

SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜ VE BUNUN GENEL SINIRI: TBK M. 27*

(FREEDOM TO DETERMINE THE CONTENT OF THE AGREEMENT AND GENERAL
LIMITATIONS TO THIS: TURKISH CODE OF OBLIGATIONS ARTICLE 27)

Yard. Doç. Dr./Asst. Prof. Dr. H. Kübra Ercoskun Şenol**

ÖZ

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 26. maddesinde “Sözleşme özgürlüğü” başlığı adı altında, bir sözleşmenin içeriğinin, bu sözleşmenin taraflarınca kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu hükmün hemen sonrasında TBK m. 27/1’de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir. TBK m. 27/2’de ise sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği, ancak bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı açıkça anlaşılırsa, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olduğu düzenlenmiştir.

Her ikisi de “Sözleşmenin içeriği” başlığı altında düzenlenen bu hükümler (TBK m. 26-27) bize göstermektedir ki; sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü hukukumuzda temel bir ilke olarak benimsenmiştir ve TBK m. 27 bu özgürlüğe getirilen en önemli kısıtlamadır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşme içeriği, Sözleşme özgürlüğü, Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, Hukuka ve ahlaka aykırılık, İmkânsızlık

ABSTRACT

Turkish Code of Obligations (TBK) Article 26, under the title of “Freedom Regarding Agreements”, it is stipulated that a agreement’s content can be freely arranged by its parties and within the range allowed by legal regulations. Right after this regulation; Turkish Code of Obligations (TBK) article 27/1 clearly specifies that if a agreement is against a person’s rights, imperative provisions of law, moral values or if the subject of the agreement is impossible/inachieveable; such agreement is definitely null and void. Turkish Code of Obligations (TBK) article 27/2 stipulates that if some of the provisions of an agreement are invalid, it doesn’t make the rest of the articles invalid, however if it is clearly understood that without the invalid provisions the agreement cannot be made; then the whole agreement is definitely invalid.

Both articles which are stipulated under the title “agreement content” (Turkish Code of Obligations article 26-27) show us that the freedom to determine

* Bu makale, 11.10.2016 tarihinde Editörler Kurulu’na ulaşılmış olup, 17.11.2016 tarihinde birinci hakem; 12.11.2016 tarihinde ikinci hakem onayından geçmiştir.

** Atatürk Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
kubra.ercoskun@atauni.edu.tr.

the content of the agreement is accepted as a basic principle of our law and Turkish Code of Obligations (TBK) article 27 is the most important restriction imposed to this freedom.

Keywords: *Agreement content, Freedom of Contract, freedom to determine the content of an agreement, Contrary to Law and Immoral, Impossibility.*

I. SÖZLEŞME ÖZGÜRLÜĞÜ

A. Genel Olarak

Hukuk sistemimiz herkesin kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu (Anayasa -AY- m. 12/1) ve bu hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve sadece kanunla sınırlanabileceğini (AY m. 13 c. 1) kabul etmiştir¹. Yine herkesin, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına (AY m. 17/1) ve ayrıca kişi hürriyeti ve güvenliğine sahip olduğu kabul edilmiştir (AY m. 19/1). Kişilerin mülkiyet ve miras haklarına sahip oldukları kabul edildiği gibi (AY m. 35/1)², diledikleri alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahip oldukları ve özel teşebbüsler kurmanın serbest olduğu da açıkça belirtilmiştir (AY m. 48/1 c. 1).

Anayasanın bu düzenlemeleri göstermektedir ki; hukuk sistemimiz kişilerin irade özgürlüğüne sahip olduğunu temel bir ilke olarak benimsemiştir³. Felsefi bir görüş olan irade özgürlüğü⁴, kişilerin her alanda özgürleştirilmesini ilke edinmiş ekonomik ve politik bir doktrindir. Bu doktrinin temelleri 17. ve 18. yüzyıllarda atılmış ve toplumsal etkisini 1789'da gerçekleşen Fransız İhtilali'nde göstermiştir. 18. yüzyılda başlamakla beraber asıl etkisini 19. yüzyılda gösteren endüstri devrimiyle de endüstri toplumları oluşmuş ve endüstriyel üretim yapan serbest işletmeciler modeli ortaya çıkmıştır⁵. 19. yüzyılda "*Bırakınız yapınlar, bırakınız geçsinler*" deyişle ünlenen ve klasik liberal iktisat teorisinin temellerini ortaya atan Adam Smith, devletin sözleşme eşitliğini sağlamak adına piyasadaki fiyat dengesine müdahale etmesinin piyasanın dengesini bo-

¹ Aynı hükmün ikinci cümlesinde bu sınırlamaların, Anayasa'nın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamayacağı da belirtilmiştir.

² Aynı hükmün 2. fıkrasında bu hakların, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabileceği ve 3. fıkrasında da mülkiyet hakkının kullanılmasının toplum yararına aykırı olamayacağı belirtilmiştir.

³ M. Kemal Oğuzman/M. Turgut Öz, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler C. 1, 13. bs., İstanbul, 2015, s. 23; Veysel Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, s. 15; İbrahim Kaplan, Hakimın Sözleşmeye Müdahalesi, 2. bs., Ankara, 2007, s. 19; O. Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler C. I, 2. bs., İstanbul, 2013, s. 53 (Borçlar); Murat Aydoğdu/Nalan Kahveci, Türk Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, 2. bs., Ankara, 2014, s. 12.

⁴ Vecdi Aral, "Hukukta İrade Özgürlüğü", İÜHFMC, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, s. 249-251.

⁵ Arzu Küçükyalçın, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması", AÜHFMC, C. 53, S. 4, 2004, s. 105; Hasan Erman, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak sınırlamaları", İÜHFMC, C. 38, S. 1-4, 1973, s. 602; Nagehan Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011, s. 18-19.

zacağını ileri sürmüştür. Bu görüşün kabulüyle devletin tek görevi piyasanın oluşabilmesi gerekli olan sosyal ve siyasal koşulları sağlamak olmuştur⁶.

Bu ilkeleri esas alan bir ekonomik düzende, kişilerin maddi ve manevi varlıklarının korunma ve geliştirmelerinin en önemli araçlarından birinin sözleşmeler olduğu açıktır⁷. İrade özgürlüğünün borçlar hukuku alanına yansımaları da sözleşme özgürlüğüdür. Bu ilke sayesinde kişiler borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleyebilmektedirler⁸.

Modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü ilkesi her ne kadar temel bir ilke olarak benimsenmiş olsa da, 20. yüzyılda yoğun bir biçimde yaşanan savaşlar ve devletlerin sosyal devlet rolünü benimsemeleri, bu ilkenin yeniden ele alınarak değerlendirilmesine sebep olmuştur. Bu dönemde sözleşme özgürlüğüne önemli sınırlamalar getirilmiştir ve bu sınırlamalar artarak devam etmektedir⁹. Özellikle bir sözleşmenin her iki tarafı da sözleşme özgürlüğüne

⁶ Küçükyalçın, s. 105; Erman, s. 602. AY m. 48/2'ye göre de: "Devlet, özel teşebbüslerin millî ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır."

⁷ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 18. bs. Ankara, 2015, s. 298 (Borçlar Genel); Aydın Zevkliler/Emre Gökyayla, *Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri*, 14. bs., Ankara, 2014, s. 6; Erzan Erzurumluoğlu, *Sözleşmeler Hukuku, (Özel Borç İlişkileri)*, 3. bs., Ankara, 2013, s. 27; Küçükyalçın, s. 105; Kirkbeşoğlu, s. 19.

⁸ Heinrich Honsell, *Schweizerisches Obligationenrecht: Besonderer Teil*, 9. bs., Bern, 2010, s. 10; Derya Ateş, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlakı Aykırılık*, Ankara, 2007, s. 36-37, 38; Gül Doğan, *Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi)*, İstanbul, 2006, s. 35; Selahattin Sulhi Tekinay/Sermet Akman/Haluk Burcuoğlu/Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 7. bs., İstanbul, s. 363; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku: Özel Hükümler*, Ankara, 2014, s. 20, 49 (Borçlar Özel); Ahmet M. Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 17. bs., Ankara, 2013, s. 75; Safa Reisioğlu, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler*, 23. bs., İstanbul, 2012, s. 133; Necip Kocayusufoğlu, *Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*, 6. bs., İstanbul, 2014, s. 501; Mehmet Ayan, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 8. bs., Konya, 2013, s. 6; Rona Serozan, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 2. bs., İstanbul, 2006, s. 45 (Özel); Eren, *Borçlar Genel*, s. 297-298, 300; Oğuzman/Öz, s. 23; Antalya, *Borçlar*, s. 53, 261; Başpınar, s. 14-15; Aydoğdu/Kahveci, s. 12; Zevkliler/Gökyayla, s. 7; Kaplan, s. 19; Erman, s. 602; Kirkbeşoğlu, s. 19, 23; Dieter Medicus/Stephan Lorenz, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, 19. bs., München, 2010, s. 32; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 38. bs., München, 2014, s. 28; Frank Weiler, *Schuldrecht: Allgemeiner Teil*, 2. bs., Baden-Baden, 2014, s. 51. Ancak bu ilkenin kişilere yalnızca borç ilişkilerini değil, tüm özel hukuk ilişkilerini hukuk düzeninin sınırları dahilinde serbestçe düzenleme yetkisi verdiği unutulmamalıdır. Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, *Kommentar zum schweizerischen Privatrecht: Obligationenrecht I*, Basel/Frankfurt am Main, 1996, s. 17; Andreas von Tuhr/Hans Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts C. 1*, 3. bs., Zürich, 1979, s. 247; Başpınar, s. 16; Eren, *Borçlar Özel*, s. 49; Ateş, s. 39; Jakob Joussen, *Schuldrecht I: Allgemeiner Teil*, 2. bs., Stuttgart, 2013, s. 4-5; Medicus/Lorenz, s. 29.

⁹ Ingeborg Schwenzer, *Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil*, 5. bs., Bern, 2009, s. 160-161; Hasan Ayrancı, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", *AÜHFĐ*, C. 52, S. 3, 2003, s. 229-230 (Zorunluluk); Nilgün Başalp, "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, s. 224, 226-227; Eren, *Borçlar Genel*, s. 229-300; Erman, s. 604-605; Küçükyalçın, s. 108; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 364; Başpınar, s. 18,

sahip olmasına rağmen, örgütlülüğü ve ekonomik gücü nedeniyle, içeriğini önceden tek başına belirlediği sözleşmeleri, ihtiyaçları nedeniyle birçok kişiye koşulsuz olarak kabul ettirebilen teşebbüslerin ortaya çıkması, karşılardaki kitlelerin korunabilmesi adına kanun koyucuların bu meseleye yoğun bir biçimde müdahil olmalarına yol açmıştır¹⁰.

B. Sözleşme Özgürlüğünün Görünüm Şekilleri ve Sınırları

Türk ve İsviçre borçlar hukukunda temel bir ilke olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğünün sözleşme yapıp yapmama, sözleşmenin karşı tarafını seçme, sözleşmenin içeriğini, tipini ve şeklini belirleme, sözleşmenin içeriğini değiştirme ve sözleşmeyi ortadan kaldırma gibi görünüm şekilleri bulunmaktadır.

Modern hukuk sistemlerinde sözleşme özgürlüğü temel bir ilke olarak kabul edilse de bunun bazı sınırlarının olduğu da kabul edilmektedir. Çoğunlukla sözleşme özgürlüğünün görünüm şekilleri ve sınırları ayrı ayrı incelenmektedir¹¹.

1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme özgürlüğünün ilk görünüş şekli, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğüdür. Buna göre kişi dilediği biriyle dilediği sözleşmeyi yapabileceği gibi, hiç kimse bir sözleşme yapmaya zorlanamaz¹². TBK'da bu hususa açıkça işaret edilmiş değilse de, sözleşme yapıp yapmama özgürlüğü söz konusu olmaksızın anayasal bir hak olan sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir.

Ancak kanun bazı sözleşmelerin yapılmasını yasaklamakta ve yasağa rağmen yapılan sözleşmeleri hükümsüz saymaktadır. Bazı istisnai durumlarda ise, sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Sözleşme yapıp yapmama

dn. 22; Reisoğlu, s. 133. Kanun koyucunun bu tutumu ekonomik kamu düzenini adı verilen düzeni sağlamaya yöneliktir. Bu kavram için bkz. Erman, s. 614; Ateş, s. 154.

¹⁰ Hans Giger, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich, 1983, s. 22-23; Ayrancı, Zorunluluk, s. 230; Küçükyalçın, s. 110-114; Antalya, Borçlar, s. 289-290; Kirkbeşoğlu, s. 21-22; Serozan, Özel, s. 44-45; Başalp, s. 224-225, 227-229.

¹¹ Bazı yazarlar ise, sözleşme özgürlüğünün sınırlarını olumlu veya olumsuz sınırlar olarak ikiye ayırırlar. Buna göre sözleşmenin yapılmasını zorunlu kılmak veya kamu organlarının iznine bağlı kılmak ya da edimin miktarını bazı sınırlamalara tabi tutmak olumlu sınırlamayı ifade ederken, sözleşmenin yapılmasını yasaklamak ve yasağa rağmen yapılan sözleşmeyi hükümsüz saymak ise olumsuz sınırlamayı ifade eder. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 364.

¹² Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil ohne Delictrecht, 2. bs., Zürich, 1988, s. 90; Clarie Huguenin, Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, 3. bs., Zürich/Basel/Genf, 2008, s. 22; von Tuhr/Peter, s. 278; Cevdet Yavuz/Faruk Acar/Burak Özen, Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, 9. bs., İstanbul, 2014, s. 14; Oğuzman/Öz, s. 23; Eren, Borçlar Genel, s. 301; Erman, s. 603; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 76; Reisoğlu, s. 133, dn. 1; Antalya, Borçlar, s. 53, 261; Kaplan, s. 19; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Aydoğdu/Kahveci, s. 14; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 365; Zevkliler/Gökyayla, s. 8; Ayan, Borçlar Genel, s. 6; Eren, Borçlar Özel, s. 50; Ateş, s. 40-41; Harm Peter Westermann/Peter Bydlinksi/Ralph Weber, BGB - Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 8. bs., Heidelberg/München/Landsberg/Frechen/Hamburg, 2013, s. 8; Peter Schlechtriem, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 5. bs., Tübingen, 2003, s. 28; Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. bs., Berlin, 2006, s. 70. Medicus/Lorenz, s. 32; Brox/Walker, s. 30; Weiler, s. 53; Jousen, 18.

özgürlüğünü ortadan kaldıran bu zorunluluk kanundan doğabileceği gibi, dürüstlük kuralından veya önceki bir taahhüitten de kaynaklanabilir¹³.

Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu bir kamu hukuku hükümünden doğabilir. Örneğin, kamu hukuku kuralları uyarınca kamu hizmeti gören kamu kurum ve kuruluşlarıyla, imtiyazlı olarak bu hizmetleri yürüten işletmeler, şartlara uygun şekilde öneride bulunan herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar¹⁴. Yine Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Kamu İhale Kanunu (KİK) uyarınca ihale yapılan hallerde de, istisnalar haricinde, ihaleyi yapan idare ile ihaleyi kazanan kişi arasında ihale dokümanında belirlenmiş içerikte bir sözleşme yapma zorunluluğu doğar.

Özel hukuktan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu halleri ise oldukça azdır. Mirasın (Türk Medeni Kanunu -TMK- m. 642)¹⁵ veya paylı mülkiyetin paylaşılması (TMK m. 698)¹⁶, komşular için getirilmiş zorunlu geçit ve kaynak hakkı tanıma yükümlülüğü (TMK m. 747, 761)¹⁷ bu hususta örnek olarak gösterilebilir. En çarpıcı örnek ise, tüketicinin talebi üzerine satıcı veya sağlayıcıyı¹⁸ sözleşme yapmak zorunda bırakan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 6. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre:

“(1)Vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilmedikçe satışından kaçınılamaz.

¹³ Oğuzman/Öz, s. 23; Ayrancı, Zorunluluk, s. 234; Kaplan, s. 19; Ayan, Borçlar Genel, s. 7, 8; Eren, Borçlar Genel, s. 303; Antalya, Borçlar, s. 261; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 76; Kırkbeşoğlu, s. 25, dn. 98; Ateş, s. 48-49. Serbest iradenin ürünü olduğu için, bazı yazarlar, sözleşme yapma vaadini sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir hal olarak kabul etmezler. Erman, s. 603-604; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Başalp, s. 222, dn. 6.

¹⁴ Eren, Borçlar Genel, s. 304-305; Ayrancı, Zorunluluk, s. 236; Erman, s. 607; Aydoğdu/Kahveci, s. 14; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365; Oğuzman/Öz, s. 183-184; Kocayusufpaşaoğlu, s. 606; Antalya, Borçlar, s. 264; Ayan, Borçlar Genel, s. 7; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 76; Ateş, s. 49.

¹⁵ O. Gökhan Antalya, Miras Hukuku, İstanbul, 2009, s. 449 vd; Rona Serozan/Baki İlkey Engin, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2014, s. 638 vd; Ahmet M. Kılıçoğlu, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2012, s. 317 vd; Zahir İmre/Hasan Erman, Miras Hukuku, 11. bs., İstanbul, 2015, s. 461 vd; Ali Naim İnan/Şeref Ertaş/Hakan Albaş, Türk Medeni Kanunu: Miras Hukuku, 8. bs., Ankara, 2012, s. 550 vd; Mehmet Ayan, Miras Hukuku, 7. bs., Konya, 2014, s. 298 vd; Bilge Öztan, Miras Hukuku, 6. bs., Ankara, 2014, s. 435 vd; Mustafa Dural/M. Turgut Öz, Türk Özel Hukuku C. 4: Miras Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2015, s. 468 vd.

¹⁶ Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay - Özdemir, Eşya Hukuku, İstanbul, 2011, s. 274 vd. (Eşya);

Fikret Eren, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2011, s. 115 vd. (Mülkiyet); Lale Sirmen, Eşya Hukuku, 2. bs., Ankara, 2014, s. 322, 330; Zekariya Kurşat, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 2008, s. 166 vd.

¹⁷ Bu hususlar için bkz. Eren, Mülkiyet, s. 388-393; Sirmen, s. 468-475; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s. 467-474.

¹⁸ Sağlayıcı, satıcı ve tüketicici kavramları TKHK'nın 2. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre sağlayıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciciye hizmet sunan ya da hizmet sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (2/1-b. i); satıcı, kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla tüketiciciye mal sunan ya da mal sunanın adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (2/1-b. i), tüketicici ise, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişiyi (2/1-b.k), ifade eder.

(2) Hizmet sağlamaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.

(3) Ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenler; aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep yoksa bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullara ya da başka bir mal veya hizmetin satın alınması şartına bağlayamaz.

(4) Bakanlık ve belediyeler, bu maddede hükümlerinin uygulanması ve izlenmesine ilişkin işleri yürütmekle görevlidir.”.

Son olarak 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkındaki Kanun’da düzenlenen rekabeti sınırlayıcı anlaşma, uyumlu eylem ve karar yasağı ile hâkim durumun kötüye kullanılması nedeniyle bazı durumlarda teşebbüsler için sözleşme yapma zorunluluğu doğabileceği belirtilmelidir¹⁹.

Kanuni olarak sözleşme yapma zorunluluğu bulunmasına rağmen sözleşme yapmaktan kaçınan kişiye karşı bir aynen ifa davası açılabilir. Zira sözleşme yapmaktan kaçınan kişi, kanundan doğan borcuna aykırı davranmaktadır²⁰. Ancak kanuni bir sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu hallerde aynen ifa yerine, uğranılan zararların tazminine yönelik bir dava açılabileceği de kabul edilmektedir (TBK m. 112)²¹.

Sözleşme yapma zorunluluğunun dürüstlük kuralından doğması da mümkündür. Restoran, sinema, tiyatro vs. gibi umuma açık yerlerde, haklı bir sebep olmadıkça, bu yerleri işletenlerin dürüstlük kuralından doğan sözleşme yapma zorunluluğunun bulunduğu kabul edilir²². Fiili tekel durumundaki özel kişiler de dürüstlük kuralı nedeniyle, haklı bir sebep olmadıkça sunduğu mallar ve hizmetlere yönelik talepleri karşılamaktan kaçınamazlar. Bu durumun

¹⁹ İ. Yılmaz Aslan, Rekabet Hukuku, 4. bs., Bursa, 2007, s. 801; Pelin Güven, Rekabet Hukuku, 2. bs., Ankara, 2008, s. 641-642; Nurkut İnan/Mehmet B. Piker, Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, 2007, s. 97; Ali Arıöz/Özgür Can Özbek, “Hakim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama: Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar”, Hakim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ed. Kerem Cem Sanlı, İstanbul, 22 Haziran 2010, s. 371-418; Ali Demiröz, “Sözleşme Yapayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları”, Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, 17-18 Nisan 2009, s. 317 vd; Osman Berat Gürzumar, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü: Hakim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınma Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara, 2006, s. 217 vd; Ayrancı, Zorunluluk, s. 239-240; Oğuzman/Öz, s. 184.

²⁰ Oğuzman/Öz, s. 186.

²¹ Eren, Borçlar Genel, s. 302-303; Kocayusufpaşaoğlu, s. 514.

²² M. Kemal Oğuzman/Nami Barlas, Medeni Hukuk, 19. bs., İstanbul, 2013, s. 292; Mustafa Dural/Suat Sarı, Türk Özel Hukuku C. 1: Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 8. bs., İstanbul, 2013, s. 235; Oğuzman/Öz, s. 185. Bazı yazarlar ise, umuma açık yerlerin sundukları mal ve hizmetler bakımından genele öneri yaptıklarını (eBK m. 7/3; TBK m. 8/2) ve bu öneriyi kabul eden herkesle sözleşme yapmak zorunda olduklarını savunmaktadırlar. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 366; Eren, Borçlar Genel, s. 307. Bu görüşün kabul edilebilmesi için, umuma açık işletmelerin mal sergilemiş sayıldıklarının kabul edilmesi gerekir. Zira “Herkesle açık öneri” başlığı taşıyan TBK m. 8/2’ye göre: “Fiyatını göstererek mal sergilenmesi veya tarife, fiyat listesi ya da benzerlerinin gönderilmesi, aksi açıkça ve kolaylıkla anlaşılmadıkça öneri sayılır.”. Kanaatimizce sinema, tiyatro vs. gibi umuma açık yerlerde bir mal sergilenmediği için, burada bir öneri değil, olsa olsa bir öneriye davet söz konusudur. Kocayusufpaşaoğlu, s. 516-517; Oğuzman/Öz, s. 187; Antalya, Borçlar, s. 173.

tipik örneği, bir kasabada bulunan tek ekmek fırınının haklı bir sebep olmadıkça ekmek satmaktan kaçınamayacak olmasıdır²³.

Dürüstlük kuralı bir sözleşmenin yapılmasını mecburi kılıyor ve buna rağmen sözleşme yapmaktan kaçınılıyorsa, bu kaçınmadan zarar görenin zararlarının tazminini talep edebileceği²⁴ ve hatta sözleşme kurma yükümlülüğünün aynen ifası için mahkemeye başvurarak bir karar alabileceği ileri sürülmektedir²⁵, ²⁶. Sözleşme kurmaktan kaçınmanın dürüstlük kuralı uyarınca hakkın kötüye kullanılması sayılıp, sözleşmenin baştan itibaren kurulmuş sayılması tarzındaki bir çözüm ise, haklı olarak, kabul edilmemektedir. Zira dürüstlük kuralı bazı hallerde kesin hükümsüzlük yaptırımını değiştirip, sözleşmeyi düzeltse de; bir sözleşmenin bulunmadığı hallerde, dürüstlük kuralıyla dahi ortada bir sözleşme varmış gibi hareket edilemez²⁷. Bazı yazarlar ise bu durumu, kasten ahlaka aykırı davranışla başkasına zarar verme niteliğinde bir haksız fiil olarak değerlendirmektedirler (TBK m. 49/2)²⁸. Bu halde hâkimin aynen veya para şeklinde bir tazminata hükmetmesi mümkün olabilir (TBK m. 51/1)²⁹. Bunun yanı sıra bir kanun hükmü (konumuz bakımından TBK m. 49/2) belirli bir davranışa tazminat yaptırımını bağlamışsa, bundan örtülü biçimde bu davranışı yasakladığı (konumuz bakımından sözleşmenin yapılmasını emrettiği) sonucunun çıkarılması gerektiği de ileri sürülmektedir³⁰. Sözleşme yapmaktan kaçınmanın kişilik haklarına bir saldırı teşkil ettiği hallerde (TMK m. 24), kusur ve zarar şartları aranmaksızın TMK m. 25'de düzenlenen saldırıya son verilmesi veya saldırının önlenmesi davalarının açılabilceği de ileri sürülmektedir³¹.

²³ Oğuzman/Öz, s. 186; Oğuzman/Barlas, s. 292; Ayrancı, Zorunluluk, s. 242-244; Reisoğlu, s. 133, dn. 1; Antalya, Borçlar, s. 262, Eren, Borçlar Genel, s. 303-304, 306; Ayan, Borçlar Genel, s. 7; Dural/Sarı, s. 235; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 365.

²⁴ Oğuzman/Öz, s. 186-187; Ayan, Borçlar Genel, s. 7.

²⁵ Oğuzman/Öz, s. 187. Ayrancı ise, sözleşme kurma talebini reddetmek hakkın kötüye kullanılması niteliğindeyse, bu durum hukuka aykırı olduğundan, TBK m. 49/1'e göre haksız fiili tazminatı talep edebileceğini ileri sürmektedir. Ayrancı, Zorunluluk, s. 249

²⁶ Yalnızca son çare olarak dürüstlük kuralına dayanan yazarlar için bkz. Antalya, Borçlar, s. 263; Kocayusufpaşaoğlu, s. 512.

²⁷ Oğuzman/Öz, s. 186.

²⁸ Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri C. 1/1, 6. bs., İstanbul, 2008, s. 11; Eren, Borçlar Genel, s. 304, 306; Ayrancı, Zorunluluk, s. 241-242, 246-274; Erman, s. 607-608; Zevkililer/Gökyayla, s. 8.

²⁹ Ayrancı, Zorunluluk, s. 248-249; Eren, Borçlar Genel, s. 306-307. Son yazara göre, aynen tazmin usulü çoğu zaman pratik olmaktan uzak olduğu için, genellikle para şeklindeki bir tazminata hükmedilecektir.

³⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 511-512. Yazara göre, ancak sözleşme yapmaktan kaçınma kişilik haklarına saldırı teşkil etmiyorsa bu esasa göre hareket edilmelidir.

³¹ Huguenin, s. 23; Antalya, Borçlar, s. 262-263; Kocayusufpaşaoğlu, s. 511; Ayrancı, Zorunluluk, s. 249. Ancak Medicus/Lorenz, lokanta sahibi irkçılık yaparak siyahi bir kişiye hizmet etmeyi reddettiği bir durumda, başka bir lokantaya kolaylıkla ulaşabilme imkânı varsa, karşı tarafa sözleşmenin kurulmasını sağlamak üzere bir dava hakkı tanınmasının yerinde olmadığını ileri sürmektedirler. Bu yazarlara göre, bu durumda, istemeksizin servis yapan lokantacı ile bu şartlar altında kendisini rahat hissetmeyen müşteri karşı karşıya getirilmiş olur. Medicus/Lorenz, s. 41.

Sözleşme yapma zorunluluğunun söz konusu olabileceği bir diğer halde, bir kişinin ileride belirli bir sözleşmeyi yapmayı vaat ettiği hallerdir³². Bu vaat, sözleşmenin diğer tarafı lehine yapılabileceği gibi, bir üçüncü kişi lehine yapılmış da olabilir³³. Bu vaadin yer aldığı sözleşme TBK'da ön sözleşme olarak adlandırılmaktadır (TBK m. 29). Ön sözleşmede yalnızca bir tarafın bu tür bir vaade bulunması mümkün olduğu gibi, her iki tarafın karşılıklı olarak vaatte bulunmaları da mümkündür³⁴. Ancak ön sözleşmenin karşılıklı vaatleri içermesi halinde bunun asıl sözleşmeden bir farkının kalmadığını ileri sürenler de mevcuttur³⁵. Kanaatimizce bu halde de ortada bir ön sözleşmenin bulunduğu kabul edilmelidir. Zira sözleşme özgürlüğü ilkesi burada da geçerli olduğundan, tarafların ileride asıl sözleşmeyi kurmaya yönelik karşılıklı beyanlarda bulunmaları mümkündür³⁶. Ayrıca asıl sözleşme olarak yapılacak olması halinde geçersiz olacak pek çok sözleşme, ön sözleşme olarak geçerli bir biçimde yapılabilir. Örneğin, bir kimse bir taşınmazın henüz parsellenip bağımsızlık kazanmamış belirli bölümünü satmak ve bir başka kişi de bunu satın almak isteyebilir. Bu durumda satış konusu taşınmaz henüz hukuken belirli olmadığından, tarafların tapu sicil memuru huzurunda resmi satış sözleşmesini yapmaları mümkün olmadığı halde, noterde bir taşınmaz satış vaadi sözleşmesi yapmaları mümkündür³⁷. Bu ve bu gibi hallerde tarafların karşılıklı vaatte buldukları ön sözleşmelerin asıl sözleşmeden bir farkının kalmadığını söylemek mümkün değildir³⁸.

Bir ön sözleşme ile yapmayı taahhüt ettiği asıl sözleşmeyi yaptıktan kaçınan kişiye karşı dava açılabilir. Bu halde hâkimin davacı lehine vereceği hüküm, davalının irade beyanı yerine geçer³⁹.

³² Huguenin, s. 22; Doğan, s. 37; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 76; Antalya, Borçlar, s. 54, 264; Oğuzman/Öz, s. 188; Eren, Borçlar Genel, s. 307; Medicus/Lorenz, s. 37. Serbest iradenin ürünü olduğu için, bazı yazarlar, sözleşme yapma vadini sözleşme özgürlüğünü sınırlandıran bir hal olarak kabul etmezler. Erman, s. 603-604; Kocayusufoğlu, s. 100; Weiler, s. 55.

³³ Nicolas R. Herzog, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich, 1999, s. 68; Theo Guhl/Alfred Koller/Nicolas Druey, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. bs., Zürich, 1991, s. 102; Schwenzer, s. 162; Huguenin, s. 22; Hasan Ayrancı, Ön Sözleşme, Ankara, 2006, s. 161-168; Oğuzman/Öz, s. 188; Doğan, s. 63; Eren, Borçlar Genel, s. 308; Antalya, Borçlar, s. 264; Kocayusufoğlu, s. 104.

³⁴ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 219; Herzog, s. 65; Schwenzer, s. 162; Huguenin, s. 22; Oğuzman/Öz, s. 189; Eren, Borçlar Genel, s. 308; Kocayusufoğlu, s. 100; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 156-160; Doğan, s. 61; Antalya, Borçlar, s. 123, 264, 265; Weiler, s. 55.

³⁵ von Büren Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht: Allgemeiner Teil, Zürich, 1964, s. 214 Doğan, s. 34, dn. 12'den naklen.

³⁶ Bucher, s. 91; Kocayusufoğlu, s. 102; Doğan, s. 35-36; Antalya, Borçlar, s. 265.

³⁷ Ön sözleşmenin konusu belirli veya en azından belirlenebilir nitelikte olmalıdır. Herzog, s. 162; Huguenin, s. 22; Antalya, Borçlar, s. 266; Doğan, s. 148-149; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 123-124; Oğuzman/Öz, s. 189; Eren, Borçlar Genel, s. 310, 311; Weiler, s. 55; Fikentscher/Heinemann, s. 82. Verdiğimiz örnekte ön sözleşmenin konusu belirli değilse de, en azından belirlenebilir niteliktedir.

³⁸ Kocayusufoğlu, Borçlar, s. 103-104; Oğuzman/Öz, s. 195-196; Eren, Borçlar Genel, s. 309-311; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 77.

³⁹ Halük, N. Nomer, Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 14. bs., İstanbul, 2015, s. 39-40; Oğuzman/Öz, s. 189-190. Kocayusufoğlu, s. 106; Ayan, Borçlar Genel, s. 8-9; Sirmen, s. 366; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 177. Bazı yazarlar ise, mahkeme hükmünün borçlunun irade beyanının yerine geçmeyeceğini, doğrudan doğruya asıl sözleşmeyi ku-

Ön sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde, aynen ifa davasının yerine sadece uğranılan zararların tazmini için bir dava açılabileceği de belirtilmektedir (TBK m. 112)⁴⁰. Özellikle aynen ifa davası açılmadan önce edimin ifası imkânsız hale gelmişse, artık bu davayı açmanın sağlayacağı bir yarar yoktur. Alacaklının bu gibi hallerde TBK m. 112'ye dayanarak tazminat talep edebileceği söylenebilirse de, borçlunun meydana gelen imkânsızlıktan sorumlu olmadığını ispat ederek tazminat ödemekten kurtulup kurtulamayacağı üzerinde durulması gereken önemli bir husustur. Şayet sözleşme zamanında kurulsaydı dahi, edimin ifasının imkânsızlaşacağı ve borçlunun bu imkânsızlıktan sorumlu olmayacağı ispat edilebilirse (TBK m. 136), borçlu tazminat ödemekten kurtulur; aksi takdirde edimin ifa edilmemesi nedeniyle alacaklının uğradığı zararları tazmin etmesi gerekir⁴¹.

2. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme özgürlüğünün ikinci görünüş şekli, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğüdür. Buna göre, hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda değildir ve kişi, sözleşme yapmak istediği kişiyi serbestçe tayin etme hakkına sahiptir⁴². Bu husus da TBK'da açıkça düzenlemiş olmasa da, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü olmaksızın sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir.

Sözleşme yapmama özgürlüğünün kısıtlandığı hallerde, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğünün de kısıtlanmış olduğu söylenebilir⁴³. Zira KİK ve DİK'de, idarenin ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapmak zorunda olduğu açıkça belirtildiği gibi, tekel durumundaki işletmeler de şartlara uygun bir biçimde kendisine öneride bulunan herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar.

racağını iddia etmektedirler. Doğan, s. 177-178; Antalya, Borçlar, s. 267. Hatta öğretideki bir fikre göre, ön sözleşmeden doğan borcun ifa edilmemesi halinde alacaklı, sadece borçlunun irade beyanı yerine geçecek veya doğrudan asıl sözleşmeyi kuracak bir hükmün verilmesini değil, aynı zamanda asıl sözleşmeden doğacak hakkın kendisine geçirilmesini de talep edebilmektedir. Yargıtay tarafından da kabul edilen bu fikrin, teorik yönden uygun olmasa bile, usul ekonomisi ve pratikliği yönünden gerçeklere daha uygun düştüğü ileri sürülmektedir. Turhan Esener/Kudret Güven, Eşya Hukuku, 4. bs., Ankara, 2008, s. 195; Eren, Mülkiyet, s. 231; Eren, Borçlar Genel, s. 314-315; Antalya, Borçlar, s. 267; Kocayusufpaşaoğlu, s. 107-108, 514. Ayrancı da, taşınmaz satış vaatleri bakımından bu fikri benimsemektedir. Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 182. Ancak bu fikir, kanaatimizce de haklı olarak eleştirilmektedir. Zira bu çözüm, ön sözleşme ile asıl sözleşme arasındaki farkı tamamen ortadan kaldırmaktadır. Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 325. Diğer haklı gerekçeler için bkz. Doğan, s. 175-176.

⁴⁰ Ayan, Borçlar Genel, s. 9; Kocayusufpaşaoğlu, s. 108; Eren, Borçlar Genel, s. 315; Ayrancı, Ön Sözleşme, s. 186, dn. 761.

⁴¹ Eren, Borçlar Genel, s. 315; Kocayusufpaşaoğlu, s. 109.

⁴² Huguenin, s. 22; Erman, s. 603; Eren, Borçlar Genel, s. 315; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Aydoğdu/Kahveci, s. 14; Kocayusufpaşaoğlu, s. 505; Zevkililer/Gökyayla, s. 7; Kaplan, s. 19; Antalya, Borçlar, s. 54; Kırkbeşoğlu, s. 24; Eren, Borçlar Özel, s. 50; Yavuz/Acar/Özen, s. 15; Ateş, s. 41; Medicus/Lorenz, s. 32; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 8; Fikentscher/Heinemann, s. 70.

⁴³ Huguenin, s. 22; Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006, s. 47; Ayrancı, Zorunluluk, s. 236; Antalya, Borçlar, s. 54; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Kırkbeşoğlu, s. 25; Eren, Borçlar Genel, s. 315-316, Fikentscher/Heinemann, s. 71.

3. Sözleşmenin İçeriğini ve Tipini Belirleme Özgürlüğü ve Sınırları

Sözleşme özgürlüğünün bir diğer görünüm şekli de, sözleşmenin içeriği belirleme özgürlüğüdür. TBK m. 26'da, bir sözleşmenin taraflarının, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde, sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilecekleri düzenlenmiştir. Bu nedenle TBK'da yer alan hükümler emredici olmaktan çok tamamlayıcı ve yorumlayıcıdır⁴⁴.

Sözleşmenin içeriği kavramından ne anlaşılması gerektiği TBK'da açıkça belirtilmemiştir. Öğretide ise, tarafların yapmış oldukları sözleşme kapsamında, üzerinde anlaşmaya vardıkları her şeyin sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. Tarafların belirledikleri edim veya edimler, bu edimlerin nerede ve ne zaman ifa edileceği, yan edimler, yan yükümlülükler, sözleşmenin şekli, tarafların birbirlerine yapacağı ihbar ve ihtarların şekli, tarafların yapmaması gereken fiil ve davranışlar ve burada sayamayacağımız pek çok şey sözleşmenin içeriğine dâhildir. Hatta tarafların ortak amaçlarının da sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu kabul edilmektedir⁴⁶.

TBK m. 26'dan da açıkça anlaşılabilceği üzere sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, yalnızca bir tarafa değil, sözleşmenin tüm taraflarına tanınmış bir özgürlüktür. Zira taraflardan yalnızca birisinin sözleşme içeriğine dâhil olmasını istediği bir husus, ancak diğer tarafın da kabulüyle sözleşme içeriğine dâhil olur. Aksi takdirde taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez⁴⁷.

Ancak kanun bazı hallerde sözleşmenin taraflarından birisine, sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleme yetkisi tanımıştır. Öğretide TKHK m. 6/3'ün tüketiciye bu tür bir yetki tanıdığı ifade edilmektedir⁴⁸. Bu hükmün ilk iki fıkrasına göre vitrinde, rafta, elektronik ortamda veya açıkça görülebilir herhangi bir yerde teşhir edilen malın, satılık olmadığı belirtilen bir ibareye yer verilme-

⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 23; Aydoğdu/Kahveci, s. 16-17; Nomer, s. 60; Kocayusufpaşaoğlu, s. 535; Reisoğlu, s. 134; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 371. Aynı durum Alman Medeni Kanunu'nun (Bürgerliches Gesetzbuch-BGB) borç ilişkilerini düzenleyen kısmı bakımından da geçerlidir. Micahel Kittner, Schulrecht: Rectliche Grundlagen - Wirtschaftliches Zusammenhänge, München, 2001, s. 155; Medicus/Lorenz, s. 33; Weiler, s. 56, 57.

⁴⁵ Eren, Borçlar Genel, s. 317; Başpınar, s. 60; Kaplan, s. 27-28; Kırkbeşoğlu, s. 140; Ateş, s. 199.

⁴⁶ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 192; Huguenin, s. 59-60; Eren, Borçlar Genel, s. 317; Kocayusufpaşaoğlu, s. 534; Başpınar, s. 60; Kaplan, s.27; Kırkbeşoğlu, s. 140; Ateş, s. 199.

⁴⁷ Oğuzman/Öz, s. 72-73. Bir sözleşmenin meydana gelebilmesi için tarafların üzerinde anlaşmaları gereken asgari unsurlara sözleşmenin objektif esaslı noktaları adı verilir. Sözleşmenin bu asgari unsurlar dışındaki kısımları ise, ikinci derece noktalar olarak adlandırılır. Tarafların ikinci derece noktaları hiç görüşmemiş olmaları veya bu noktalar üzerinde anlaşmayı ileride bırakmış olmaları, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz (TBK m. 2/1). Ancak ikinci derecedeki noktalar taraflar arasında görüşülmüş ve bir anlaşmaya ya da en azından ileride belirlenmesi hususunda bir anlaşmaya varılmamışsa sözleşme kurulmaz. Bu şekilde sözleşmede yer alması gerekli ikinci derecede noktalara ise sübjektif esaslı noktalar adı verilir. Honsell/Vogt/Wiegand, s. 34, 59-60; Guhl/Koller/Druey, s. 100-101; Huguenin, s. 33-34; Turhan Esener, "Akitlerde Esaslı Noktalar İle İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi", AÜHF D, C. 16, S. 1-4, 1959, s. 270-274; Hüseyin Hatemi/Emre Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011, s. 29-30; Oğuzman/Öz, s. 72-73; Reisoğlu, s. 63-64; Nomer, s. 31-32, 34; Antalya, Borçlar, s. 165-166.

⁴⁸ Oğuzman/Öz, s. 24.

dikçe satışından kaçınılamayacağı gibi, hizmet sağlamaktan da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz. 3. fıkrada ise, ticari veya mesleki amaçlarla hareket edenlerin aksine bir teamül, ticari örf veya adet ya da haklı bir sebep bulunmadıkça bir mal veya hizmetin satışını o mal veya hizmetin, kendisi tarafından belirlenen miktar, sayı, ebat gibi koşullarla satın alınması şartına bağlayamayacağı düzenlenmiştir. Bu düzenlemelerden anlaşılması gereken şudur ki; istisnalar haricinde, teşhirdeki malın miktar ve ölçüsü ne olursa olsun, dürüstlük kuralına uygun olduğu müddetçe, tüketici bu maldan dilediği miktar, sayı ve süre için talepte bulunabilir.

Ayrıca uygulamada kanuni bir yetki söz konusu olmaksızın sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün tek taraflı olarak kullanıldığı haller de mevcuttur. Bu hallerde sözleşmenin taraflarından biri önceden sözleşmenin hükümlerini kısmen veya tamamen⁴⁹ belirlemekte, diğer tarafa ise yalnızca bu sözleşmeyi yapıp yapmama kararı kalmaktadır⁵⁰. TBK’da bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri *genel işlem koşulları* olarak adlandırılmaktadır (TBK m. 20/1-c.1). Sözleşmenin geri kalan hükümlerinin diğer taraf ile müzakere edilerek özel olarak belirlenmesi, bu sözleşmenin genel işlem koşulu içerdiği gerçeğini değiştirmemektedir. Kanun koyucu, bir tarafın hâkim durumunu kullanarak, ihtiyacı nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda olan diğer tarafa kabul ettirdiği genel işlem koşullarına karşı ihtiyatlı davranmış ve bunların geçerliliğini sıkı koşullara bağlamıştır. Her tür sözleşme bakımından genel işlem koşullarının tabi olduğu hükümler TBK m. 20-25’de ayrıntılı olarak düzenlenmişken, tüketici sözleşmelerindeki uygunsuz genel işlem koşulları “*Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar*” başlığı altında TKHK m. 5’de düzenlenmiştir.

Sözleşme içeriğini belirleme özgürlüğüyle bağlantılı olarak, borçlar hukukunda sözleşmenin tipini belirleme özgürlüğü de söz konusudur⁵¹. Bu nedenle taraflar kanunda düzenlenen ve tipik veya isimli sözleşmeler olarak adlandırılan sözleşmelerin dışında, başka sözleşmeler yapma hakkına da sahiptirler⁵². Bu tür sözleşmeler ise atipik veya isimsiz sözleşme olarak adlandırılmak-

⁴⁹ Öğretide, bir sözleşmenin tüm hükümlerinin bir tarafça belirlenmiş olduğu sözleşmeler, iltihakî sözleşme veya katılım - katılma sözleşmesi olarak adlandırılmaktadır. Oğuzman/Öz, s. 26; Reisoğlu, s. 70.

⁵⁰ Bu husus Comman Law hukukunda “take it or leave it” formülüyle ifade edilmektedir. Serozan, Özel, s. 45.

⁵¹ von Tuhr/Peter, s. 249; Huguenin, s. 58; Oğuzman/Öz, s. 23-24; Reisoğlu, s. 133; Nomer, s. 56; Erman, s. 604; Aydoğdu/Kahveci, s. 17-18; Kaplan, s. 20; Antalya, Borçlar, s. 55, 150, 268; Eren, Borçlar Genel, s. 316; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Koçayusufpaşaoğlu, s. 526-527; Eren, Borçlar Özel, s. 50; Ateş, s. 42-43; Michael Martinek, Moderne Vertragstypen: B. I, Leasing und Factoring, München, 1991, s.17; Brox/Walker, s. 32; Medicus/Lorenz, s. 32; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 8; Weiler, s. 56; Schlechtriem, s. 27; Fikentscher/Heinemann, s. 72.

⁵² Bir sözleşmenin kanunda yalnızca ismen zikredilmiş olması onu isimli sözleşme haline getirmez. Zira tüm unsurları hüküm ve sonuçlarıyla birlikte kanunda düzenlenen sözleşmelerin isimli sözleşme oldukları kabul edilmektedir. Saibe Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, İÜHF, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, s. 264 (İsimsiz Sözleşme); Alper Gümüş, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler C. 1, İstanbul, 2012, s. 4; Aral/Ayrancı, s. 54; Zevkliler/Gökyayla, s. 11; Eren, Borçlar Özel, s. 18.

tadır⁵³. İsimli sözleşmeler kendi aralarında karma, birleşik ve kendine özgü yapısı olan sözleşme olarak üçe ayrılırlar⁵⁴. Kanunda düzenlenen veya düzenlenmeyen çeşitli sözleşme tiplerine ait unsurların bir araya getirilmesiyle oluşan sözleşme, karma sözleşmedir⁵⁵. Otellerle yapılan sözleşmeler bu tip sözleşmelerin tipik bir örneğidir. Zira otel işletmecisi kira, hizmet ve satım sözleşmesinde yer alan edimleri yerine getirmeyi üstlenirken, karşı taraf bir miktar para ödeme borcunu üstlenir. Bazı yazarlarca karma sözleşmenin bir türü olduğu savunulan⁵⁶ birleşik sözleşmelerde ise taraflar, hukuki nitelikleri itibarıyla birbirinden ayrı ve bağımsız olan sözleşmeleri, birbirine bağlı hale getirerek yeni bir sözleşme oluştururlar⁵⁷. Bu sözleşmeler arasındaki işlevsel ve ekonomik bağ o kadar sığdır ki; her bir sözleşme bir diğerinin sebebi ve şartı olduğundan, her bir sözleşmenin varlık ve geçerliliği diğerinin varlık ve geçerliliğine bağlıdır⁵⁸. Örneğin, imalathanesini kiraya vermek isteyen kişi, kiracının belirli dönemlerde imal ettiği ürünlerden kendisine satmasını istiyor ve bir başkası da bu şartla kira sözleşmesini kurmayı kabul ediyorsa, taraflar arasında satım ve kira sözleşmesi şeklinde bir birleşik bir sözleşme kurulmuş olur. Kendine özgü yapısı olan sözleşmeler ise, kanunda düzenlenen sözleşmelerin taşıdığı unsurları kısmen veya tamamen içermezler ve kendine özgü öğeler taşırlar⁵⁹. Uygulamada sıklıkla rastlanan tek satıcılık sözleşmesi bu tür bir sözleşmedir.

⁵³ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 890; Honsell, s. 12; Guhl/Koller/Druey, s. 303; Oktay, İsimli Sözleşme s. 263; Aydoğdu/Kahveci, s. 18; Zevkliler/Gökyayla, s. 11; Antalya, Borçlar, s. 55, 150; Eren, Borçlar Genel, s. 316; Eren, Borçlar Özel, s. 18; Aral/Ayranacı, s. 54; Yavuz/Acar/Özen, s. 19; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 56; Tandoğan, s. 12; Christoph Hirsch, Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 8. bs., Baden-Baden, 2013 s. 50; Martinek, s. 3; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 43; Brox/Walker, s. 32; Fikentscher/Heinamann, s. 39.

⁵⁴ Öğretide, isimli bir sözleşmenin kanunda öngörülen bir veya birkaç unsuruna yer verilmeyerek bir sözleşme yapıldığı hallerde de ortada isimli bir sözleşmenin bulunduğu savunulmaktadır. Bu tür isimli sözleşmeler ise eksik sözleşme olarak adlandırılmaktadır. Aydoğdu/Kahveci, s. 34; Gümüş, s. 13. Kanaatimizce bu son görüşe katılmak mümkün değildir. Zira isimli bir sözleşmenin kanunda öngörülen bir veya birkaç unsuruna yer verilmeyerek bir sözleşme yapıldığı hallerde de ortada tam anlamıyla isimli bir sözleşme bulunmaktadır.

⁵⁵ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 888; Guhl/Koller/Druey, s. 307; Oktay, İsimli Sözleşme s. 274; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 56. Eren ise, isimli sözleşmelerin unsurlarıyla isimli sözleşmelerin unsurlarından meydana getirilen sözleşmeleri, uygulamada yoğun bir biçimde kullanılıp kullanılmamalarına göre, kitlesel tipikleşmiş isimli sözleşme ya da atipik - bireysel isimli sözleşme olarak adlandırmaktadır. Eren, Borçlar Özel, s. 24.

⁵⁶ Honsell, s. 13; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 43. Bileşik sözleşmeyi eksik karma, karma sözleşmeyi ise tam karma olarak nitelendiren Serozan'ın da bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Serozan, Özel, s. 56, 73.

⁵⁷ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 891; Honsell, s. 13; Oktay, İsimli Sözleşme s. 275; Guhl/Koller/Druey, s. 308; Oğuzman/Öz, s. 47; Aral/Ayranacı, s. 61; Aydoğdu/Kahveci, s. 33; Eren, Borçlar Özel, s. 35; Zevkliler/Gökyayla, s. 21; Antalya, Borçlar, s. 151; Kırkbeşoğlu, s. 128, 129; Serozan, Özel, s. 62; Yavuz/Acar/Özen, s. 22; Tandoğan, s. 75-76; Westermann/Bydlinski/Weber, s. 43. Eren'e göre ise bileşik sözleşme bir isimli sözleşme değildir. Eren, Borçlar Özel, s. 23.

⁵⁸ Antalya, Borçlar, s. 151; Kırkbeşoğlu, s. 129; Eren, Borçlar Özel, s. 36, 38; Yavuz/Acar/Özen, s. 22; Aydoğdu/Kahveci, s. 33; Tandoğan, s. 76; Aral/Ayranacı, s. 61.

⁵⁹ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 891; Oktay, İsimli Sözleşme s. 275; Oğuzman/Öz, s. 48; Nomer, s. 56; Aydoğdu/Kahveci, s. 18; Tandoğan, s. 12, 13; Zevkliler/Gökyayla, s. 12;

Borç sözleşmeleri bakımından, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü sınırsız bir biçimde kabul edilmiş değildir. Bu özgürlüğe yönelik olarak getirilen temel sınırlama, konumuz bakımından taşıdığı önem nedeniyle aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz, TBK m. 27'de düzenlenmiştir⁶⁰.

4. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü

Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü aslında, sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün önemli bir parçasıdır. TBK m. 12'de sözleşmelerin geçerliliğinin, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı olmadığı açıkça belirtilmiştir. Bu halde kanuni istisnalar haricinde, taraflar sözleşmeyi istedikleri şekilde yapabilirler. Ancak taraflarca öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler de hüküm doğuramazlar (TBK m. 17/1).

Kanundan belirli bir şekilde yapılması öngörülen sözleşmenin bu şekle uyulmaksızın yapılması kesin hükümsüz olması sonucunu doğurur (TBK m. 12/2)⁶¹. Yani kanuni şekil şartının bulunduğu haller, sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğünün önemli bir istisnasını oluşturur.

5. Sözleşmenin İçeriğini Değiştirme veya Sözleşmeyi Ortadan Kaldırma Özgürlüğü

Nasıl ki, borç sözleşmeleri bakımından sözleşmenin içeriğini belirleme hususunda taraflar serbestse, yapılmış bir sözleşmenin içeriğini değiştirmek veya sözleşmeyi kısmen ya da tamamen ortadan kaldırmak hususunda da ser-

Aral/Ayrancı, s. 57; Antalya, Borçlar, s. 152; Yavuz/Acar/Özen, s. 28. Eren'e göre ise, kendine özgü unsurlarla birlikte yasada düzenlenmiş sözleşmelerin unsurlarını içeren sözleşmeler kendine özgü yapısı olan sözleşmelerden sayılmamalıdır. Eren, Borçlar Genel, s. 34. Daha önce belirttiğimiz gibi yazar uygulamada yoğun bir biçimde kullanılan bu tür sözleşmeleri kitlesel tipikleşmiş isimsiz sözleşme, aksi halde atipik ya da bireysel isimsiz sözleşme olarak adlandırmaktadır. Bkz. dn. 55.

⁶⁰ Sözleşmenin içeriğini ve tipini belirleme özgürlükleri borç sözleşmelerinin temel ilkeleri olsa da kişiler, aile, miras ve özellikle eşya hukuku alanındaki sözleşmelerde bu ilkeler geçerli değildir. Örneğin; aynı haklar TMK'da sınırlı bir biçimde sayılmıştır ve bunların dışında yeni bir aynı hak türü yaratmak mümkün değildir. Ancak kanunda sınırlı bir biçimde belirlenen aynı hakların içeriğini belirlemek bakımından kişilerin daha serbest bırakıldıkları görülmektedir. Bazı aynı hakların (örneğin irtifaklarda) içeriğini belirleme özgürlüğü daha genişken, bazılarında (taşınmaz yükü) daha dardır. Mülkiyet ve rehinde ise içeriği belirleme özgürlüğü yalnızca belirli hususlara özgüdür. Sirmen, s. 40; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya, s. 23; Ünal/Başpınar, s. 112-113.

⁶¹ Öğretide ve uygulamada hâkim olan fikre göre, şekle aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür. Ancak şekle aykırılığı kesin hükümsüzlük yaptırımından kurtarmaya yönelik görüşler de mevcuttur. Buna göre, şekle aykırılıktan doğan geçersizlik, tamamen taraflar arasındaki bir geçersizlik olup; şekle aykırılık herkes tarafından değil, yalnızca sözleşmenin taraflarınca bir defa olarak ileri sürülebilir; hâkim tarafından da resen nazara alınmaz. Yine şekil eksikliğine rağmen, bilerek ve istenerek yapılan ifanın, tarafların bu korumadan vazgeçtikleri anlamına geldiği ve geçersiz sözleşmenin, ifa ile geçerlilik kazandığı ileri sürülmektedir. Honsell/Vogt/Wiegand, s. 120; Bucher, s. 169 vd.; Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Ankara, Yetkin, 1998, s. 143-147; Eren, Borçlar Genel, s. 291 vd. Son yazar, TBK m. 78/1'in, 288/3'ün ve TMK m. 166'nın bu görüşü doğrulayan hükümler olduğunu ileri sürmektedir. Eren, Borçlar Genel, s. 293.

besttirler⁶². Ancak bu serbestlik de, kural olarak, sözleşmenin her iki tarafının da kabulüyle kullanılabilecek bir haktır. Zira belirli bir sözleşme kapsamında bir tarafın vermiş olduğu sözleri tek yanlı olarak değiştirilmesi veya ortadan kaldırılması, kural olarak, mümkün değildir⁶³. Ancak güven ilişkisinin çok yoğun olduğu bazı sözleşmelerde, her iki tarafa da sözleşmeyi tek başına sona erdirmeye hakkı tanınmıştır. Vekâlet sözleşmesine ilişkin TBK m. 512'ye göre, vekâlet veren ve vekil her zaman için sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilirler (c.1)⁶⁴. Bunun yanı sıra sözleşmeyi sona erdirmeye hakkının kanunla tek tarafa tanınmış olduğu hallerde mevcuttur. Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin TBK m. 347/1, belirli süreli sözleşmelerde kiracının sözleşme süresinin bitiminden en az 15 gün önce bildirimde bulunmadığı hallerde, sözleşmenin aynı koşullarla bir yıl için uzatılmış sayıldığını kabul etmiştir. Kiraya veren ise, sözleşme süresinin bitimine dayanarak sözleşmeyi sona erdiremez⁶⁵.

Bazı kanuni düzenlemeler ise, sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüğünü ortadan kaldırmıştır. 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu'nda, bu tür sözleşmelerde işin süresi, süreye göre ödeme şartları, işin yapılma ve teslim yeri hariç olmak üzere (m. 15), ihale dokümanlarında yer alan şartlara aykırı düşecek değişikliklerin yapılamayacağı düzenlenmiştir (m. 4). Konut ve çatılı işyeri kiralaları hakkındaki TBK m. 343 ise, bu tür kira sözleşmelerinde, kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacağını düzenlemiştir.

Bazı hallerde sözleşmenin içeriğindeki değişikliklerin geçerliliği bazı koşullara bağlı tutulmuştur. Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin TBK m. 344/1'e göre, tarafların yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin anlaşmaları, ancak bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla geçerli olabilir (c. 1).

Son olarak, sözleşmedeki bazı değişikliklerin taraflardan birinin başvurusu üzerine ancak hâkim kararıyla yapılabileceği belirtilmelidir. Konut ve çatılı işyeri kiralalarına ilişkin TBK m. 344/2'ye göre, taraflarca yenilenen kira dönemlerinde uygulanacak kira bedeline ilişkin bir anlaşma yapılmamışsa, kira bedeli, bir önceki kira yılının üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla hâkim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir⁶⁶. Bunun yanı sıra borçlu, TBK m. 138/1'de belirtilen koşullar

⁶² von Tuhr/Peter, s. 249; Huguenin, s. 122; Kaplan, s. 20; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Antalya, Borçlar, s. 54; Kırkbeşoğlu, s. 24; Eren, Borçlar Genel, s. 316; Başpınar, s. 17; Eren, Borçlar Özel, s. 51; Yavuz/Acar/Özen, s. 16; Aydoğdu/Kahveci, s. 15; Ateş, s. 43; Arat, s. 44; Weiler, s. 56; Medicus/Lorenz, s. 263; Fikentscher/Heinemann, s. 176.

⁶³ Honsell/Vogt/Wiegand, s. 190; Hatemi/Gökyayla, s. 60; Aydoğdu/Kahveci, s. 15; Zevkliler/Gökyayla, s. 9; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 79; Ayan, Borçlar Genel, s. 11; Dural/Sarı, s. 239-240; Ateş, s. 61; Eren, Borçlar Özel, s. 51.

⁶⁴ Hükümün 2. cümlesine göre, uygun olmayan zamanda sözleşmeyi sona erdiren taraf, diğerinin bundan doğan zararını gidermekle yükümlüdür. TBK m. 512 hususunda ayrıntılı bilgi için bkz. Suat Sarı, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004, s. 64 vd.

⁶⁵ Bu hükümün 3. cümlesine göre, kiraya veren ancak, on yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

⁶⁶ Bu hükümün 3. fıkrasına göre, taraflarca bu konuda bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmele-

altında ifade aşırı bir güçlüğü düşmüşse, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkına sahiptir⁶⁷. Bu halde de sözleşmenin içeriği hâkim kararıyla değiştirilmektedir.

II. SÖZLEŞMENİN İÇERİĞİNİ BELİRLEME ÖZGÜRLÜĞÜNÜN SINIRLARI

“Sözleşmenin içeriği” başlığı altında TBK m. 27/1’de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz oldukları düzenlenmiştir. Bu hükümde sayılan hallerin sözleşmenin içeriğini sakatladığı kabul edilmekte ve bu haller dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri olarak adlandırılmaktadır⁶⁸. TBK m. 27/2’de ise, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği; ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağına açıkça anlaşıldığı hallerde, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir. Sözleşmenin kısmen kesin hükümsüz olmasına yol açan sebepler ise dar anlamda kısmi içerik sakatlığı sebepleri olarak adlandırılabilirler.

Geniş anlamda içerik sakatlığı sebeplerinin ise, TBK’da ve diğer kanunlarda sayılan sebeplerden oluştuğu ileri sürülmekte ve TBK m. 27’de sayılan hallerin bu anlamda da bir içerik sakatlığı sebebi olduğu belirtilmektedir⁶⁹. “Sözleşmenin içeriği” başlığı altında düzenlenen aşırı yararlanma (gabin) (TBK m. 28) başta olmak üzere burada incelemeye çalışma kapsamının elvermeyeceği birçok geniş anlamda içerik sakatlığı sebebi bulunduğundan, burada yalnızca dar anlamdaki içerik sebepleri incelenecektir⁷⁰.

A. Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık

Emredici hukuk kuralları, kişilerin kendi iradeleri doğrultusunda aksini kararlaştırmayacak oldukları ve mutlaka uyulması gereken kurallardır⁷¹. Az

rinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedeli, hâkim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde tutularak hakkaniyete uygun biçimde belirlenir. Her beş yıldan sonraki kira yılında bu biçimde belirlenen kira bedeli, önceki fıkralarda yer alan ilkelere göre değiştirilebilir.

4. fıkrada ise, kira bedelinin yabancı para olarak kararlaştırıldığı hallerde, aşırı ifa güçlüğü dışında beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamayacağı düzenlenmiştir (c. 1-2). Görüldüğü gibi bu halde de sözleşmenin içeriğini değiştirme özgürlüğü kısıtlanmıştır. Hükümün devamında 5 yıl geçtikten sonra kira bedelinin belirlenmesinde, yabancı paranın değerindeki değişiklikler de göz önünde tutularak üçüncü fıkra hükmü uygulanacağı düzenlenmiştir (c. 3). Bu halde de sözleşmenin içeriği ancak hâkim hükmüyle değiştirilebilir.

⁶⁷ Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkı da mevcuttur. Sürekli edimli sözleşmelerde ise borçlu, kural olarak dönme hakkı yerine fesih hakkına sahiptir (TBK m. 138).

⁶⁸ von Tuhr/Peter, s. 251; Mehmet Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005, s. 75; Başpınar, s. 103; Kırkbeşoğlu, s. 143-144.

⁶⁹ Başpınar, s. 104-105; Altunkaya, s. 75; Kırkbeşoğlu, s. 143-144.

⁷⁰ Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün sınırları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. H. Kübra Erçoşkun Şenol, Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, İstanbul, 2106, s. 146-156.

⁷¹ von Tuhr/Peter, s. 251; Huguenin, s. 59; Kocayusufoğlu, s. 534; Erman, s. 609; Reisoğlu, s. 134; Oğuzman/Öz, s. 82; Nomer, s. 60; Antalya, Borçlar, s. 276; Kırkbe-

sayıda olsalar da TBK'daki bazı hükümler emredici niteliktedir. Ancak önemli olan, bir sözleşmenin yalnızca TBK'da düzenlenen emredici bir hükme aykırı olmaması değil, tüm kanunların emredici hükümlerine aykırı olmamasıdır. Yani herhangi bir kanunda yer alan emredici bir hükme aykırılık, sözleşmeyi kesin hükümsüz kılar⁷².

Emredici hukuk kurallarının yanı sıra öğretide yasaklayıcı hukuk kurallarından da söz edilmektedir⁷³. Emredici hükümler, tarafların sözleşme özgürlüğünü sınırlayarak bir ilişkiyi bizzat düzenler ve emredici bir hükümle düzenlenen bir konuda da ayrıca kanuni bir yasaklama söz konusu değildir. Örneğin, TBK 147'de sayılan ve 5 yıllık bir zamanaşımına tabi olan bir alacak, sözleşme taraflarınca 3 veya 7 yıllık bir zamanaşımına bağlanmış olsa dahi, TBK 148'in emredici hükmü nedeniyle bu alacak bakımından 3 veya 7 yıllık süre değil, 5 yıllık yasal süre uygulama alanı bulur. Yani TBK m. 148'de sözleşme özgürlüğü baştan sınırlandırılmıştır ve bu sınırlamanın aksine yapılmış bir sözleşmede TBK m. 146'daki yasal süre geçerli olur. Yasaklayıcı hükümlerde ise, sözleşme özgürlüğü baştan emredici bir hükümle sınırlandırılmış olmamasına rağmen, kanun koyucu belirli amaçlarla belirli davranışları yasaklamaktadır. Yasaklayıcı hükümlerin söz konusu olduğu hallerde TBK m. 27/1 nedeniyle kesin hükümsüz sayılan sözleşmenin veya sözleşme hükmünün yerini alabilecek bir düzenleme de mevcut değildir⁷⁴. Geniş anlamda emredici kanun hükümlerinin yasaklayıcı kanun hükümlerini de kapsamına aldığı, ancak dar ve teknik anlamdaki emredici hükümlerin yasaklayıcı hükümlerini içermediği belirtilmektedir⁷⁵.

Sadece bazı yasaklayıcı hükümler getirdikleri yasağa aykırı bir işlem yapılması halinde bu işlemi kesin olarak hükümsüzleştirirler de; kimi yasaklar işlemi geçersiz kılmayıp, başka bir yaptırımın uygulanmasına sebep olurlar. Bu yaptırım genellikle idari veya cezai niteliktedir. Bizim hukukumuzda ikinci gruptaki hükümler, düzen hükümleri olarak adlandırılmaktadır⁷⁶. Bazı yasaklayıcı hükümler, getirmiş oldukları yasağa aykırı bir işlem yapılması halinde bu işlemin geçersiz olacağını açıkça belirtmiş olmalarına rağmen, bazıları bu hususta açık değildir. Bu halde yasaklayıcı hükmün bir düzen hükmü olup olmadığına tespit etmek için hükmün amacı araştırılmalıdır. Yasaklayıcı hükmün amacı, yasağa rağmen yapılan işlemin geçersiz olmasıyla gerçekleşebiliyorsa, işlem geçersiz sayılmalıdır⁷⁷. Öğretideki bir fikre göre, yasaklayıcı hükmün anlam ve amacının hükümsüzlük dışındaki bir yaptırımı gerektirdiği ortaya konulmadığı müddetçe, sözleşmenin içeriğine ilişkin yasaklayıcı hükümlerde, kural olarak, kesin hükümsüzlük yaptırımına başvurmamak gerekir. Ancak sözleşmenin

şoğlu, s. 161; Eren, Borçlar Genel, s. 318; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 370; Ateş, s. 147; Schlechtriem, s. 38.

⁷² Huguenin, s. 59, 60; Kocayusufpaşaoğlu, s. 535; Oğuzman/Öz, s. 82.

⁷³ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, s. 536-544.

⁷⁴ Antalya, Borçlar, s. 278; Kocayusufpaşaoğlu, s. 536-537.

⁷⁵ Antalya, Borçlar, s. 277; Kirkbeşoğlu, s. 164; Kocayusufpaşaoğlu, s. 537; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 395.

⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, s. 538; Antalya, Borçlar, s. 278; Kirkbeşoğlu, s. 165.

⁷⁷ Nevzat Koç, "Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukuna Hükümsüzlük (= Butlan)", DEÜHFD, C. 2, S. 2, 1981, s. 152; Antalya, Borçlar, s. 278. Son yazara göre, hüküm özel hukuka ilişkin maddi bir hüküm değilse, tereddüt halinde, hükmün geçersizliğe sebep olmayacağı kabul edilmelidir. Antalya, Borçlar, s. 278.

içeriğine ilişkin olmayan yasaklayıcı hükümlerde doğrudan doğruya hükmün amacına bakarak bir sonuca varmak gerekir⁷⁸.

Bu halde düzen hükümleri hariç, geniş anlamda emredici hükümlere aykırılığın yaptırımını kesin hükümsüzlüktür (TBK m. 27/1). Bu ağır yaptırım nedeniyle bir hükmün emredici olup olmadığının tespiti büyük bir önem taşır. Aslında bir hukuk kuralının emredici olup olmadığı ifade biçiminden anlaşılabilirse de, bazı hükümlerin ifade biçimleri açık değildir. Bu takdirde kuralın dayandığı esas ve konulmasındaki amaç araştırılarak bir sonuca varılmalıdır⁷⁹. Kamu düzenini, ahlaki ve kişilik haklarını koruma amacı güden hükümlerin amaçları itibarıyla emredici oldukları kabul edilir⁸⁰. Ekonomik ve sosyal yönden zayıf olan kişileri koruma amacı güden hükümlerin de, kamu düzenini ve ahlaki yakından ilgilendirdikleri ve bu nedenle emredici oldukları kabul edilir⁸¹. Ancak bu hükümlerin korunmak istenen kişi aleyhine kullanılmayacak olması, emredici karakterlerinin nispi olduğunu göstermektedir. İşçiyi, tüketiciyi ve kiracıyı koruyan hükümler genellikle bu niteliktedir⁸².

Bir sözleşmenin emredici bir hukuk kuralını ihlal etmesi ise dört farklı şekilde gerçekleşebilir⁸³. İlk olarak, emredici bir kanun hükmü belirli bir sözleşmenin yapılmasını açıkça yasaklamış olabilir. Örneğin, TBK m. 115/1'de borçlunun ağır kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin bir anlaşmanın kesin hükümsüz olduğunu düzenlemiştir⁸⁴. İkinci olarak, bir sözleşmenin kurulması yasak olmamakla birlikte sözleşmenin içeriği emredici bir kurala aykırı olabilir. Örneğin, TBK'nın tanıdığı ve yapılmasına izin verdiği satım sözleşmesi-

⁷⁸ Guhl/Koller/Druey, s. 40; Kocayusufoğlu, s. 539. Son yazara göre, kesin hükümsüzlüğü uygulamanın kimseye bir yararın olmadığı hallerde hükmün bir düzen hükmü olduğu kabul edilmelidir. Ancak hükümde açıkça bildirilmiş olmasa bile, kamu yararının ağır bastığı hallerde mutlaka kesin hükümsüzlük yaptırımını uygulanmalıdır. Kocayusufoğlu, s. 539-543

⁷⁹ Guhl/Koller/Druey, s. 40; Huguenin, s. 60; Çiçek Ersoy, "Verstoss gegen ein Verbotgesetz gemäss § 134 BGB", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. 1, İstanbul, 2010, s. 932-939; Ateş, s. 149; Medicus/Lorenz, s. 43; Weiler, s. 57.

⁸⁰ Hatemi/Gökyayla, s. 73; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 370-371; Nomer, s. 60; Kocayusufoğlu, s. 534, 547; Oğuzman/Öz, s. 82-83; Reisoğlu, s. 134; Antalya, Borçlar, s. 277; Kırkbeşoğlu, s. 169; Eren, Borçlar Genel, s. 320; Başpınar, s. 126; Ateş, s. 149.

⁸¹ Hüseyin Hatemi, "BK. 19-20 ve TBK. 27'nin Karşılaştırılması", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), İstanbul, 3-4 Haziran 2011, s. 97 (BK 19); von Tuhr/Peter, s. 250; Oğuzman/Öz, s. 83; Antalya, Borçlar, s. 277.

⁸² Huguenin, s. 60; Oğuzman/Öz, s. 83; Kocayusufoğlu, s. 536; Kırkbeşoğlu, s. 35-36, 168; Medicus/Lorenz, s. 43. Eren bu tip hükümleri tek taraflı emredici normlar olarak adlandırmaktadır. Eren, Borçlar Genel, s. 319.

⁸³ von Tuhr/Peter, s. 251; Kocayusufoğlu, s. 533-534; Antalya, Borçlar, s. 277; Başpınar, s. 127.

⁸⁴ Aynı hükmün 2. ve 3. fıkralarında da kurulması yasak olan sözleşmeler düzenlenmiştir: Buna göre:

"Borçlunun alacaklı ile hizmet sözleşmesinden kaynaklanan herhangi bir borç sebebiyle sorumlu olmayacağına ilişkin olarak önceden yaptığı her türlü anlaşma kesin olarak hükümsüzdür.

Uzmanlığı gerektiren bir hizmet, meslek veya sanat, ancak kanun ya da yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütülebiliyorsa, borçlunun hafif kusurundan sorumlu olmayacağına ilişkin önceden yapılan anlaşma kesin olarak hükümsüzdür."

nin konusu, bir miktar uyuşturucu madde ise, bu sözleşme emredici bir hüküm ihlal etmektedir. Yine bir sözleşme taraflarının ortak amaçları nedeniyle de kanunun emredici hükümlerini ihlal edebilir. Zira sözleşme taraflarının güttükleri amaçlar da sözleşmenin içeriğine dâhildir⁸⁵. Örneğin, bir kişinin uyuşturucu ticareti sayesinde elde ettiği kara parayı, işletmesinde aklamayı amacıyla bir diğer kişiye ödünç olarak vermesi halinde bu tür bir hukuka aykırılık ortaya çıkar. Ancak bir sözleşmede yalnızca bir tarafın güttüğü amaç, sözleşmenin içeriğine dâhil değildir. Bu halde emredici bir hükmün ihlalini hedef alan amaç, tarafların ortak amacı olmalıdır. Aksi halde bizzat hukuka aykırı bir amaç gütmeyeceği ve karşı tarafın da hukuka aykırı bir amaçla hareket ettiğini bilmeyen bir kişi, yaptığı sözleşmenin kesin hükümsüz olması gibi ağır bir yaptırımla karşılaşır. Bu ise işlem güvenliğinin ortadan kalkması anlamına gelir⁸⁶. Sözleşmenin yalnızca bir tarafı böyle bir amaç taşıyor ve diğer taraf bu amacı bilmekle beraber bu amaca katılmıyorsa sözleşmenin kesin hükümsüz olup olmayacağına da tespiti gerekir. Bir fikre göre, yalnızca karşı tarafın hukuka aykırı bir amaç güttüğünü bilmek, kesin hükümsüzlük yaptırımının uygulanması için yeterlidir. Zira bu davranış karşı tarafın hukuka aykırı amacını örtülü olarak kabul etmek anlamına gelir⁸⁷. Son olarak, bir sözleşme kanuna karşı hile niteliği taşıyorsa, bu halde de dolandığı emredici hükümü ihlal etmiş sayılır⁸⁸. Kanunun yasakladığı bir hukuki sonuca ulaşmak amacıyla, ilgili hükümü dolanarak aynı sonucun başka bir yoldan elde edilmesini sağlayan bir hukuki işlemin yapılması halinde kanuna karşı hile söz konusu olur. Bu hususun tipik örneği, avukatlıktan men edilen bir kişinin, bir başkasının alacağını takip etmek amacıyla bu alacağı devralmasıdır⁸⁹.

B. Ahlak Aykırılık

Toplumun ahlaki esaslarını korumak adına kanun koyucu, çoğu halde ahlak kurallarına aykırı davranışları emredici hukuk kurallarıyla yasaklamıştır. Ancak her ahlak kuralı da bir hukuk kuralıyla korunmuş değildir. TBK m. 27/1 sayesinde, herhangi bir hukuk kuralında açıkça ifade edilmiş olmasa dahi, konusu ve amacı toplumun genel anlayışına aykırı olan sözleşmeler de kesin hükümsüz sayılırlar⁹⁰.

Bir toplumun sahip olduğu ahlaki esasları belirlemek oldukça güçtür. Zira belirli bir toplumdaki fertlerin ahlak anlayışları birbirinden farklı olabileceği gibi, toplumun tüm kesimlerince kabul gören bir ahlak kuralı da zamanla değişebilir⁹¹. Öğretide hâkim olan fikre göre, bir toplum içerisinde ortalama derecedeki makul ve dürüst kişilerin düşünce ve anlayışlarına aykırı düşen

⁸⁵ Bkz. dn. 46.

⁸⁶ Eren, Borçlar Genel, s. 322; Başpınar, s. 133-134; Kocayusufpaşaoğlu, s. 534.

⁸⁷ Başpınar, s. 134.

⁸⁸ Oğuzman/Öz, s. 82; Kocayusufpaşaoğlu, s. 534; Erman, s. 615; Koç, s. 152; Reisoğlu, s. 134; Antalya, Borçlar, s. 219, 277; Eren, Borçlar Genel, s. 323.

⁸⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 534; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 420-421; Koç, s. 163-164; Reisoğlu, s. 134-135; Antalya, Borçlar, s. 218; Eren, Borçlar Genel, s. 323; Oğuzman/Barlas, s. 279-280; Dural/Sarı, s. 232-233.

⁹⁰ Oğuzman/Öz, s. 85-86; Erman, s. 616; Antalya, Borçlar, s. 278; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 371.

⁹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 398-399; Kırkbeşoğlu, s. 172; Başpınar, s. 136; Erman, s. 324; Kılçoğlu, Genel Hükümler, s. 98; Ateş, s. 88-89

şeyler ahlaka aykırı sayılmalıdır⁹². Buna karşın bir diğer görüş, bu şekildeki soyut bir ahlak anlayışının esas alınmasına karşı çıkmakta ve başta anayasa olmak üzere diğer kanunların temelinde yatan etik değerlerden oluşan hukuki bir ahlak anlayışının esas alınması gerektiğini ileri sürmektedir⁹³. Üçüncü bir görüş ise yukarıda bahsedilen görüşlerin ahlaki belirlemek açısından esas aldıkları her iki kaynağı da benimsemektedir⁹⁴. Ancak birinci görüşün esas aldığı ahlak anlayışıyla hukuki ahlak çeliştiği zaman, hukukun üstünlüğü ilkesi gereği, hukuki ahlak anlayışının esas alınması gerektiği de belirtilmektedir⁹⁵. Biz de ilk iki görüşün bir karması olan bu son görüşe katılıyoruz.

Bir sözleşmenin sırf yapılmış olması doğrudan doğruya ahlaka aykırı olabileceği gibi, sözleşme içerdiği edimler itibarıyla de ahlaka aykırı olabilir⁹⁶. Bunun yanı sıra tarafların yaptıkları sözleşme ile güttükleri amaçlar da sözleşmenin içeriğine dâhil olduğundan⁹⁷, bu amaçtaki ahlaka aykırılık da sözleşmeyi kesin hükümsüz kılar⁹⁸. Ancak bunun için ahlaka aykırı amaç, sözleşmenin her iki tarafınca da güdülmelidir. Aksi halde bizzat ahlaka aykırı bir amaç gütmeyen ve karşı tarafın da ahlaka aykırı bir amaçla hareket ettiğini bilmeyen bir kişi, yaptığı sözleşmenin kesin hükümsüz olması gibi ağır bir yaptırımla karşılaşır. Bu ise, işlem güvenliğinin ortadan kalkması anlamına gelir⁹⁹. Taraflardan biri ahlaka aykırı bir amaç gütmemekle beraber, yalnızca karşı tarafın ahlaka aykırı amaç güttüğünü biliyorsa, bu halde de sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünden bahsedilmemesi gerektiği ileri sürülmektedir. Ancak karşı tarafın ahlaka aykırı amaçla hareket ettiğini bilmenin yanı sıra bu amacın teşvik edilmesi¹⁰⁰, bu amaca ulaşılmasının kolaylaştırılması¹⁰¹ veya bu amaç sayesinde fazladan bir çıkar elde edilmesi¹⁰² gibi hallerde sözleşmenin kesin hükümsüz olacağı da savunulmaktadır. Kanaatimizce de bu söylenenler doğrudur. Aksi halde mesleki faaliyetlerini sürdürmekten başka gayesi olmayan kişiler, sırf karşı tarafın ahlaka aykırı amaçlarını bildikleri için, işlem yapamaz duruma gelebilirler.

⁹² von Tuhr/Peter, s. 256; Huguenin, s. 60; Oğuzman/Öz, s. 85, dn. 132; Reisoğlu, s. 90; Başpınar, s. 136; Nomer, s. 61; Eren, Borçlar Genel, s. 323; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 98-99; Erman, 610; Koç, s. 154; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 398; Ateş, s. 200-202. Bu görüşte olan bazı yazarlara göre, hekimlik ve avukatlık gibi katı etik ilkelere sahip olan meslek grupları bakımından, o mesleğe ilişkin daha katı bir ahlak anlayışını esas almak mümkündür. von Tuhr/Peter, s. 256; Başpınar, s. 137; Ateş, s. 201.

⁹³ Bucher, s. 256; Hatemi/Gökyayla, s. 75.

⁹⁴ Kırkbeşoğlu, s. 173; Kocayusufpaşaoğlu, s. 553.

⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 553.

⁹⁶ Huguenin, s. 61; Oğuzman/Öz, s. 85-86; Reisoğlu, s. 138; Erman, s. 610-612; Nomer, s. 61; Başpınar, s. 137-138, 142-143; Antalya, Borçlar, s. 279; Kırkbeşoğlu, s. 173; Eren, Borçlar Genel, s. 325; Kocayusufpaşaoğlu, s. 554.

⁹⁷ Bkz. dn. 46.

⁹⁸ Guhl/Koller/Druey, s. 41; Huguenin, s. 61; Kırkbeşoğlu, s. 173; Eren, Borçlar Genel, s. 327; Koç, s. 155; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 99; Erman, s. 610-611; Oğuzman/Öz, s. 85-86; Reisoğlu, s. 138; Başpınar, s. 145; Nomer, s. 61; Antalya, Borçlar, s. 279; Kocayusufpaşaoğlu, s. 554, 556; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 399; Ateş, s. 224

⁹⁹ Oğuzman/Öz, s. 86; Başpınar, s. 146-147; Nomer, s. 62; Kırkbeşoğlu, s. 140, dn. 127, 174; Eren, Borçlar Genel, s. 326; Kocayusufpaşaoğlu, s. 556-557.

¹⁰⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 400-401; Oğuzman/Öz, s. 86; Kocayusufpaşaoğlu, s. 557; Nomer, s. 62; Ateş, s. 202.

¹⁰¹ Kenan Tunçomağ, *Türk Borçlar Hukuku: Genel Hükümler C. 1, 6. bs.*, İstanbul, 1976, s. 177.

¹⁰² Oğuzman/Öz, s. 86; Kocayusufpaşaoğlu, s. 557; Nomer, s. 62; Ateş, s. 202.

Öğretide sözleşme taraflarından birinin diğer tarafa nazaran sahip olduğu üstünlüğe dayanarak ona aşırı derecede zorlayıcı hükümleri kabul ettirmesi ve bu sayede kendisine aşırı yarar sağlaması halinde de bu sözleşmenin ahlaka aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰³. Buna karşın yalnızca sözleşmenin içeriğinin ve amacının ahlaka aykırılığa yol açabileceği; sözleşmenin kurulmasına ilişkin hal ve şartların ise ahlaka aykırılığa yol açamayacağı savunulmaktadır. Bu görüşte, bu gibi haller yalnızca irade sakatlıkları (TBK'nın yeni adlandırmasıyla yanılma, aldatma ve korkutma) (TBK m. 30-39) veya gabin (TBK'nın yeni adlandırmasıyla aşırı yararlanma) (TBK m. 28) hükümleri çerçevesinde ele alınmalıdır¹⁰⁴. Sözleşmenin kurulduğu hal ve şartlar da sözleşmenin içeriğine doğrudan doğruya etkide bulunduklarından¹⁰⁵, biz de ilk görüşe katılmayı uygun görüyoruz. Ancak somut olaylar bakımından irade sakatlıkları ve gabinle ahlaka aykırılık arasındaki sınırlara dikkat edilmesi gerektiği de belirtilmelidir. Zira bu hallerin kapsamına giren bir durum söz konusu olduğunda artık ahlaka aykırılık nedeniyle sözleşmenin kesin hükümsüzlüğü değil, bu hususlara ilişkin hükümlerin uygulanması gündeme gelir¹⁰⁶.

C. Kamu Düzenine Aykırılık

Kamu düzenini koruma amacı taşıyan hukuk kuralları, emredici bir nitelik taşıdıklarından, bu kuralları ihlal etmeye yönelik sözleşmeler, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle kesin hükümsüzdürler. Ancak bir sözleşme hiçbir kanun hükmünü ihlal etmemekle beraber, kamu düzenini ihlal ediyorsa bu halde de sözleşmenin kesin hükümsüz olması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁰⁷. Bir diğer görüş ise, yazılı olmayan emredici kamu düzeni kurallarından bahsedilemeyeceğini, aksi bir kabulün hukuki güvenlikle bağdaşmayacağını ileri sürmektedir¹⁰⁸. Buna karşın ahlak başta olmak üzere dürüstlük kuralı gibi

¹⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, s. 557-558; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 401; Ateş, s. 173.

¹⁰⁴ Bucher, s. 258-259. Ataay'ın da gabin bakımından bu görüşte olduğu anlaşılmaktadır. Aytekin Ataay, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi: Birinci Yarı, 4. bs., İstanbul, 1986, s. 253-254.

¹⁰⁵ Kocayusufpaşaoğlu, s. 558-559.

¹⁰⁶ Gabin hükümlerinin ahlaka aykırılığa ilişkin TBK m. 27 karşısında özel hüküm niteliğinde olduğu hususunda bkz. Burcu Kalkan, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004, s. 158.

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz, s. 83; Kocayusufpaşaoğlu, s. 548-550; Nomer, s. 60-61, 77; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 97; Antalya, Borçlar, s. 278.

¹⁰⁸ Hatemi/Gökyayla, s. 73-74, 76-77; Kırkbeşoğlu, s. 150. TBK m. 27/1'i karşılayan eski Borçlar Kanunu'nun (eBK) 20. maddesinin 1. fıkrasında kamu düzeninin kesin hükümsüzlük sebebi olarak gösterilmemiş olmasının bu görüşü doğruladığı ileri sürülmekteydi. Gerçekten de o dönemde kamu düzeni yalnızca eBK m. 19/2'de sözleşme özgürlüğünü kısıtlayan bir hal olarak düzenlenmiş, ancak bu sınırların aşılmasının yaptırımını gösteren eBK m. 20/1'de bu kavrama yer verilmemişti. Bu durumun kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğu hallerde kamu düzenine aykırılığın sözleşmeyi kesin hükümsüz kılmayacağına bir örnek olarak gösterilmekteydi. Hüseyin Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976, s. 39 vd. (Aykırılık). Her şeyden önce belirtilmelidir ki; eBK'nın bu düzenlemesi oldukça kötüydü; eBK m. 19/2'de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmayan sözleşmelerin geçerli oldukları, eBK m. 20/1'de ise konusu imkânsız, hukuka veya ahlaka aykırı olan sözleşmelerin geçersiz oldukları belirtilmişti. Bu düzenlemeler eBK m. 19/2'nin niteliği hususunda tartışmalara yol açmaktaydı. Kanunda açıkça düzenlenmemiş olduğu hallerde kamu düzenine aykırılığın sözleşmenin hükümsüzlüğüne

kanunda sadece genel olarak belirtilen ve içeriğini hâkimin belirleyecek olduğu pek çok kavramın bulunduğu ve bu durum hukuki güvenliğe aykırı görülmezken, burada hukuki güvenliğin ortadan kalktığını söylemenin isabetli sayılamayacağı da savunulmaktadır¹⁰⁹. Ayrıca Anayasa hükümlerinin özel hukukta uygulama alanı bulmasını sağlayan en önemli unsurun kamu düzeni kavramı olduğu¹¹⁰ ve kanunla açıkça düzenlenmemiş olduğu hallerde kamu düzeninin bulunmadığından söz etmemenin gereksiz bir sınırlama olduğu da belirtilmektedir¹¹¹. Kanaatimizce de bir sözleşme hiçbir kanun hükmünü ihlal etmese de, kamu düzenini ihlal ediyorsa kesin hükümsüzdür. Zira kamu düzeni temel olarak yasal düzenlemelerle tesis edilse de, kanunlar bu hususta tek başlarına yeterli olmazlar. Kanun koyucuyu TBK m. 27’de kamu düzeni kavramına yer vermeye iten düşünce de bu olmalıdır.

Kamu düzeninin toplumun temel yapısı ile önemli menfaatlerini koruyan kurallarla ortaya çıkan düzen olduğundan bahsedilmektedir¹¹². Belirli bir yerde bile zamanla değişebilmesi nedeniyle kamu düzeni kavramının sınırlarını belirlemek oldukça güçtür¹¹³. Ancak en azından toplumun barış ve huzur içerisinde sürdürdüğü ortak yaşamı ve kamu yararını ağır bir biçimde ihlal eden hallerin, kamu düzenini ihlal ettikleri söylenebilir.

D. Kişilik Haklarına Aykırılık

Kişilik haklarının en iyi şekilde korunması, modern hukuk sistemlerinin temel amaçlarından biridir. Bu nedenle kanunlarımızda kişiliği koruyan birçok düzenleme bulunmaktadır. TMK m. 23-25 bu tür düzenlemelerin örneklerindedir. TMK m. 23’de kimsenin kısmen de olsa hak ve fiil ehliyetinden, özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği ve özgürlüklerini hukuka veya ahlaka aykırı olarak sınırlamayacağı düzenlenmiştir (f. 1-2)¹¹⁴. Görüldüğü gibi bu hükümde

yalı açmayacağını iddia eden yazarlar, eBK m.19/2’nin yalnızca yorumlayıcı bir hüküm olduğunu ve hangi hükümlerin emredici olduğunu belirleme hususundaki kriterleri göstermekten başka bir amacının olmadığını ileri sürmekteydi. Hatemi, Aykırılık, s. 39 vd. Buna karşı çıkarak, eBK m. 19/2’nin, m. 20/1 ile birlikte ele alınması gerektiğini ve mevcut düzenleme karşısında, kanunî bir düzenlemeyle ele alınması olsa dahi kamu düzenine aykırılığın sözleşmeyi kesin hükümsüz kılacağını savunular da mevcuttu. Kocayusufpaşaoğlu, s. 548-549; Ateş, s. 158-159, 160. Nihayet tartışma yaratmaktan başka bir işe yaramayan eBK m. 19/2’ye, kanaatimizce de doğru olarak, TBK’da yer verilmemiş ve sözleşmenin içeriğini sakatlayan haller yaptırımıyla birlikte tek bir madde düzenlenmiştir. Aynı yönde; Ahmet M. Kılıçoğlu, Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler: Rapor, Ankara, TBBY, t.y., s. 17 (Eleştiri). Bu düzenlemede kamu düzenine aykırılığın sözleşmeyi kesin hükümsüz kılacağı da açıkça düzenlenmiştir. Ancak TBK’da, eBK m. 19’a benzer bir hükme yer verilmemiş olması Hatemi tarafından eleştirilmektedir. Hatemi, BK 19, s. 97-99.

¹⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 549.

¹¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, s. 501-502.

¹¹¹ Kocayusufpaşaoğlu, s. 549.

¹¹² Hatemi/Gökyayla, s. 74; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, s. 402; Kocayusufpaşaoğlu, s. 546; Koç, s. 156; Oğuzman/Öz, s. 83; Erman, s. 613; Nomer, s. 60; Reisoğlu, s. 135; Antalya, Borçlar, s. 280; Eren, Borçlar Genel, s. 320; Ateş, s. 153-154.

¹¹³ Oğuzman/Öz, s. 83; Kocayusufpaşaoğlu, s. 546; Erman, s. 613; Antalya, Borçlar, s. 280; Eren, Borçlar Genel, s. 320; Ateş, s. 157.

¹¹⁴ Öğretideki bazı yazarlar, bu hükmün yalnızca (hak ve fiil ehliyetleriyle) kişilerin özgürlüklerine ilişkin olduğunu savunmakta ve özgürlük kavramına girmeyen diğer kişilik hakları bakımından gereken düzenlemenin TBK m. 27’de yapıldığını ileri sürmektedir.

bir kişinin kişilik haklarını sınırlandıran veya ortadan kaldıran taahhütlerde bulunması yasaklanmıştır¹¹⁵.

Yapılan bir sözleşme, kişiliği koruyan TMK m. 23'e veya benzeri bir kanuni düzenlemeye aykırı ise, emredici hükümlere aykırılık söz konusu olur. Ancak bir sözleşme somut bir kanun hükmünü ihlal etmemesine rağmen, yine de kişilik haklarını ihlal ediyorsa, bu halde de sözleşme kesin hükümsüz olur¹¹⁶. Kişilik haklarını ihlal eden sözleşmeler çoğu halde ahlaka da aykırıdır. Sözleşmenin taraflarından birinin kişisel veya ekonomik özgürlüğünü aşırı derecede kısıtlayarak, onu çok uzun bir süre için bağlayan sözleşmeler, kişilik haklarına aykırı olduğu gibi, ahlaka da aykırıdır¹¹⁷. Ahlaka aykırı olmadığı,

ler. Mustafa Dural/Tufan Ögüz, Türk Özel Hukuku C. 2: Kişiler Hukuku, 13. bs., İstanbul, 2013, s. 145-146. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 393. Bu görüşe karşın, TMK m. 23'de kişilik haklarının kapsamına giren tüm kişilik değerleri bakımından, özgürce karar verme özgürlüğünden vazgeçilemeyeceği veya bu konuda hukuka ya da ahlaka aykırı düşecek şekilde sınırlama yapılamayacağına düzenlenmiş olduğu da savunulmaktadır. M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. bs., İstanbul, 2014, s. 184-185, 187 (Kişiler); Mehmet Ayan/Nürsen Ayan, Kişiler Hukuku, 5. bs., Konya, 2014, s. 73; Kocayusufoğlu, s. 566-567; Antalya, Borçlar, s. 281; Kırkbeşoğlu, s. 177-178; Ateş, s. 165. Biz de son görüşe katılmaktayız. Zira TMK m. 24-25'de tüm kişilik hakları koruma altına alınmışken, TMK m. 23'de sadece hak ve fiil ehliyetleriyle kişi özgürlüklerinin koruma altına alındığını söylemek mümkün değildir. Aynı yönde; Kocayusufoğlu, s. 567-568.

¹¹⁵ TMK m. 23 getirdiği yasaklara aykırılığın yaptırımını bildirmediğinden, bu hususta da birbirinden farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Kocayusufoğlu, s. 568-574. Ancak öğretilerde çoğunlukla benimsenen ve bizim de kabul ettiğimiz görüş, esnek hükümsüzlük görüşüdür. Buna göre TMK 23'ün yasaklayıcı hükmüne rağmen bir kişi, özgürlüklerini aşırı derecede kısıtlayan veya ortadan kaldıran bir sözleşme yapılmışsa, bu sözleşme TBK m. 27/1'e göre kesin hükümsüzdür. Ancak bu hükümsüzlük yalnızca kişilik hakları çığnayan kişi lehine uygulanmalı, aksi halde bu yaptırımın uygulanmayacağı kabul edilmelidir. Yani TMK m. 23 ile korunmak istenen taraf kesin hükümsüzlüğü ileri sürebilmeli, diğer taraf ise buna dayanmamalıdır. Hâkim de TMK m. 23 ile korunan kişi lehine kesin hükümsüzlüğü resen göz önüne alabilmelidir. Bucher, s. 256; Huguenin, s. 64; Nomer, s. 61; Antalya, Borçlar, s. 102, 105, 282; Kırkbeşoğlu, s. 178-180; Eren, Borçlar Genel, s. 335-336; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 97; Kocayusufoğlu, s. 571-572, 592-593; Ateş, s. 168; Roland Michael Beckmann, Nichtigkeit und Personenschutz, Tübingen, 1998, s. 274-293.

¹¹⁶ Oğuzman/Öz, s. 84; Nomer, s. 61.

¹¹⁷ Guhl/Koller/Druey, s. 41; Saibe Oktay, "Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni", İÜHF M, C. 55, S. 3, 1997, s. 209; Jale G. Akipek/Turgut Akın-türk/Derya Ateş-Karaman, Türk Medeni Hukuku C. 1: Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2011, s. 358-359; Rona Serozan, Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. bs., İstanbul, 2013, s. 457 (Giriş-Kişiler); Oğuzman/Şeliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 188-189; Kırkbeşoğlu, s. 180-181; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 391, 392, 576; Oğuzman/Öz, s. 84, 87; Nomer, s. 61; Koç, s. 155, 156; Kocayusufoğlu, s. 531, 574-577; Erman, s. 611; Eren, Borçlar Genel, s. 324; Ateş, s. 167, 238 vd. Bu tür sözleşmeler öğretilerde kelepçeleme, kısıktırak bağlama, boğazlama (Serozan'ın özgün deyişiyle cendere veya tıkaç) sözleşmeleri olarak adlandırılmaktadır. Honsell/Vogt/Wiegand, s. 201; Akın Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması), Ankara, 2012, s. 99 vd; Serozan, Giriş-Kişiler, s. 461; Kocayusufoğlu, s. 574; Nomer, s. 61; Antalya, Borçlar, s. 281; Kırkbeşoğlu, 184; Oğuzman/Şeliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler, s. 188. Bir sözleşmenin ne zaman ahlaka ve kişilik haklarına aykırı sayılacağına belirli kriterleri bulunmadığından, somut olaya göre değerlendirme yapılmalıdır. Erman, s. 611.

hatta ahlaki değerlere dayandığı halde kişilik haklarına aykırı düşen sözleşmeler de yapılabilir. İki kardeşin yaşlı ebeveynlerine daha iyi bakabilmek için hiç evlenmeyeceklerini birbirlerine karşı taahhüt etmeleri, öğretide bu hususta verilen örnektir¹¹⁸. Bu halde de sözleşme kişilik haklarına aykırılık nedeniyle kesin hükümsüz sayılmalıdır. Zira ahlaki bir amacı gerçekleştirmek için olsa dahi, kişilerin kişilik haklarından vazgeçmesi veya onları sınırlaması kabul edilemez.

Kişilik haklarının kapsamına nelerin girdiğini teker teker belirlemek mümkün değildir. Zaten bu kapsam zaman içerisinde değişebilir. Bu nedenle kişilik haklarının neler olduğu ne TMK’da ne de TBK’da sınırlı bir biçimde belirtilmiş değildir¹¹⁹.

E. Başlangıçtaki İmkânsızlık

TBK m. 27/1’de kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı olan sözleşmelerin yanı sıra konusu imkânsız olan sözleşmelerin de kesin hükümsüz olduğu düzenlenmiştir. Sözleşme geçerli olarak kurulduktan ortaya çıkan imkânsızlık, TBK’nın başka hükümleriyle düzenlenmiş olduğundan, burada bahsedilen imkânsızlık, sözleşme kurulduğu anda mevcut olmalıdır. Bu nedenle bu tür imkânsızlık başlangıçtaki imkânsızlık olarak adlandırılmaktadır.

TBK m. 27/1’de başlangıçtaki imkânsızlığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olarak belirlenmesi öğretide, kanaatimizce de haklı olarak, eleştirilmektedir. Bazı hukuk sistemlerinde de başlangıçtaki imkânsızlık bir kesin hükümsüzlük sebebi olmaktan çıkarılmıştır¹²⁰. Bizim hukukumuz bakımından da başlangıçtaki imkânsızlığın kesin hükümsüzlük yaptırımından kurtulmasını sağlayacak pek çok teori ortaya atılmaktadır¹²¹.

¹¹⁸ Oğuzman/Öz, s. 84; Reisoğlu, s. 136.

¹¹⁹ Abdülkadir Arpacı, *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 2. bs., İstanbul, 2000, s. 107; Serap Helvacı, *Gerçek Kişiler*, 3. bs., İstanbul, 2010, s. 97-98; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 388; Dural/Öğüz, s. 100-101; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, *Kişiler*, s. 157-158; Ayan/Ayan, s. 58-59; Akipek/Akıntürk/Ateş-Karaman, s. 345; Serozan, *Giriş-Kişiler*, s. 453-454.

¹²⁰ Reform öncesinde Alman hukukunda da başlangıçtaki imkânsızlığa kesin hükümsüzlük yaptırımını bağlanmış olmasına rağmen (Eski BGB § 306), reform sonrasında başlangıçtaki imkânsızlığın sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir. Başlangıçtaki imkânsızlığa ilişkin BGB § 311 a/1’de daha sözleşmenin kurulduğu andan beri mevcut olan bir imkânsızlık nedeniyle borçlunun BGB § 275/1-3 uyarınca asli edimi yerine getirmek zorunda olmamasının sözleşmenin geçerliliğini etkilemeyeceği kabul edilmiştir. Paul Popescu, *Kein positives Interesse bei Anfänglicher Unmöglichkeit und Anfänglich unbehebbarer Mängel*, Baden-Baden, 2012, s. 16-18; Simonida Cekovic-Vuletic, *Haftung Wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechts modernisierungsgesetz*, München, 2003, s. 4; Sebastian Jäpel, *Rechtliche Unmöglichkeit und Gesetzliches Verbot*, Baden-Baden, 2014, s. 49-56; Britta Kley, *Unmöglichkeit und Pflichtverletzung*, Berlin, 2001, s. 183-189; Eric Wagner, *Studien zum Recht der Unmöglichkeit*, Baden-Baden, 2007, s. 94; Andrea Fehre, *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung*, Berlin, 2005, s. 24-25; Volker Emmerich, *Das Recht Der Leistungsstörungen*, 6. bs., München, 2005, s. 22; Lothar Haas ve diğerleri, *Das neue Schulrecht*, München, 2002, s. 5-6, 85; Holger Wentland, “Yeni Alman Borçlar Hukuku”, Çev. Mustafa Aksu, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul, 2004, s. 359-361.

¹²¹ Bu hususta bkz. Ercoşkun-Şenol, s. 193-206.

SONUÇ

Hukuk sistemimiz kişilerin irade özgürlüğüne sahip olduğunu temel bir ilke olarak benimsemiştir. İrade özgürlüğünün borçlar hukuku alanına yansıma şekli sözleşme özgürlüğüdür. Bu ilke sayesinde kişiler borç ilişkilerini, hukuk düzeninin sınırları içerisinde yapacakları sözleşmelerle özgürce düzenleyebilmektedirler.

Sözleşme özgürlüğünün görünüm şekillerinden biri de sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğüdür. TBK m. 26'da, bir sözleşmenin taraflarının, kanunda öngörülen sınırlar içerisinde, sözleşmenin içeriğini özgürce belirleyebilecekleri düzenlenmiştir.

Sözleşmenin içeriği kavramından ne anlaşılması gerektiği TBK'da açıkça belirtilmemişse de, öğretilerde, tarafların yapmış oldukları sözleşme kapsamında, üzerinde anlaşmaya vardıkları her şeyin sözleşmenin içeriğine dâhil olduğu ifade edilmektedir. Hatta tarafların ortak amaçları da sözleşmenin içeriğine dâhildir.

Sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğü, yalnızca bir tarafa değil, sözleşmenin tüm taraflarına tanınmış bir özgürlüktür. Zira taraflardan yalnızca birisinin sözleşme içeriğine dâhil olmasını istediği bir husus, ancak diğer tarafın da kabulüyle sözleşme içeriğine dâhil olur. Aksi takdirde taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez. Ancak kanun bazı hallerde sözleşmenin taraflarından birisine, sözleşme içeriğini tek taraflı olarak belirleme yetkisi de tanımıştır (TKHK m.6/3). Ayrıca uygulamada kanuni bir yetki söz konusu olmaksızın sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün tek taraflı olarak kullanıldığı haller de mevcuttur. Bu hallerde sözleşmenin taraflarından biri, sözleşmenin içeriğini kısmen veya tamamen belirlemekte, diğer tarafa ise yalnızca bu sözleşmeyi yapıp yapmama kararı kalmaktadır. Kanun koyucu, bir tarafın, hâkim durumunu kullanarak, ihtiyacı nedeniyle sözleşmeyi yapmak zorunda olan diğer tarafa kabul ettirdiği sözleşme içeriğine karşı ihtiyatlı davranmış ve bunun geçerliliğini sıkı koşullara bağlamıştır (TBK m. 20-25, TKHK m. 5).

Her ne kadar sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünün bulunduğu kabul edilse de, bunun bazı sınırları da mevcuttur. Bu husustaki en genel sınırlama TBK m. 27'de yapılmıştır. Bu hükmün ilk fıkrasında kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı veya konusu imkânsız olan sözleşmelerin kesin hükümsüz oldukları belirtilmiştir. Sözleşmenin içeriğini sakatlayan bu haller dar anlamda içerik sakatlığı sebepleri olarak da adlandırılmaktadır TBK m. 27/2'de ise, sözleşmenin içerdiği hükümlerden bir kısmının hükümsüz olmasının, diğerlerinin geçerliliğini etkilemeyeceği; ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağını açıkça anlaşıldığı hallerde, sözleşmenin tamamının kesin olarak hükümsüz olacağı düzenlenmiştir.

Hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı sözleşmelerin kısmen veya tamamen kesin hükümsüz olması yerindedir. Ancak başlangıçtaki imkânsızlığın yaptırımının da kesin hükümsüzlük olması, kanaatimizce de haklı olarak, eleştirilmekte ve başlangıçtaki imkânsızlığı kesin hükümsüzlük yaptırımından kurtulmasını sağlayacak pek çok teori ortaya atılmaktadır.

KISALTMALAR

AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
bkz.	: Bakınız
bs.	: Baskı
c.	: Cümle
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
DEÜHF	: Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
DİK	: 2886 sayılı Devlet İhale Kanunu
dn.	: Dip not
eBK	: 818 sayılı eski Borçlar Kanunu
Ed.	: Editör
f.	: Fıkra
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
KİK	: 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu
m.	: Madde
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
t.y.	: Tarih yok
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- Akipek, G. Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş-Karaman, Derya, Türk Medeni Hukuku C.1, Başlangıç Hükümleri - Kişiler Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2011.
- Altunkaya, Mehmet, Edimin Başlangıçtaki İmkânsızlığı, Ankara, 2005.
- Antalya, O. Gökhan, Miras Hukuku, İstanbul, 2009.
- Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. I, 2. bs., İstanbul, 2013. (Antalya, Borçlar)
- Aral, Vecdi, "Hukukta İrade Özgürlüğü", İÜHFM, C. 48, S. 1-4, 1982-1983, (s. 249-282).
- Arat, Ayşe, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara, 2006.
- Arıöz, Ali/Özbek, Özgür Can, "Hâkim Durumun Kötüye Kullanılmasının Sonucu Olarak Zorunlu Lisanslama, Değerlendirme Kriterleri ve Uygulanan Standartlar", Hâkim Durumun Kötüye Kullanılması Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Ed. Kerem Cem Sanlı, İstanbul, XII Levha, 22 Haziran 2010, (s. 371-418).
- Arpacı, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. bs., İstanbul, 2000.

- Aslan, İ. Yılmaz, Rekabet Hukuku, 4. bs., Bursa, 2007.
- Ataay, Aytekin, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, Birinci Yarım, 4. bs., İstanbul, 1986.
- Ateş, Derya, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Ankara, 2007.
- Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 8. bs., Konya, 2013. (Ayan, Borçlar Genel)
- Miras Hukuku, 7. bs., Konya, 2014.
- Ayan, Mehmet/Ayan, Nursen, Kişiler Hukuku, 5. bs., Konya, 2014.
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 2. bs., Ankara, 2014.
- Ayrancı, Hasan, "Sözleşme Kurma Zorunluluğu", AÜHFMD, C. 52, S. 3, 2003, (s. 229-252). (Ayrancı, Zorunluluk)
- Ön Sözleşme, Ankara, 2006.
- Başalp, Nilgün, "Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hâkimin Müdahalesi Yoluyla Korunması, İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler", Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul, 2011, (s. 221-238).
- Başpınar, Veysel, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998.
- Beckmann, Roland Michael, Nichtigkeit und Personenschutz, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998.
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich, Allgemeines Schuldrecht, 38. bs., München, 2014.
- Bucher, Eugen, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Delictrecht, 2. bs., Zürich, 1988.
- Cekovic - Vuletic, Simonida, Haftung Wegen Unmöglichkeit nach dem Schuldrechts modernisierungsgesetz, München, 2003.
- Demiröz, Ali, "Sözleşme Yapayı Reddetme Bağlamında Hâkim Durumdaki Teşebbüslere Getirilen Yükümlülüklerin Sınırları", Rekabet Hukukunda Güncel Gelişmeler Sempozyumu VII, Kayseri, 17-18 Nisan 2009, (s. 317-395).
- Doğan, Gül, Ön Sözleşme (Sözleşme Yapma Vaadi), İstanbul, 2006.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan, Türk Özel Hukuku C. 2, Kişiler Hukuku, 13. bs., İstanbul, 2013.
- Dural, Mustafa/Öz, M. Turgut, Türk Özel Hukuku C. 4, Miras Hukuku, 8. bs., İstanbul, 2015.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, Türk Özel Hukuku C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, 8. bs., İstanbul, 2013.
- Emmerich, Volker, Das Recht Der Leistungsstörungen, 6. bs., München, 2005.
- Ercoşkun-Şenol, H. Kübra Borçlar Hukukunda Kısmi İmkânsızlık, İstanbul, 2016.
- Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, Ankara, 2011. (Eren, Mülkiyet)
- Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, Ankara, 2014. (Eren, Borçlar Özel)
- Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 18. bs. Ankara, 2015. (Eren, Borçlar Genel)

Erman, Hasan, "Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları", İÜHFİM, C. 38, S. 1-4, 1973, (s. 601-620).

Ersoy, Çiçek, "Verstoss gegen ein Verbotgesetz gemäss § 134 BGB", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan C. 1, İstanbul, 2010, (s. 927-950).

Erzurumluoğlu, Erzan, Sözleşmeler Hukuku, (Özel Borç İlişkileri), 3. bs., Ankara, 2013.

Esener, Turhan, "Akitlerde Esaslı Noktalar İle İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi", AÜHFİD, C. 16, S. 1-4, 1959, (s. 234-259).

Esener, Turhan/Güven, Kudret, Eşya Hukuku, 4. bs., Ankara, 2008.

Fehre, Andrea, Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung, Berlin, 2005.

Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas, Schuldrecht, 10. bs., Berlin, 2006.

Güven, Pelin, Rekabet Hukuku, 2. bs., Ankara, 2008.

Giger, Hans, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich, 1983.

Guhl, Theo/Koller, Alfred/Druey, Nicolas, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. bs., Zürich, 1991.

Gürzumar, Osman Berat, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Hâkim Durumun Rakiple Anlaşma Yapmaktan Kaçınma Suretiyle Kötüye Kullanılması, Ankara 2006.

Haas, Lothar v.d., Das neue Schulrecht, München, 2002.

Hatemi, Hüseyin, "BK. 19-20 ve TBK. 27'nin Karşılaştırılması", 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan), İstanbul, 3-4 Haziran 2011, (s. 97-100). (Hatemi, BK 19)

- Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul, 1976. (Hatemi, Aykırılık)

Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul, 2011.

Helvacı, Serap, Gerçek Kişiler, 3. bs., İstanbul, 2010.

Herzog, R. Nicolas, Der Vorvertrag im schweizerischen und deutschen Schuldrecht, Zürich, 1999.

Hirsch, Christoph, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. bs., Baden-Baden, 2013.

Honsell, Heinrich, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. bs., 1992.

Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Wiegand, Wolfgang, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Basel/Frankfurt am Main, 1996.

Huguenin, Clarie, Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 3. bs., Zürich/Basel/Genf, 2008.

İmre, Zahit/Erman, Hasan, Miras Hukuku, 11. bs., İstanbul, 2015.

İnan, Ali Naim/Ertas, Şeref/Albaş, Hakan, Türk Medeni Kanunu, Miras Hukuku, 8. bs., Ankara, 2012.

İnan, Nurkut/Piker, B. Mehmet, Rekabet Hukuku El Kitabı, Ankara, 2007.

Jäpel, Sebastian, Rechtliche Unmöglichkeit und Gesetzliches Verbot, Baden-Baden, 2014.

Joussen, Jakob, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 2. bs., Stuttgart, 2013.

Kalkan, Burcu, Türk Hukukunda Gabin, İstanbul, 2004.

Kaplan, İbrahim, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. bs., Ankara, 2007.

Kılıçoğlu, M. Ahmet, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2012.

- Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 17. bs., Ankara, 2013. (Kılıçoğlu, Genel Hükümler)

- Türk Borçlar Kanunu Tasarısına Eleştiriler, Rapor, Ankara, t.y. (Kılıçoğlu, Eleştiri)

Kırkbeşoğlu, Nagehan, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, İstanbul, 2011.

Kittner, Michael, Schulrecht, Rectliche Grundlagen – Wirtschaftliches Zusammenhänge, München, 2001.

Kley, Britta, Unmöglichkeit und Pflichtverletzung, Berlin, 2001.

Kocayusufoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. bs., İstanbul, 2014.

Koç, Nevzat, “Türk Medeni Hukukunda ve Roma Hukukuna Hükümsüzlük (= Butlan)”, DEÜHFD, C. 2, S. 2, 1981, (s. 127-172).

Kurşat, Zekariya, Paylı Mülkiyetin Sona Ermesi, İstanbul, 2008.

Küçükyağcı, Arzu, “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, C. 53, S. 4, 2004, (s. 101-124).

Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 19. bs., München, 2010.

Martinek, Michael, Moderne Vertragstypen, B. I, Leasing und Factoring, München, 1991.

Nomer, Haluk Nami, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 14. bs., İstanbul, 2015.

Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 19. bs., İstanbul, 2013.

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. 1, 13. bs., İstanbul, 2015.

Oğuzman, M. Kemal/Eşya Hukuku, İstanbul, 2011.

Seliçi, Özer/Oktay - Özdemir, Saibe, (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya) Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 14. bs., İstanbul, 2014. (Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Kişiler)

Oktay Saibe, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, IÜHFMD, C. 55, S. 1-2, 1995-1996, (s. 263-296). (Oktay, İsimsiz Sözleşme)

- “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, IÜHFMD, C. 55, S. 3, 1997, (s. 209-234).

Öztan, Bilge, Miras Hukuku, 6. bs., Ankara, 2014.

Popescu, Paul, Kein positives Interesse bei Anfänglicher Unmöglichkeit und Anfänglich unbehebbarer Mängel, Baden-Baden, 2012.

- Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 23. bs., İstanbul, 2012.
- Sarı, Suat, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, İstanbul, 2004.
- Schlechtriem Peter, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 5. Al., Tübingen, 2003.
- Schwenzer, Ingeborg, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. bs., Bern, 2009.
- Serozan, Rona, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. bs., İstanbul, 2006. (Serozan, Özel)
- Medeni Hukuk, Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 4. bs., İstanbul, 2013. (Serozan, Giriş-Kişiler)
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkyay, Miras Hukuku, 4. bs., Ankara, 2014.
- Sirmen, Lale, Eşya Hukuku, 2. bs., Ankara, 2014.
- Tandoğan, Haluk, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C, I/1, 6. bs., İstanbul, 2008.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/Akman, Sermet/Burcuoğlu Haluk, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 7. bs., İstanbul, 1993.
- von Tuhr, Andreas/Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts C. 1,
- Peter, Hans, 3. bs., Zürich, 1979.
- Tunçomağ Kenan, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler C. 1, 6. bs., İstanbul, 1976.
- Ünal, Akın, Kelepçeleme Sözleşmeleri (Sözleşmelerdeki Hükümler Sebebiyle Kişinin Ekonomik Özgürlüğünün Aşırı Derecede Sınırlanması), Ankara, 2012.
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 5. bs., Ankara, 2010.
- Wagner, Eric, Studien zum Recht der Unmöglichkeit, Baden-Baden, 2007.
- Weiler, Frank, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 2. bs., Baden-Baden, 2014.
- Wentland, Holger, "Yeni Alman Borçlar Hukuku", Çev. Mustafa Aksu, Prof. Dr. Ergun Özsunay'a Armağan, İstanbul, 2004, (s. 353-366).
- Westermann, Harm Peter/BGB – Schuldrecht, Allgemeiner Teil, 8. bs.,
- Bydlinski, Peter/Weber Ralph, Heidelberg/München/Landsberg/ Frecchen/Hamburg, 2013.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 9. bs., İstanbul, 2014.
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 14. bs., Ankara, 2014.