Emredici Hüküm Ayrımı.....	299
E. Emredici Hükümlerin Tespiti	299
1. Genel Olarak.....	299
2. Kanun Hükümünün Sözüden Hareketle Tespit	302
a. Kanunun Sözü.....	302
b. Kenar Başlıklar (Matlablar)	307
c. Kanun Hükümünün Sözüden Hareketle Tespit	310
aa. Kanun Hükümünün Emredici Niteliğini Açıkça Zikretmesi	310
bb. Kanun Hükümünün Taraf Anlaşmalarını Geçersizlikle Tehdit Etmesi	312
cc. Kanun Hükümünün Getirdiği Esastan Ayrılınamayacağını Düzenlemesi	314
dd. Kanun Hükümünün Sözüden Hiçbir İpucu İçermemesi	316
ee. Kanun Hükümünün Sözüden Çıkan Anlamın Her Zaman Güvenilir Olmaması.....	317
3. Kanun Hükümünün Özünden Hareketle Tespit	320
a. Kanunun Özü	320
b. Kanun Hükümünün Özünden (Anlam ve Amacından) Hareketle Tespit	322
aa. Kanun Hükümünün Ahlâkı Korumayı Amaçlaması.....	327

bb. Kanun Hükümünün Kamu Düzenini Korumayı Amaçlaması.....	328
cc. Kanun Hükümünün Kişilik Haklarını Korumayı Amaçlaması.....	329
dd. Kanun Hükümünün Hukukî Güvenliği Korumayı Amaçlaması.....	329
ee. Kanun Hükümünün Karakteristik Zayıf Sözleşme Tarafını Korumayı Amaçlaması.	330
ff. Kanun Hükümünün Üçüncü Kişiyi Korumayı Amaçlaması.....	330
F. Emredici Hükümlerin Sözleşme Tipi Bakımından Uygulanması	331
G. Emredici Hükümlerin Zaman Bakımından Uygulanması	334
1. Sözleşmenin Kuruluş Anındaki Emredici Hükümün Etkisi.....	334
2. Sözleşmenin Kuruluşundan Sonra Yürürlüğe Giren Emredici Hükümün Etkisi.....	334
3. Sözleşmenin Kuruluşundan Sonra Yürürlükten Kalkan Emredici Hükümün Etkisi.....	337
H. Emredici Hükümlere Aykırılık Hâlleri.....	339
1. Sözleşmenin Konusunun Emredici Hükme Aykırı Olması	340
2. Sözleşmenin Kararlaştırılan İçerikle Kurulmasının Emredici Hükme Aykırı Olması	341
3. Sözleşmenin Dolaylı Amacının Emredici Hükme Aykırı Olması	343
4. Kanunun Dolanılması.....	344
5. Emredici Hükümlere Aykırılığa Yol Açmayacağı Kabul Edilen veya Yol Açıp Açmayacağı Tartışmalı Hâller.....	345
a. Tek Taraflı Yasak	345

b. Sözleşmeye Taraf Olmaya Yönelik Subjektif Yasak.....	346
c. Sözleşme Taraflarından Birinin Emredici Hükümlere Aykırı Dolaylı Amacı veya Saiki....	349
d. Sözleşmenin Haricî Şartlarına Yönelik Yasak ..	349
e. Üçüncü Kişilerin Akdî Haklarını İhlâl Eden Sözleşmeler	349
I. Emredici Hükümlere Aykırılığın Sonuçları.....	350
J. Emredici Hükümlerle Bağlantılı Diğer Kurumlar	351
1. Kurulabilmesi/Geçerliliği Bir Makamdan İzin Alınmasına Bağlı Sözleşmeler	351
2. Genel İşlem Koşulları.....	353
3. Kanunun Dolanılması.....	354
a. Genel Olarak.....	354
b. Türleri	357
aa. Gerçek Anlamda Kanunun Dolanılması	357
bb. Gerçek Olmayan Anlamda Kanunun Dolanılması.....	358
c. Hüküm ve Sonuçları	359

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN SONUÇLARI

§6. KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN MUTAD YAPTIRIMI OLARAK “KESİN HÜKÜMSÜZLÜK”	365
I. Üst Kavram Olarak “Hükümsüzlük”	365
II. Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılığın Mutad Yaptırımını Olarak “Kesin Hükümsüzlük”	368
A. Butlan	370

1. aOR ve OR Çerçevesinde Butlan Kavramının Gelişimi	371
2. TBK Çerçevesinde Butlan Kavramı.....	372
3. Butlan Sebepleri.....	375
4. Butlanın Dar Uygulanması.....	376
5. Butlanın Hüküm ve Sonuçlarına Dair Görüşler	385
a. Geleneksel Butlan Görüşü.....	386
aa. Hukukî İşlemin Batıl Olduğunu Herkesin İleri Sürebilmesi.....	386
bb. Hâkimin Butlanı Re'sen Dikkate Alması....	387
cc. Hukukî İşlemin En Baştan İtibaren Geçersiz Olması	392
dd. Hukukî İşlemin Hiçbir Hüküm ve Sonuç Doğurmaması.....	393
ee. Hukukî İşlemin Sıhhat Kazanamaması	394
b. Esnek Butlan Görüşü.....	398
aa. Hukukî İşlemin Batıl Olduğunu İleri Sürebilecek Kişilerin Sınırlandırılması ve Hâkimin Butlanı Re'sen Dikkate Alamaması.....	400
bb. Hukukî İşlemin En Baştan İtibaren Geçersiz Olması İlkesinin Yumuşatılması.....	401
cc. Hukukî İşlemin Çeşitli Hukukî Sonuçlar Doğurabilmesi.....	402
dd. Hukukî İşlemin Sıhhat Kazanabilmesi	404
c. Görüşlerin Değerlendirilmesi	405
B. Kısmî Butlan.....	406
1. TBK Çerçevesinde Kısmî Butlan Kavramı	406
2. Kısmî Butlanın Şartları.....	411
a. Kısmî Butlanın Objektif Şartları	411
aa. Sözleşmenin Bölünebilir Olması	411

bb. Sözleşmenin Bir Kısımının İçerik Sakatlığından Muzdarip Olması.....	415
b. Kismî Butlanın Subjektif Şartları	417
aa. Tarafların Butlan Anlaşması Yapmamaları.	418
bb. Tarafların İçerik Sakatlığından Muzdarip Kısım Olmazsa Sözleşmeyi Yapmayacak Olmamaları.....	422
3. Kismî Butlanın Türleri.....	431
a. Basit Kismî Butlan.....	431
b. Değiştirilmiş Kismî Butlan.....	433
c. Genişletilmiş Kismî Butlan.....	441
4. Sözleşmedeki Aşırı Kaydın Yasal ya da Caiz Sınıra İndirilmesi	444
C. Genel Olarak Batıl Sözleşmelerin Hüküm ve Sonuçları.....	452
1. Edimlerin İfasının Talep Edilememesi	452
2. Edimlerin İfa Edilmemesinin Tazminat Sebebi Olmaması	453
a. Genel Olarak.....	453
b. Culpa In Contrahendo Sorumluluğundaki İstisnaî Durum.....	453
3. Önceden İfa Edilen Edimlerin İadelerinin İstenebilmesi.....	459
a. Genel Olarak.....	459
b. İstihkâk Davasıyla İade	461
c. Sebepsiz Zenginleşmenin İadesi.....	464
d. TBK m. 81 Hükümü Uyarınca İadenin Talep Edilememesi	467
§7. KANUNUN EMREDİCİ HÜKÜMLERİNE AYKIRILIĞIN MUTAD OLMAYAN YAPTIRIMLARI.....	471
I. Yokluk.....	471
II. Takdirî Butlan	476

III. Yazılmamış Sayılma.....	477
IV. İptal Edilebilirlik	479
V. Eksiklik (Askıda Hükümsüzlük, Bağlamazlık).....	482
VI. Tazminat.....	486
VII. Dava Edilemezlik.....	487
VIII. Ceza	487
IX. Sözleşme İçeriğinin Değiştirilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması.....	490
X. Nispi Etkisizlik.....	491
XI. Yaptırımsızlık.....	492
SONUÇ	493