



**T.C.
SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI**

**TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ
İLKESİ VE SINIRLARI**

**Khalid Hikmat Haji HAJI
1630237066**

YÜKSEK LİSANS TEZİ

**DANIŞMAN
Doç. Dr. M. Fahrettin ÖNDER**

ISPARTA - 2018



SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



YÜKSEK LİSANS TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI

Tez Savunma Sınav Tutanağı 2

Öğrencinin Adı Soyadı	KHALID HIKMAT HAJI HAJI	
Anabilim Dalı	ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI	
Tez Başlığı	TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA AKİT SERBESTLİĞİ İLKESİ VE SINIRLARI	
Yeni Tez Başlığı ¹ (Eğer değişmesi önerildi ise)	Türk ve Irak Hukukunda Sözleşme Serbestisi İlkesi ve Sınırları	
Süleyman Demirel Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Lisansüstü Eğitim-Öğretim ve Sınav Yönetmeliği hükümleri uyarınca yapılan Yüksek Lisans Tez Savunma Sınavında Jürimiz 06/04/2018 tarihinde toplanmış ve yukarıda adı geçen öğrencinin Yüksek Lisans tezi için; ☒ OY BİRLİĞİ ☐ OY ÇOKLUĞU² ile aşağıdaki kararı almıştır. ☒ Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarılı bulunmuş ve tez KABUL edilmiştir. ☐ Yapılan savunma sınavı sonucunda aday başarısız bulunmuş ve tezinin REDDEDİLMESİ³ kararlaştırılmıştır.		
TEZ SINAV JÜRİSİ	Adı Soyadı/Üniversitesi	İmza
Danışman	Doç. Dr. M. Fahrettin ÖNDER SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ	
Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. BURCU ÖZKUL SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ	
Jüri Üyesi	Yrd. Doç. Dr. A. KÜRŞAT KARAUZ AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ	
Jüri Üyesi		
Jüri Üyesi		

¹ Tez başlığının DEĞİŞTİRİLMESİ ÖNERİLDİ ise yeni tez başlığı ilgili alana yazılacaktır. Değişme yoksa çizgi (-) konacaktır.

² OY ÇOKLUĞU ile alınan karar için muhalefet gerekçesi raporu eklenmelidir.

³ Tezi REDDEDİLEN öğrenciler için gerekçeli jüri raporu eklenmeli ve raporu tüm üyeler imzalamalıdır. Tezi reddedilen öğrenci, yeni tez konusu belirler.

T.C.



SÜLEYMAN DEMİREL ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü



YEMİN METNİ

Yüksek Lisans tezi olarak sunduğum “*Türk ve Irak Hukukunda Sözleşme Serbestisi İlkesi Ve Sınırları*” adlı çalışmanın, tezin proje safhasından sonuçlanmasına kadarki bütün süreçlerde bilimsel ahlak ve geleneklere aykırı düşecek bir yardıma başvurulmaksızın yazıldığını ve yararlandığım eserlerin Bibliyografya’da gösterilenlerden oluştuğunu, bunlara atıf yapılarak yararlanılmış olduğunu belirtir ve onurumla beyan ederim.

Khalid Hikmat Haji HAJI

25/2/2018

(HAJİ, Khalid Hıkmət Hacı, *Türk ve Irak Hukukunda Sözleşme Serbestisi İlkesi Ve Sınırları*, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2018)

ÖZET

Sözleşme serbestisi ilkesi en genel anlamda tarafların, sözleşmenin konu ve içeriğini serbestçe belirleyebilmesidir. Fakat her ne kadar böyle bir serbestinin varlığı tartışmasız olsa da, gerek Türk hukuku gerekse Irak hukukunda tarafların sözleşme konusunu belirleme durumuna bazı kısıtlamalar getirmiştir. Bu doğrultuda çalışmanın temel amacı, Türk ve Irak hukukunda sözleşme serbestisi ilkesi ve sınırlarını karşılaştırılmalı olarak belirlemektir.

Türk ve Irak hukuk sistemleri, aynı temelden, yani Roma hukuku kaynaklıdır. Türk Medeni Kanunu İsviçre'den, Irak Medeni Kanunu ise Mısır'dan alınmıştır. Ayrıca Irak kanun koyucusu kanunun yapım aşamasında İslam hukuku ve Batı doktrini arasında bağdaştırıcı bir orta yol izlemiştir. Türk Medeni Kanunu ve Irak Medeni Kanunu içerisinde Mecelle'den alınmış birçok ortak hüküm mevcuttur. Irak hukuk sisteminde Medeni Kanun'dan bağımsız ayrı bir Borçlar Kanunu bulunmamaktadır. Sözleşmeleri düzenleyen hükümler açısından ise, Irak ve Türk kanunları birçok noktada ortak düzenlemeler taşımaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmeler, Sözleşme Serbestisi , Sözleşme Serbestisi Sınırları, Irak Hukuku, Türk Hukuku, Medeni Hukuk, Borçlar Hukuku

(HAJI, Khalid Hikmat Haji, The Principle of the Contract Freedom in Turkish And Iraq Law and Limits, Yüksek Lisans Tezi, Isparta, 2018)

ABSTRACT

In the most general sense, the principle of free agency is that parties can freely determine the subject and content of the contract. However, although the existence of such a liberty is undisputable, both Turkish Law and Iraqi Law have put some restrictions on the parties' determination of the contract. The main purpose of working in this direction is to determine the principle of contract liberalization and its limits comparatively in Turkish and Iraqi Law.

The Turkish and Iraqi legal systems are fed on the same basis, that is, Roman Hukuk. The Turkish Civil Code was taken from Switzerland, and the Iraq Civil Code was taken from Egypt. In addition, the Iraqi legislator has pursued a coherent middle path between Islamic law and Western doctrine during the construction phase of the law. The Turkish Civil Code and the Iraq Civil Code have many common provisions taken from Mecelle. There is a separate Law of Obligations in the Iraqi legal system that is independent of the Civil Code as it is in Turkey. In terms of the provisions governing the contracts, Iraq and Turkish laws carry common arrangements at many points.

Keywords: Contracts, Contractual Freedom, Limits of Contractual Freedom, Iraqi Law, Turkish Law, Civil Law, Law of Obligations

İÇİNDEKİLER

TEZ SAVUNMA SINAV TUTANAĞI	i
YEMİN METNİ	ii
ÖZET.....	iii
ABSTRACT	iv
İÇİNDEKİLER	v
KISALTMALAR	viii
ÖNSÖZ.....	ix
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. SÖZLEŞME KAVRAMI	4
A. TBK’da Sözleşme	4
B. Doktrinde ve Irak Medeni Kanununda Sözleşme.....	5
II. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI	7
A. İcap ve Kabulun Unsurları	7
B. İrade Beyanı	9
C. Sözleşmenin Konusu	13
III. SÖZLEŞMELERİN KURULUŞU	19
A. Genel Olarak	21
B. Sözleşme Sorumluluk İlişkisi.....	23
IV. SÖZLEŞMELER HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER.....	22
A. Borç İlişkilerinin Sınırlı Sayıda Olmaması Prensibi	22
B. Borç İlişkisinin Nisbiliği (Kişiselliği) Prensibi ve Alacak Hakkı	22
C. Nisbi Hakların Kuvvetlendirilmesi	26

İKİNCİ BÖLÜM TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE IRAK HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. SÖZLEŞME SERBESTLİĞİ İLKESİ	30
A. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü	30
B. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü	31
C. Sözleşmenin Şeklini Seçme Özgürlüğü	31
D. Sözleşmeyi Değiştirme veya Tamamen Ortadan Kaldırma Özgürlüğü	31
E. Sözleşmenin Konusunu ve İçeriğini Seçme Özgürlüğü	32
II. SÖZLEŞME SERBESTİSİ KAVRAMI	34
A. Sözleşme Özgürlüğünün Çeşitli Görünümleri	36

B. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması	36
1. Sözleşme Özgürlüğünün Olumlu Sınırlanması	37
a. Sözleşme Yapma Zorunluluğu	37
b. Edimlerde Değer Sınırlamaları	38
c. Sözleşmeleri Kamu Organlarının İznine Bağlı Kılmak	38
2. Sözleşme Özgürlüğünün Olumsuz Sınırlanması	39
a. Değiştirilemeyen Kurallar ve Yedek Hukuk Kuralları	39
b. Kamu Düzeni	42
c. Ahlaka Aykırılık	41
d. İmkansızlık	43
e. Kişilik Haklarına Aykırılık	44
3. Yargısal Revizyon	44
C. Şekil Serbestisi	45
1. Şekil Kavramı	45
2. Şeklin Çeşitleri	47
a. Amaçları Bakımından	47
aa. Sıhhat Şekli	47
bb. İspat şekli	47
cc. Sıhhat Şekli ile İspat Şekli Arasındaki Farklılıklar:	47
b. Kaynakları Bakımından	48
aa. Kanuni Şekil	48
bb. İradi Şekil	48
c. Yapılış Tarzına Göre	49
aa. Adi Yazılı Şekil	49
bb. Resmi Şekil	50
3. Şekil Kurallarına Aykırılığın Sonuçları	51
a. Kesin Hükümsüzlük	51
b. Tahvil	52
III. IRAK HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTLİĞİ İLKESİ	53
A. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü	54
B. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü	55
C. Sözleşmenin Şeklini Seçme Özgürlüğü	55
D. Sözleşmeyi Değiştirme veya Tamamen Ortadan Kaldırma Özgürlüğü	56
E. Sözleşmenin Konusunu ve İçeriğini Seçme Özgürlüğü	56
IV. IRAK DOKTRİNİNDE SÖZLEŞME SERBESTİSİ KAVRAMI	58
V. IRAK ANAYASASI'NDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ	63
VI. IRAK MEDENİ KANUNUN'DA SÖZLEŞMELER	64
A. Rıza	65
B. Sözleşme Konusu	65
C. Sebep	66
D. Şekil	67

1. Sıhhat Şekli	67
2. İspat şekli	68
3. Kanuni Şekil.....	68
4. İradi Şekil	68
5. Adi Yazılı Şekil.....	68
6. Resmi Şekil	69
E. Sözleşmelerde Şekil Unsuru ve İdari Sözleşmelerin Özel Hukuk Sözleşmelerinden Ayrılması.....	71
F. Ekonomik Denge İlkesi	73
G. Sözleşmelerin İptali ve Sona Erme Halleri	74
H. Muvazaa	78
I. Hata, İkra ve Gabin.....	79
1. Gabin	79
2. Hata	80
3. İkra	80
SONUÇ.....	84
KAYNAKÇA	90
ÖZGEÇMİŞ.....	95

KISALTMALAR

age.	: Adı Geçen Eser
agm.	: Adı Geçen Makale
agt	: Adı Geçen Tez
AIHS	: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AY	: Anayasa
b.	: Baskı (bası)
be.	: Bent
BK.	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dpn.	: Dipnot
eMK.	: 1926 Tarihli 743 Sayılı Eski Türk Kanunu Medenîsi
HD.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
IAY	: Irak Anayasası
IMK	: Irak Medenî Kanunu
IRSY	: Irak Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergeleri,
ITM	: Irak Temyiz Mahkemesi
ITTK	: Irak Taşınmaz Tescili Kanunu
İBK	: İctihadı Birleştirme Kararı
İMK	: İsviçre Medenî Kanunu
K	: Karar
KHK	: Kanun Hükmünde Kararname
m.	: Madde
M.	: Madde
NK.	: Noterlik Kanunu
RG.	: Resmi Gazete
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
T.C.	: Türkiye Cumhuriyeti
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
vd.	: Ve Devamı

ÖNSÖZ

Genel ve soyut bir kavram olarak sözleşme, en az iki tarafın karşılıklı olarak birbirine söz vermiş olması keyfiyetini ifade etmektedir. Ancak hukukta, anlaşma kavramı gibi, sözleşme kavramına da genel anlamından çok daha farklı bir muhteva yüklendiği görülmektedir. Nitekim hukuki bir kavram olarak sözleşmenin, “belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak iki tarafın karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlem” şeklinde tanımlandığı görülmektedir.

Sözleşme, bir borçlar hukuku kavramı olmakla birlikte, soyut ve genel bir kavram olarak, borçlar hukukunun yanı sıra, eşya hukuku, miras hukuku, şahıs ve aile hukuku gibi özel hukuk disiplinlerinin yanı sıra idare hukuku gibi kamu hukuku alanına dâhil hukuk disiplinleri kapsamında da kullanılan bir terimdir. Fakat birçok hukuk sistemi sözleşmeyi bir borçlar hukuku müessesesi olarak düzenlemiştir. Türk hukukunda da Türk Borçlar Kanunu¹ ve devamı maddelerinde sözleşmenin tanımından kurulmasına, şekline, muhtevasına ve çeşitlerine kadar sözleşme kavramıyla ilgili muhtelif hususların ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Irak hukukunda Türk hukukundan farklı olarak ayrı bir Borçlar Kanunu yoktur. Sözleşmeye dair hükümler Irak Medeni Kanunun 73. ve 185. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Bu doğrultuda çalışmamız bir özel hukuk işlemi olan sözleşmeleri, Irak ve Türk hukuku çerçevesinde mukayese ederek incelemektedir.

Araştırma sürecinde bana rehberlik eden, büyük bir özveri ve sabırla çalışmama yardımcı olan, ayrıca gerek tez konumun belirlenmesi ve sınırlandırılmasında, gerekse hazırlanması aşamasında sonsuz yardımseverliği, gerektiğinde yönlendiren ve aynı zamanda özgür bırakan, dengeli ve samimi ilgisi, desteği ve kazandırdığı moral için hocam ve tez danışmanım Doç. Dr. M. Fahrettin Önder’e teşekkür etmeyi bir borç bilirim.

Khalid Hikmat Haji HAJI
25/2/2018

GİRİŞ

Hukuki açıdan sözleşmeler iki taraflı hukuki işlemlerdir. Sözleşmeler, istenilen hukuki sonucun meydana gelmesi için, iki tarafın karşılıklı olarak ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarının gerekli olduğu hukuki işlemlerdir. Mesela, satım bir sözleşmedir ve alıcı ile satıcının, belirli bir bedel karşılığında malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi konusundaki arzularını karşılıklı olarak açıklamaları ile meydana gelir.

Türkiye’de sözleşme yapmak suretiyle borç ilişkilerinin doğması, ifası, sona ermesi vb. hususları düzenleyen genel kanun Türk Medeni Kanunu (TMK)’nın tamamlayıcısı niteliğinde olan Türk Borçlar Kanunu (TBK)’dır. TBK dışında borç ilişkilerini düzenleyen özel kanunlar vardır. Örneğin, Finansal Kiralama Kanunu gibi hukuki ilişkinin bir tarafı işletme olduğunda bu konuda Türk Ticaret Kanunu (TTK)’nın ilgili düzenlemelerinin de dikkate alınması gereği vardır. Aynı şekilde sözleşmelerin 73. ve 185. maddeleri arası düzenlenen Irak Medeni Kanunu (IMK)’nın haricinde Irak hukukunda; Irak Ticaret Kanunu, Irak Kiracılık Yasası gibi kanunlarda da sözleşmeler özel olarak düzenlenmiştir.

Türk medeni hukukun diğer alanlara nazaran Türk borçlar hukukuna emredici kurallardan çok tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuraları yer alır. Aynı durum IMK’nın sözleşmeleri düzenleyen 73-185 maddeleri için de geçerlidir. Bu çerçevede TBK ve IMK’da (m. 73-185), hukuki ilişkinin tarafları bakımından irade serbestisi prensibi söz konusudur ve taraflar, Kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde diledikleri sözleşmeyi diledikleri şekilde yapma imkanına sahiptir.

TBK m.26. ve IMK m.75 düzenlenen sözleşme özgürlüğü, hukuk düzenin sınırları içerisinde kişilerin irade beyanları ile diledikleri hukuki işlem yapabilme ve diledikleri hukuki sonucu meydana getirebilme özgürlüğünü ifade etmektedir. Buna göre sözleşme özgürlüğü TBK ve diğer kanunlarca getirilmiş sınırlar içinde kalmak koşulu ile şu yönlerden kendilerini gösterir.

Sözleşme özgürlüğü, Irak’ta sözleşmenin oluşumunda uzun süre, önemli bir rol oynamıştır. Fakat oluşum aşamasının aksine, sözleşme ilişkilerinin düzenlenmesi, kamu düzeni ve ahlak limitleri ve yükümlülüklerini tanımlamak için kısıtlamalar önemlidir.

IMK'da sözleşmeler irade beyanı temelinde kurulur. Sözleşme, tarafların sahip olduğu irade ve güce dayanıyorsa, irade ilkesinin bir sonucudur. Sözleşmeye dayalı iradenin objektifliği, yalnızca sözleşmenin imzalanması için gerekli değildir, aynı zamanda sözleşmenin toplanmasını ve sonuçlanmasını da kapsar. Bu ilke, vasiyetnamelerin ve sözleşmelerin kurulmasında ve etkilerinin belirlenmesinde en büyük otorite olduğu anlamına gelir.

İrade tamamlandıktan sonra taraflar bu etkileri değiştirme özgürlüğüne sahiptir ve irade sona erdikten sonra taraflar istedikleri zaman sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Sözleşme yapma hakkı, IMK'da yasalar tarafından düzenlenen sözleşmelerin türlerinin bulunması (sözde sözleşmeler olarak adlandırılır) yasa tarafından sınırlandırılmaz. Fakat Kanunda belirlenmemiş tipte sözleşme yapılması, sınırsız bir serbestlik tanımaz. Aksine Kanunda sınırlı tipte sayılmış sözleşmeler yapılacak sözleşmelere mutlak emsal teşkil etmelidir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireyi ve bireysel özgürlüğü esas alan, bireyi toplumun merkezi olarak gören bireysel doktrinin sonucudur. Toplumu örgütleme amacı, bu doktrinin gözünde, bireyi korumak ve kendi çıkarını gerçekleştirmektir. İnsan özgür olduğu müddetçe iradesi olmalıdır. Sözleşme kurma ve Kanunda herhangi bir sınırlama olmaksızın etkilerini belirleme yetkisine sahip olan bu özgür iradedir.

Çağın eğilimleri, irade özgürlüğü bireysel felsefeyle bağlantılı olduğu için özellikle on yıl içinde iradenin rolünü sınırlamaya yönelmiştir ve modern toplumların fikirleri sosyal fikirlerdir, bu tarafların iradesine daha fazla kısıtlamalar getirmiştir. Dolayısıyla bireylerin kendi işlemlerindeki ilişkilerini düzenleyen yasaların olması özgür iradeyi kısıtlamaktadır.

Toplumun çıkarlarını tersine çevirmek, güçlü tarafın zayıf tarafı ihlal etmesini önlemeyi gerektirir ve bu da ancak kanunla sınırlandırılmalıdır. Hem işçinin hem de işverenin sözleşme yapma özgür iradesi vardır. Hem kiracı hem de ev sahibinin de sözleşme yapmak için özgür iradeleri vardır. Ancak bunlar eşit değildirler. Biri, diğer tarafında koşulları olan güçlü bir taraftır ve bu nedenle işverenin (ya da kiralayanların) kısıtlanması gerekecektir.

Tüketici, kamu ve tekelci şirketler arasındaki sözleşmelerde de durum aynıdır. Büyük bir şirket ile zayıf bir tüketici arasında özgür irade eşitliği zedeleyebilir. Var olan

bu eşitlik sadece teorik eşitliktir. Su hizmeti şirketi veya elektrik şirketi tarafından belirlenen koşulları tartışabilen ortak bir tüketici yoktur. Sosyal adaleti gerçekleştirmek, ancak bu tekelin iradesini tüketicinin yararına kısıtlamayla mümkündür¹.

Sosyal açıdan bakıldığında, bireylerin artık kamu düzenini, ahlakını veya ekonomik planın gereklerini veya toplumun genel yönünü ihlal eden şeyleri kabul veya sözleşme yapmasına da izin verilmemektedir.

Sözleşme özgürlüğü artık mutlak bir ilke değildir. Yasa, kişiyi belirli bir sözleşme yapmaya zorlayabilir veya kendisini istediği bir sözleşmeden mahrum bırakabilir. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin içeriğini belirleme özgürlüğünün yanı sıra, şimdi yasa koyucunun bu içeriği belirleme konusundaki katılımı artık normaldir.

Bireyin iradesi, sözleşmeyi yapma veya feshetme veya değiştirme konusunda özgür değildir. Dolayısıyla, kanun, bir sözleşme için müdahale edebilir ve belirli bir organizasyon kurabilir. Böylece bireylerin iradesi, bu düzenlemeden değişikliğe uğramaz. Kamu çıkarı, devlete gerçek eşitliğin sağlanması için müdahale etme hakkını verir. Bu doktrini uygulamak için çeşitli ülkelerde ev sahiplerinin evlerini belirli bir ücretle kiralanmasına mecbur bırakan çeşitli kanunlar çıkartılmıştır. Bir süre sonra kiralari yenilemeye karar verilmiştir².

Tüm bu açıklamalar toplumsal doktrin mantığının grubun yararı lehine olduğunu teyit eder. Bu gelişmeler, bir sözleşmenin sonuçlandırılmasının artık sadece bir özel eylem olmadığını doğrular³.

Çağdaş hukuk felsefesi ve çağdaş sözleşmeler hukuku, yasal eylemler oluşturma iradesinin ilkesini kabul etmekle birlikte, makul sınırları içerisinde; irade, adalet ve ortak iyilik ile dengelenmektedir. Bu, objektif olarak sözleşmeye dayalı vesayet anlamına gelir. Dolayısıyla, "sözleşmeye dayalı irade nesnelliği", kamu menfaati, kamu düzeni ve devletin ekonomik politikası temel alınarak yasalarca belirlenen sınırlar uyarınca "sözleşme sürecine girme veya girmeme iradesi ve sözleşmenin içeriğini belirleme" olarak tanımlanabilir⁴.

¹ Abdul Razak, Ahmed Sanhour, Alwasit Fi Sharah Alqanun Almadanii, Nazariat Alailtizam Biwajh Eami, Masadir Alailtizami, Dar Alnashr Liljamieat Almisriat, Alqahirat, 2002, s. 141

² Abdul Razak, s. 146

³ Abdul Razak, s. 147

⁴ Abdul Razak, s. 146

BİRİNCİ BÖLÜM

SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. SÖZLEŞME KAVRAMI

İnsanlar günlük yaşamlarında pek çok faaliyet gerçekleştirirler. Bu faaliyetler yaşamın doğal parçasını oluşturan şeylerdir. Örneğin, kahvaltıda tüketmek için bakkaldan ekmek veya şeker satın almak, bozulan eşyayı tamir ettirmek, hastalandığımızda doktora gidip muayene olmak, seyahat amacıyla bir otobüs firmasıyla bir yere gitmek vb. ilişkiler hemen akla gelenlerden bazılarıdır.

Pek çok sebepten kaynaklanan yukarıdaki tür ilişkilerde, ilişkinin tarafları birbirine karşı borç altına girerler. Borç ilişkisinin kaçınılmazlığı hukuki bir düzenin varlığını gerekli kılar. Hukuk düzenin oluşturduğu alanlardan biri de ilişkilerin “sözleşme yapmak” suretiyle oluşturulmasıdır. Uygulamada kullanılan “mukavele”, “sözleşme”, “kontrat”, “anlaşma” ve “protokol” deyimleri hep sözleşmeyi ifade etmek üzere başvurulmuş eş anlamlı terimlerdir⁵.

A. TBK’da Sözleşme

TBK’da sadece sözleşmenin kurulması belirtilmiş olmasına rağmen, doktrinde sözleşme kavramı üzerinde çok durulmuş ve birbirine yakın çeşitli sözleşme tanımları yapılmıştır. Bir tanıma göre sözleşme, “*belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlemdir*”⁶. Diğer bir tanıma göre ise sözleşme, “*iki tarafın, hukuksal sonuca yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun iradelerini açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuksal işlemdir*”⁷. Başka bir tanıma göre, “*iki yanlı, borç ilişkisi meydana getiren hukuksal işlemlerdir*”⁸. Geniş bir bakış açısıyla bir sözleşme tanımı yapmak gerekirse, sözleşme, bir şeyi yapmak ya da yapmamak, vermek ya da vermemek şeklinde bir yükümlülük yaratan, iki veya daha

⁵ Oğuzman, Kemal., Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 22. Baskı, İstanbul, 2016, s. 179

⁶Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul, 2017, s.185

⁷Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2017, s.37.

⁸Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2004, s.103

fazla taraf arasında gerçekleşen, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan bir hukuksal işlemdir.

TBK 1. maddesine göre sözleşme, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşan hukuki muameledir. Tekinay sözleşmeyi biraz daha geniş tanımla, *“genellikle birbirinden farklı menfaat ve amaçlarla hareket eden kişiler arasında hukuki bir sonuç doğurmak ve özellikle bir borç ilişkisi kurmak, mevcut borçta değişiklik yapmak, ya da onu büsbütün ortadan kaldırmak için yapılan anlaşma”* olarak tanımlanmaktadır⁹. Eren’e göre sözleşme *“belirli bir hukuki sonucu doğurmaya yönelik, karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki muameledir”*¹⁰. Nomer sözleşmeyi *“iki taraflı bir hukuki işlem”*¹¹ olarak tanımlarken, Serozan vd, *“karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla (icap ve kabulle) oluşan çok yanlı bir hukuki işlem”*¹² olarak tanımlamışlardır.

B. Doktrinde ve Irak Medeni Kanununda Sözleşme

Genel ve soyut bir kavram olarak sözleşme, en az iki tarafın karşılıklı olarak birbirine söz vermiş olması keyfiyetini ifade etmektedir. Ancak hukukta, anlaşma kavramı gibi, sözleşme kavramına da genel anlamından çok daha farklı bir muhteva yüklendiği görülmektedir. Nitekim hukuki bir kavram olarak sözleşmenin, *“belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak iki tarafın karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlem”* şeklinde tanımlandığı görülmektedir. Sözleşme, bir borçlar hukuku kavramı olmakla birlikte, soyut ve genel bir kavram olarak, borçlar hukukunun yanı sıra, eşya hukuku, miras hukuku, şahıs ve aile hukuku gibi özel hukuk disiplinlerinin yanı sıra idare hukuku gibi kamu hukuku alanına dâhil hukuk disiplinleri kapsamında da kullanılan bir terimdir. Fakat, birçok hukuk sistemi sözleşmeyi bir borçlar hukuku müessesesi olarak düzenlemiştir. Türk hukukunda da, TBK 1. ve devamı maddelerinde sözleşmenin tanımından kurulmasına, şekline, muhtevasına ve çeşitlerine kadar sözleşme kavramıyla ilgili muhtelif hususların ayrıntılı bir şekilde düzenlendiği görülmektedir. Irak hukukunda Türk hukukundan farklı olarak ayrı bir

⁹ Tekinay, Selahattin Sulhi., Borçlar Hukuku: Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 1993, s.65

¹⁰ Eren, Fikret, “Borçlar Hukuku”, İstanbul ,2017, s.263

¹¹ Nomer, Haluk, “Borçlar Hukuku: Genel Hükümler: Ders Notları”, İstanbul 2000, s.10

¹² Hatemi/Serozan/Arpacı, “Borçlar Hukuku: Özel Bölüm” İstanbul, 1992, s. 9

Borçlar Kanunu yoktur. Sözleşmeye dair hükümler TMK'nın 73. ve 185. maddeleri arası düzenlenmiştir.

Türkiye'de sözleşme yapmak suretiyle borç ilişkilerinin doğması, ifası, sona ermesi vb. hususları düzenleyen genel kanun TMK'nın tamamlayıcısı niteliğinde olan TBK'dır. TBK dışında borç ilişkilerini düzenleyen özel kanunlar vardır. Örneğin, Finansal Kiralama Kanunu gibi. hukuki ilişkinin bir tarafı işletme olduğunda bu konuda TTK ilgili düzenlemelerinin de dikkate alınması gereği vardır.¹³ Aynı şekilde sözleşmelerin 73. ve 185. maddeleri arası düzenlenen IMK haricinde Irak hukukunda; Irak Ticaret Kanunu, Irak Kiracılık Yasası gibi kanunlarda da sözleşmeler özel olarak düzenlenmiştir¹⁴.

Hukuki açıdan sözleşmeler iki taraflı hukuki işlemlerdir. Sözleşmeler, arzu edilen hukuki sonucun meydana gelmesi için, iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanında bulunmalarının gerekli olduğu hukuki işlemlerdir. Mesela, satım bir sözleşmedir ve alıcı ile satıcının, belirli bir bedel karşılığında malın mülkiyetinin alıcıya geçirilmesi konusundaki arzularını karşılıklı olarak açıklamaları ile meydana gelir¹⁵.

Sözleşme, normal kurguda iki taraflı bir hukuki işlemdir. TBK m. 1'de esas itibariyle sözleşmeler dikkate alınmış ve diğer hükümler buna göre düzenlenmiştir. Fakat bazı tip sözleşmelerde oluşum kurgusu daha değişik bir görünüm arz eder. İşte bu bağlamda, ikiden fazla kişinin irade beyanıyla kurulan adi ortaklık sözleşmesi (TBK m.620) için veya ikiden fazla mirasçının yapacakları miras paylaşma sözleşmesi için (TBK m.676) TBK'nın sözleşmelerle ilgili tüm hükümleri değil, ancak o sözleşmenin karakterine uygun düşen hükümleri kıyasen uygulanabilir.

Sözleşmelere Türk medeni hukukun her alanında rastlanır. TBK'nın genel kısmında ise sözleşmelere uygulanacak genel hükümler yer almaktadır. Fakat bu hükümler, ayrıca özel hüküm bulunmadıkça ve bünyeleri elverdiği ölçüde medeni hukuk ve hatta, genelde tüm özel hukuk alanındaki sözleşmelere de uygulanırlar¹⁶. IMK'da ise tüm özel hukuk alanındaki sözleşmelere uygulanır.

¹³Arslan, Yılmaz, Ticaret Hukuku, Bursa, 2005, s. 121

¹⁴Abdul Majid Al-Khoei, Aloeciz Fi Alnıziriya Alaama Lileltizam Fi Alkanun, Alogiz, 2008, Bagdad, s.121

¹⁵Oğuzman/Barlas, s.180

¹⁶ Oğuzman/Barlas, s.181

Sözleşmeler iki taraflı hukuki işlemlerden olup birden fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı ile oluşur. İki taraflı sözleşmelerde her iki tarafa (örneğin, satım, kira) veya tek tarafa (örneğin, bağışlama vaadi) borç yüklemeleri nedeniyle alt ayrıma tabi tutulabilmektedir. Sözleşmeleri, borçlar hukuku sözleşmeleri, medeni hukuk sözleşmeleri, yazılı, adi; tam, şarta bağlı; şekle bağlı, şekle bağlı olmayan biçiminde ayrımlara da tabi tutmak mümkündür¹⁷.

II. SÖZLEŞMENİN UNSURLARI

Sözleşmeyle oluşturulan borç ilişkisi, iki taraflı ilişki olup, taraflardan biri (borçlu) diğer taraf (alacaklı) lehine bir edimi yerine getirme (bir şeyi yapma veya yapmama) yükümlülüğü altına sokar. O halde her borç ilişkisinin alacaklı, borçlu ve edim olmak üzere üç unsuru vardır¹⁸.

Alacaklı: Borçludan bir edimin yerine getirilmesini isteme hakkına sahip olan kişi.

Borçlu: Alacaklıya karşı bir edimi yerine getirme yükümlülüğü olan kişidir.

Edim (Eda): Borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu ve alacaklının yerine getirilmesini isteyebileceği davranış biçimidir. Bu davranış biçimi genel olarak borcun konusunu oluşturur¹⁹.

Borç ilişkisinden doğan hak, edimin yerine getirilmesinin sadece alacaklı tarafından istenebilmesi ve alacaklıya tanınması nedeniyle nisbi hak niteliğindedir. Nisbi haklar, mutlak haklar gibi, herkese karşı ileri sürülemez. Sadece belirli kişiye ya da kişilere ileri sürülebilen haklardır. Nisbi haklar sahibine, karşısındakinden belli bir davranış biçiminde bulunmasını, yani bir şey vermesini veya bir şey yapmasını veya bir şey yapmamasını istemek yetkisi verirler²⁰.

A. İcap ve Kabul

Bir sözleşmenin meydana gelmesi için asgari bazı unsurların varlığı aranır.

¹⁷Arslan, s. 143

¹⁸Arslan, s. 144

¹⁹Arslan, s.144

²⁰ Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, 14. Baskı, Bursa, 2017, s.89

Sözleşmenin tanımından hareketle unsurlardan biri; iki taraf bunlar arasında karşılıklı anlaşma olarak ortaya konabilir. İki taraftan kasıt, tarafların gerçek ve/veya tüzel kişiden ibaret bulunması olup, karşılıklı anlaşmadan, bir tarafın irade beyanının karşı tarafın irade beyanı ile uyumlu olması anlaşılmasıdır. Yani sözleşmenin meydana gelmesi için birbirine uygun iki irade beyanına ihtiyaç vardır. Bu iki irade beyanının kesişmesi belirli bir süreci gerektirir. Bu süreçteki irade açıklamalardan zaman itibarıyla önce yapılamayan “icap” sonra yapılamayan “kabul” denir²¹.

Sözleşmelerde kişilerin iradesine geniş ölçüde yer verilmiştir. Kişilere sözleşme yapıp yapmamakta, istedikleri konuda ve istedikleri şekli seçerek sözleşme yapmakta, karşı tarafı istediği gibi seçmekte, yapılan sözleşmeyi ortadan kaldırmak veya değiştirmek konusunda tam bir serbesti tanınmıştır. Bu hususa kavram olarak “sözleşme serbestisi” adı verilmektedir.

Ancak, yukarıda belirtilen serbesti sınırsız değildir. Bu serbesti kanunun yasaklamadığı hususlar itibarıyla değerlendirilmelidir. Sözleşme serbestisine getirilen sınırlamalar esas itibarıyla sözleşmelerin geçerlilik şartları olarak karşımıza çıkmaktadır²².

Bu şartlar topluca ve sırasıyla aşağıda sayılmıştır.

- Tarafların fiil ehliyetine sahip olması
- Sözleşme konusunun emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine genel ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmaması
- Şekle tabi ise buna uyulması (yazıya bağlanarak imzalanması)
- İrade beyanlarının sıhhatli olması
 1. İradede muvazaa olmaması
 2. İradede hata, hile, ikrah ve gabin halinin bulunmaması.

Sözleşmenin geçerli bir biçimde kurulabilmesi, sözleşmelerin muteberlik şartlarına uygun yapılmasına bağlıdır. Aksi takdirde sözleşme geçersiz sayılır.

²¹Arslan, s. 144

²²Arslan, s. 145

Hükümsüzlük halleri ihlal edilen muteberlik şartlarının çeşidine ve önemine göre yokluk, mutlak butlan ve nisbi butlan ortaya çıkar²³.

Bir sözleşmeyi temsil yoluna başvurmak suretiyle yapmak çoğu kere zorunluluktan ortaya çıkar. Nitekim bazı kişiler fiili veya hukuki durumları nedeniyle sözleşmeleri bizzat yapma imkanına sahip olmayabilirler. Yurt dışında yaşayan bir kişinin yurt içindeki gayrimenkulünü kiraya vermesi için Türkiye'ye gelmesi parasal imkanlar açısından yeterli olmayabilir. Büyük ölçekli bir işletmeye sahip olan tüccarın bütün mal alımlarını ve satımlarını içeren her sözleşmeyi bizzat kendisinin yapması fiziken imkansızdır²⁴.

Diğer taraftan, bazı hallerde işlemin bizzat ilgili kişi tarafından yapılması hukuken imkansız olur. Hukuken imkansızlık içinde bulunan bir kişi istese dahi işlemleri kendisi yapamaz. Mutlaka onlar adına işlemleri yapacak bir başkasına ihtiyaç duyulur. Örneğin, işlem ehliyeti bulunmayan bir akıl hastası hiçbir işlem yapamaz. İşlemleri bunlar adına kanuni temsilcileri yapar²⁵.

Sözleşme yapmak suretiyle oluşturulan borç, ifa borçlusu tarafından ifa alacaklısına karşı yerine getirmekle sona erer. Borcun ifasıyla ilgili olarak borcun ifa edilmemesi veya edilememesi ifanın imkansızlığı, ifanın eksik (ayıplı) olması durumlarıyla karşı karşıya kalınabileceği gibi aksi görüşler de mevcuttur²⁶.

Borç ilişkisini sona erdiren haller ifadan ibaret değildir. Borç ilişkisi sözleşmeden dönme (fesih), ibra (aklanma), tecdit (yenileme), borçlu ve alacaklılık sıfatlarının birleşmesi, karşılıklı borçların takası, borcun zamanaşımına uğraması nedenleriyle sona ermesi mümkündür²⁷.

B. İrade Beyanı

Bir hukuki işlemde ve dolayısıyla bir sözleşmeden söz edebilmek için her şeyden önce tarafların irade beyanlarına ihtiyaç vardır. Şu halde irade beyanı sözleşmelerin temel unsurunu teşkil etmektedir. TBK 1. maddesinde önemi vurgulanan “irade beyanı”, kişinin asıl iradesinde yer alan, bir hakkı veya bir hukuki ilişkiyi kurmak

²³ Nomer, s. 62

²⁴ Nomer, s. 63

²⁵ Nomer, s. 63

²⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.63; Kılıçoğlu, s. 37

²⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.63; Kılıçoğlu, s. 37

veya değiştirmek ya da tamamen ortadan kaldırmak amacıyla dışarıdan anlaşılabilir bir vasıtayla açıklaması, ortaya koymasídır. şu halde bir hukuki ilişkide irade beyanının önem kazanabilmesi için öncelikle o irade beyanının ortaya koyan tarafın ve o irade bayanına anlam vererek hukuki bir sonucun ortaya çıkmasını sağlayacak karşı tarafın (belli bir kişi ya da bir topluluk ya da bir makam) bulunması gerekmektedir. Buna göre irade beyanının iki unsuru vardır²⁸.

İrade, kişinin asıl isteğini, i tasavvur ve düşüncesini ifade eder. İradenin hukuki bir sonuç doğurabilmesi için sağlıklı bir şekilde oluşmuş olması gerekmektedir. Dolayısıyla irade unsurundan söz edebilmek için öncelikle kişinin hukuki işlem ehliyetinin varlığı gerekir. Aksi halde yapılan hukuki işlem, ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olacaktır. Yine aynı şekilde, iradenin kişinin serbest ve zgr bir zihinsel faaliyetinin sonucu oluşması zorunludur. Aksi halde yapılan işlem bu kez irade bozukluğu nedeniyle geçersiz hale gelecektir. Bu ikinci hal irade bozukluğu hallerinde (hata, hile, korkutma, muvazaa, gabin) ortaya çıkar. Doktrinde irade unsuru bakımından fiili iradesi, işlem iradesi, beyan iradesi şeklinde ayrımlar yapılmıřtır²⁹.

Kişinin hukuki işleme yönelik i tasavvur ve düşüncesi yanında bir de bunu dışarıya yansıtma biçimi vardır. İşte bu beyan sahibinin beyan fiilinin “bilinçli bir iradenin ürünü” olduğu durumlarda fiil iradesinden söz edilir. şu halde i iradeye dayalı beyanın da o kişi tarafından bilerek ve istenerek yapılmış olması gerekir. Aksi halde fiili iradesinden, yani o hukuki işlemi gerçekleştirme iradesinden söz edilemez³⁰.

Bu durum örneklendirilecek olursa: (A), i tasavvurunu bilinçli olarak ve isteyerek dışa yansıttığı durumlarda fiil iradesinin varlığı söz konusudur. Bana karşılık (B) ve (C) tarafından eli tutularak zorla borç altına sokan bir belgenin imzalatılması halinde (A)’nın fiil iradesinden söz edilemez³¹.

Sonuç iradesi olarak da ifade edilen işlem iradesi kişinin hukuki işlem yapma yönündeki iradesini ifade etmektedir. Örneğin kişinin i düşünce ve tasavvuru ile bunu dışa yansıtma biçimi o hukuki işlemi gerçekleştirmeye yönelik bir iradeyi taşıyorsa

²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.63; Kılıçoğlu, s. 38

²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.63; Kılıçoğlu, s. 39

³⁰ Oğuzman/Barlas, s. 145.

³¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.65; Kılıçoğlu, s. 40

işlem iradesinin varlığından söz edilir. Sözleşme yapma, bir alacaktan feragat etme, sözleşmeyi feshetme veya ibra birer işlem iradesi niteliğindedir³².

Beyanda bulunan kişinin hukuki işlemi yapma veya sözleşmeyi kurma yönündeki iradesini karşı tarafa bildirme, ona yöneltme kararıdır. Kural olarak beyan iradesinin geçerli sonuç doğurabilmesi, hukuki işlem yapma yönündeki iç iradenin varlığını gerektirir. Dolayısıyla şaka olarak veya öğretim amaçlı yapılan beyanda işlem yapma iradesi yoksa yapılan hukuki işlem de geçersiz sayılır³³.

İrade, kişinin bir hukuki işlem kurma, sürdürme veya sona erdirmeye yönündeki iç düşünce ve tasavvurunu ifade ederken, beyan, işlem iradesinin dışarıya veya ilgililere söz, yazı veya işaretlerle açıklamasıdır. Şu halde beyan, iç irade ve tasavvurun dış dünyada objektif olarak görünümüdür. Bu ayrımın önemi ise, hukukun bazı hallerde irade unsuruna geçerlilik tanınmasından kaynaklanmaktadır³⁴.

- Şayet, yapılan hukuki işlemde iradeye uymayan bir beyanın geçerli sayılmayacağı söylenebiliyorsa “irade unsuru” önemlidir.

“Latife beyanı” olarak adlandırılan hukuki kurumda, kişi iç düşüncesinde hiç istemediği ve ciddi olmadığı karşı tarafın da bunu ciddiye almayacağı inancını taşıdığı bir beyanda bulunmuşsa beyana değil, kişinin gerçek iradesine değer verilir; latife beyanı geçersizdir. Zira burada kişinin o hukuki işlemi kurmaya yönelik gerçek bir işlem yapma iradesinin varlığına değer verilir ve “irade unsuru” uygulanır³⁵.

Buna karşılık, hukuki işlemde gerçek iradeye uymasa dahi beyanın, yani dışa yansıyan objektif durumda esas alınmasının gerekli olduğu söylenebiliyorsa “beyan unsuru” önemlidir. Beyan unsurunun söz konusu olduğu durumda, kural olarak hukuki işlem gerçek iradeye uymasa dahi geçerlidir³⁶.

“Zihni kayıt” olarak ifade edilen ve kişinin gerçekte hiç istemediği, iradesinin hiç bulunmadığı bir hukuki işlem yapmayı beyan etmesi durumunda “beyan unsuru” uygulanır. Şu halde sırf gösteriş olsun diye bir müzayedede en yüksek teklifi veren

³² Oğuzman/Barlas, s.145.

³³ Kılıçoğlu, s. 40

³⁴ Kılıçoğlu, s. 41

³⁵ Oğuzman, Kemal, Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, Vedat Yayınevi, İstanbul, 2017, s.79 / Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop. s. 425.

³⁶ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop. s. 425.

kişinin iç iradesi kesinlikle o hukuki işlemi kurmaya yönelik olmamasına rağmen (zihni kayıt) beyanı geçerlidir³⁷.

TBK 1. maddesine göre “iki taraf karşılıklı ve birbirine uygun surette rızalarını beyan ettikleri takdirde sözleşme tamam olur. Şu halde bir sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların o sözleşmeyi kurmaya yönelik iradelerini açıklamış olmaları, bu irade açıklamalarının karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir³⁸.

Dolayısıyla sözleşme yapmak isteyen taraflar bu isteklerini söz, yazı veya diğer bazı hal ve davranışlarla belli ederler. İşte iradeyi dışa yansıtan bu vasıtaların her birine irade beyanı denir. İrade açıklaması açık(sarih) olabileceği gibi örtülü de (zımni) olabilir. Bir sözleşmede açık(sarih) irade beyanından söz edebilmek için söyleyen sözün veya gerçekleştirilen fiilin doğrudan doğruya yapılmak istenen sözleşmenin ne olduğunu gösterir nitelikte olması gerekmektedir³⁹.

Örnek olarak; meyve üreticisi (A), (B)’ye yapmış olduğu teklifle 10 şeftaliyi 10 TL’ye satmak istediğini bildiriyor. (B)’de bu teklifi kabul ettiğini beyan ediyor. Görüldüğü üzere burada her iki tarafında yapmış oldukları açıklamalar yapılmak istenen satım sözleşmesinin varlığını göstermede yeterli anlamı taşıdığından her iki tarafın irade açıklaması da açıktır (sarihtir)⁴⁰.

Sözleşmeyi kurmaya yönelik örtülü(zımni) irade beyanında ise hukuki sonuca varma iradesi doğrudan değil, dolaylı bir takım söz ya da davranışla ortaya çıkmaktadır. Diğer bir ifadeyle, iradenin belli bir yönde olduğu ancak yorum yoluyla anlaşılabiliriyorsa bu durumda örtülü (zımni) irade beyanından söz edilir⁴¹.

Buna örnek olarak: (A), manavdan kendi seçtiği domatesleri manav (B)’ye veriyor ve tartmasını istiyor. Görüldüğü gibi burada (A) domatesleri satın almaya yönelik açık bir beyan yerine o satım sözleşmesini kurma amacını taşıyan belirli ancak dolaylı bir faaliyette bulunarak iradesini örtülü (zımni) olarak açıklamış durumdadır⁴².

Diğer taraftan bir kiracı ile ev sahibi arasında bir yıllık kira sözleşmesi vardır. Ancak, kira süresi dolmasına ve kira sözleşmesi sona ermesine rağmen kiracı kira

³⁷ Oğuzman/Öz. s.79; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop. s. 424-425.

³⁸ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop. s. 425.

³⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.63-64; Oğuzman/Barlas. s.148

⁴⁰Oğuzman/Öz., s.79

⁴¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.64-65; Kılıçoğlu, s. 38

⁴²Oğuzman/Öz., s.80

parasını ödemeye devam etmekte, ev sahibi ise hiçbir itirazda bulunmaksızın bu parayı almayı sürdürmektedir. Burada da tarafların kira sözleşmesinin uzatılmasına yönelik açık (sarih) bir irade beyanı yoktur. Fakat kiracı kira parasını ödemekle, ev sahibi de her ay kira parasını almakla kira sözleşmesini uzatmaya yönelik örtülü(zımni) irade beyanlarını ortaya koymaktadırlar⁴³.

C. Sözleşmenin Konusu

Taraflar, arasında bir sözleşmenin varlığından söz edilebilmesi için öncelikle esaslı noktalar üzerinde uyuşulmuş olması gerekir (TBK m.2). Sözleşmenin esaslı noktaları o borç ilişkisini diğerlerinden ayıran ve sözleşmenin niteliğine ve genel iş anlayışına göre tarafların mutlaka üzerinde uyuşmasının gerekli olduğu unsurlardır. Örneğin, satım konusu şey ve satış bedeli (semen) satım sözleşmesinin esaslı noktalarıdır. Dolayısıyla, satım sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların esaslı noktalar üzerinde, diğer bir ifadeyle satım konusu şey ve satış bedeli (semen) üzerinde anlaşmış olmaları gerekmektedir⁴⁴.

Satım konusu şeyin taraflarca belirlendiği, fakat henüz satış bedelinin tespit edilmediği durumlarda satım sözleşmesinin varlığından söz edilemez (yoktur). Ancak, bazı hallerde satım konusu şeyin bedeli tam olarak belli olmamakla birlikte tespitinin mümkün olması (belirlenebilir olması) sözleşmenin kurulmasını sağlar. Örneğin, satım bedelinin “belirlenebilir” olduğu durumlarda bedel tam olarak tespit edilmemiş olsa dahi sözleşmenin kurulduğu söylenebilecektir. Bedelin, malın teslimi tarihindeki borsa değeri üzerinden ödeneceğinin kararlaştırıldığı ya da belli bir eksper veya uzman kişi tarafından tespit edileceği konusunda uzlaşıldığı durumlarda bedel “belirlenebilir” nitelikte olduğu için taraflar arasında sözleşme kurulmuştur⁴⁵.

Burada bir diğer sorun ise tarafların esaslı noktalar (objektif esaslı noktalar) üzerinde anlaşmış olmalarına rağmen ikinci derecedeki noktalar üzerinde çıkacak uyuşmazlıklarda nasıl bir yol izleneceğidir. Bu konuda ikili bir ayırım yapılmaktadır.

⁴³Oğuzman/Öz., s.81

⁴⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.75; Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 24. Baskı, İstanbul, 2013, s. 57

⁴⁵Reisoğlu, s. 58

İlk olarak şayet taraflar sözleşmeye ilişkin ikinci derecedeki noktalar üzerinde konuşmuşlar, ancak herhangi bir neticeye varamamışlarsa ve sözleşmenin kurulmasını ikinci derecedeki bu noktalar üzerinde de uzlaşmaya bağlamışlarsa esasen taraflar arasında bir sözleşmenin kurulduğundan söz edilemez. Dolayısıyla tarafların özel önem verdikleri ikinci derecedeki noktalar taraf iradeleriyle o sözleşme bakımından esaslı unsur (sübjektif esaslı nokta) haline getirilmiştir⁴⁶.

Üzerinde uzlaşılamayan ikinci derecedeki noktaların kanun hükümlerince çözümlenmesi veya hakim tarafından doldurulması mümkün değildir. Zira burada sözleşme hiç kurulmamıştır. Örneklendirmek gerekirse: (S) ile (A) yapmış oldukları görüşme sırasında 100 TL'den 100 adet masa satımı konusunda anlaşmalarına rağmen ödeme şartları konusunda herhangi bir neticeye varamamışlardır. Olayda taraflar satım sözleşmesine ilişkin esaslı noktalar üzerinde anlaşmalarına rağmen, ikincil nokta olan ödeme planı konusu da görüşmüşler, ancak bir sonuç elde edemedikleri için ödeme planı da o satım sözleşmesi bakımından esaslı unsur halini almıştır. Dolayısıyla taraflar ödeme planı konusunda uzlaşamadıkları sürece sözleşmenin varlığından da söz edilmeyecektir⁴⁷.

İkinci olarak ise; şayet taraflar ikinci derecedeki noktalar üzerinde hiç durmamışlarsa veya üzerinde durmakla birlikte sözleşmenin kurulduğu ve ikincil noktalar üzerinde daha sonra tekrar konuşulacağı husus üzerinde anlaşmışlarsa artık sözleşme kurulmuştur⁴⁸. Dolayısıyla tarafların daha sonra ikinci derecedeki konular üzerinde bir anlaşmaya varamamaları halinde hakim,

- Kanun hükümlerine
- Sözleşmenin niteliğine veya
- İş hayatındaki uygulamalara göre karar verecek ve sözleşmedeki ikinci derecedeki konulara ilişkin boşluğa gidecektir. (TBK m.2/II). Çünkü artık burada sözleşme kesin olarak kurulmuştur⁴⁹.

Bir önceki örnekte (S) ile (A) yapmış oldukları görüşme sırasında tanesi 100 TL'den 100 adet masa satımı konusunda anlaşmalarına rağmen bu kez ödeme şartları

⁴⁶ Reisoğlu, s. 57-58; Kılıçoğlu, s. 40

⁴⁷ Reisoğlu, s. 58

⁴⁸ Kılıçoğlu, s.41; Reisoğlu, s.58.

⁴⁹ Reisoğlu, s. 58; Ayrıca Karş. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 76-77.

konusunda hiç konuşmamış olmaları ihtimalinde taraflar arasında satım sözleşmesi kurulmuştur. Şayet bir uyuşmazlık söz konusu olursa, hakim, ödeme şartlarına ilişkin ikinci derecedeki noktalar konusundaki sözleşmede yer alan bu boşluğu TBK m. 27/II hükmü çerçevesinde doldurulacaktır⁵⁰.

Fakat kanunun herhangi bir şekle bağlanmadığı bir sözleşme taraflarca belli bir şekle bağlanmışsa, kararlaştırılan şekilde yapılmadığı sürece karine olarak o sözleşmenin geçerliliğinden söz edilmemektedir⁵¹.

Örnek olarak karz (tüketim öduncü) sözleşmesi şekle tabi sözleşmelerden değildir. Dolayısıyla geçerli olabilmesi için belli bir şekilde, örneğin yazılı şekilde yapılmış olması gerekmektedir. (A)'nın (B)'ye %20 faiz oranı üzerinden 20.000 TL ödünç vermesi halinde taraflar arasındaki sözleşmenin geçerliliği herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak Irak hukukunda tarafların bu sözleşmenin noterde yapılmış olmasını kararlaştırmaları durumunda (iradi şekil), karz sözleşmesinin kurulması ve geçerliliği bunun ancak noterde düzenlenmiş olmasına bağlıdır. (IMK m.73)

Sözleşmelerin önemli unsurlarından biri de icaptır. “İcap” tek taraflı bir hukuki işlemdir ve genel bir ifadeyle sözleşme yapma çağrısıdır. Fakat her sözleşme yapma çağrısı icap niteliğinde değildir. Hukuki anlamda icaptan bahsedebilmemiz için yapılan teklifin aşağıdaki şartları taşıması gerekmektedir⁵².

D. İcap ve Kabulün Unsurları

1. İcap Karşı Tarafa Yönelmiş Olmalıdır

Burada icap belli bir şahsa yönelmiş olabileceği gibi belli bir topluluğa yönelik de yapılmış olabilir. Genele (umuma) yapılan icapta, muhatap belli olmamakla birlikte, herkese yapılmış icap niteliği bulunmaktadır. Örneğin tartı otomatları veya bisküvi, sigara otomatları yapılmış icap niteliğindedir⁵³.

⁵⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76-77.

⁵¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 76-77.

⁵² Oğuzman/Öz , s. 45 Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.82-83 Kılıçoğlu, s.39 ;Reisoğlu, s.58.

⁵³ Reisoğlu, s.59.

Örnek olarak: (A)'nın bisikletini satma konusunda (B)'ye yapmış olduğu teklif, diğer unsuru da taşıması koşulu ile belli bir kişiye yapılmış icap sayılırken, cadde üzerindeki meşrubat satış otomatu veya aleti herkese yapılmış bir icap niteliğindedir⁵⁴.

2. *İcap Sözleşmenin Bütün Esaslı Noktalarını Taşımalıdır*

Bir teklifin icap sayılabilmesi için o sözleşme bakımından esaslı noktaların teklifin içerisinde yer alması gerekmektedir. Örnek olarak: (A)'nın bisikletini 100 TL'ye satma konusunda (B)'ye yapmış olduğu teklif belli bir semeni (satım parasını) içerdiği için artık hukuki anlamda bir icap söz konusudur. Çünkü satım sözleşmesinde, o sözleşmenin tipini belirleyen ve diğer sözleşmelerden ayırt edilmesini sağlayan unsurlar, satım konusu şey (bisiklet) ve semen yani satım parasıdır (100 TL). Dolayısıyla (A)'nın (B)'ye yapmış olduğu teklif hukuki anlamda bir icaptır. Yapılan icabın esaslı noktaları bünyesinde barındırması yeterli olup, ikinci derecedeki noktaların saklı tutulması veya bunlardan hiç söz edilmemiş olması teklifin icap olma özelliğini değiştirmez. Mesela satım parası 100 TL'nin ne zaman ödeneceği satım sözleşmesi bakımından ikinci derecede bir unsurdur ve bu konu icapta yer almasa dahi icap niteliğini ve bağlayıcı olma özelliğini kaybetmez⁵⁵.

3. *İcap Ciddi ve İcaba Bağlı Olma Amacıyla Yapılmış Olmasıdır*

İcabı yapmış olduğu bu teklife bağlı olmama iradesini taşıyorsa hukuki anlamda icaptan söz edilemez. Tüm unsurların bulunduğu sözleşme yapma çağrısı hukuki anlamda icap sayılır. Diğer bir ifadeyle unsurlardan birinin eksik olduğu durumlarda yapılan teklif icap değil, "*İcaba Davet*" niteliğindedir⁵⁶. İcabın en önemli özelliği yönelttiği kişinin kabul beyanı ile sözleşmeyi kurmaya elverişli olmasıdır. İşte karşı tarafın kabul beyanı ile kurulmasının mümkün olmadığı sözleşme yapma çağrısı icaba davettir⁵⁷.

Bir teklifin "*İcaba Davet*" sayılabilmesi için şu özellikler taşıması gerekmektedir:

⁵⁴ Kılıçoğlu, s.40; Reisoğlu, s.59.

⁵⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 78-79.

⁵⁶ Oğuzman/Öz , s. 46 Kılıçoğlu, s.42; Reisoğlu, s.59.

⁵⁷Reisoğlu, s.60

- Bazı hallerde sözleşme yapma çağrısı o sözleşme bakımından esaslı unsurları taşımayabilir. Örneğin (A)'nın (B)'ye yönelttiği sadece “bisikletimi satıyorum” şeklindeki ifade semen unsurunu içermediği için icaba davettir⁵⁸.

- Bazı hallerde karşı tarafa yöneltilen teklif, sözleşmenin tüm esaslı unsurlarını içerebilir. Ancak, teklifi yapan kişi şeyi satıp satmamada veya dilediği kişiye satma konusunda serbest olduğunu belirtebilir. Örnek olarak (M), gazeteye vermiş olduğu ilanda yarış atını 100 TL'ye satmak istediğini, ancak satacağı kişiyi seçmede serbest olduğunu belirttiği durumda yapılan teklif icap değil, icaba davettir⁵⁹.

Yapılan teklif hukuki manada bir icap niteliğindeyse artık icabı yapan o teklifi belli bir süre bağlıdır. Şu halde icabın yapılmasından sonra icabı yapan o süre boyunca icabından dönemez, icabıyla bağlı olduğu süre içerisinde kabul beyanının kendisine ulaşmasıyla da sözleşmenin kurulmasını engelleyemez⁶⁰.

TBK, icabı yapanın bu icabıyla ne kadar süre bağlı sayılacağını, icabın süreli veya süresiz olmasına göre ikili bir ayrıma tabi tutmuştur. İcabı yapan kişi karşı tarafa yönelttiği icabında belli bir süreye kadar kabul haberinin gönderilmesini öngörmüşse artık o süre sonuna kadar icabından dönmeyecektir⁶¹. Fakat;

- şayet karşı taraf henüz süre dolmadan icabı reddederse veya
- kabul etmekle birlikte icabı yapanın ön gördüğü süreden sonra kabul haberi ulaşırsa artık icabı yapanın icabıyla bağlı olduğundan söz edilemez. Sürenin sonunda ulaşan kabul haberi yeni bir icap niteliğindedir⁶².

Şayet icabı yapan icabında kabul haberi için bir süre tayin etmemişse icabın bağlayıcılığı, icabın yüz yüze yapılmış olmasına veya olmamasına göre değişecektir. “İcabın yüz yüze olması” ndan kasıt, icabı yapanın aynı anda kabul cevabını alabilecek olmasıdır⁶³. Örneğin aynı anda konuşarak, telefon veya mesaj ile yapılan icaplar yüz yüze icaptır⁶⁴.

⁵⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.84; Reisoğlu, s. 60

⁵⁹Reisoğlu, s.61

⁶⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.86; Oğuzman/Öz. s.51 Reisoğlu, s. 59-60.

⁶¹ Kılıçoğlu, s.44; Reisoğlu, s.60.

⁶² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.91; Reisoğlu, s. 60.

⁶³Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.88; Kılıçoğlu, s. 46.

⁶⁴ Kılıçoğlu, s.45-46., Oğuzman/Öz, s. 54.

Hazır olmayan şahıslar arası icap da denilen bu durumda icabın yapıldığı kişi ile icabı yapan kişi doğrudan temas halinde değildir. Yüz yüze bir icap yoksa icabı yapan kişi her bir somut olay çerçevesinde kabul haberinin kendisine ulaşması gereken “Makul Süre Kadar” icabıyla bağlıdır ve icabı yapan icabın zamanında karşı tarafa ulaştığını düşünmekte haklıdır. Posta yoluyla, telefax, elektronik ileti yoluyla yapılan icap yüz yüze olmayan kişiler arasında bir icaptır⁶⁵.

Geç gelen kabul haberi yeni bir icap niteliğindedir⁶⁶. Ancak kabul haberi zamanında gönderilmiş olmasına rağmen herhangi bir nedenle geç ulaşmışsa, Kanun bu kez icabı yapana kabul haberinin geç ulaştığı ve sözleşmenin kurulmadığını derhal bildirme yükümlülüğü getirmiştir. Dolayısıyla bir kişinin zamanında göndermiş olduğu kabul haberi postadaki gecikme nedeniyle geç ulaşırsa karşı taraf durumu derhal bildirmelidir; aksi halde sözleşme kurulmuş olacaktır⁶⁷. İcabı yapanın icabından dönmemesi karşı tarafa ulaşan icabın öğrenilmesinden itibaren söz konusu olacaktır. Şu iki halde icabı yapan icabını geri alabilecek ve icabı hükümsüz hale getirebilecektir.⁶⁸

İstisna olarak ise bazı hallerde işin niteliği gereği icabı yapanın ölmesi veya medeni haklarını kullanma ehliyetini yitirmesi durumunda icap kendiliğinden hükümsüz hale gelir, kabul beyanı ile sözleşme kurulmaz. Özellikle icabı yapanın şahsının, kurulması amaçlanan sözleşme bakımından önemli olduğu durumlarda ölüm veya medeni hakları kullanma ehliyetini yitirme icabı hükümsüz hale getirecektir⁶⁹.

Sözleşmelerin, esaslı unsurlarından biri de “kabul” dır. Sözleşme bir icabın kabulüyle kurulur. Kabul tek taraflı ve karşı tarafa ulaşması gereken bir irade beyanı olarak ancak şu iki şartla sözleşmeyi kurabilir:

1. Kabul beyanının mutlaka icabı yapanın icabıyla bağlı olduğu süre içerisinde ona ulaşmış olması gerekmektedir.
2. Kabul beyanı tamamen icapla örtüşmesi gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle icabı değiştiren veya ona yeni bir takımın unsurlar getiren beyan kabul değil, karşı taraf için yeni bir icap niteliğindedir.

⁶⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.89; Kılıçoğlu, s.46

⁶⁶Reisoğlu, s. 61.

⁶⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.89

⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.92; Kılıçoğlu, s.49, Reisoğlu, s. 61.

⁶⁹ Oğuzman/Öz, s.57; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.92.

Burada bir diğ er soru da susmanın bir örtülü (zımni) irade beyanı olarak kabul niteliğinde olup olmadığıdır. Kural olarak susma, kabul beyanı olarak nitelendirilemez ve hiç kimse kendisine yapılan bir teklife cevap vermediğinden dolayı bu teklifi kabul etmiş sayılamaz.  rneğ n, mağazada beğendiğimiz ancak yeterli paramız olmadığı için almaktan şimdilik vazgeçtiğimiz mutfak robotu mağaza sahibi tarafından nasıl olsa  deneceğ i düşüncesiyle adresinize g nderildiğ nde kabul etmediğ nizi karşı tarafa bildirmek ya da onu geri göndermek gibi bir yükümlülüğümüz yoktur⁷⁰.

Kural olarak susmanın kabul beyanı gibi sonuç doğurmayacağı ise de bazı istisnai hallerde susma örtülü bir irade açıklaması olarak nitelendirmiş ve kabul sonucuna bağlamıştır. Her bir somut olayın özelliklerine göre, kendisine teklifte bulunulana bu teklifi kabul etmesi için bir beyanda bulunmasının beklenmediğ i hallerde susma (uygun bir süre içerisinde) teklifi geri  evirmeme) kabul beyanı gibi hukuki sonuç doğurur.⁷¹

 cab  yapanla karşı tarafın doğrudan doğruya temas halinde olduğu yüz yüze yapılan icapta icabın derhal kabul  gerekmektedir. O halde yüz yüze yapılan icapta kabul haberinin derhal karşı tarafça y neltilmesiyle sözleşme kurulmuş ve hükümlerini doğurmaya başlamış demektir.⁷²

Hazır olmayan kişiler arasında sözleşmenin hangi anda doğduğu ve hükümlerine hangi andan itibaren doğurmaya başlayacağı oldukça önemli bir husustur.  rneğ n, icabın kabul edildiğ i, postaya verildiğ i, icab  yapana ulaştığı ve icab  yapanın kabul haberini  ğrendiğ i durumlarda hangisinde sözleşme kurulmuş ve hangisinde sözleşme hükümlerine doğurmaya başlamıştır?

III. SöZLEşMELERİN KURULUşU

A. Genel Olarak

Sözleşmenin hangi anda kurulacağına ilişkin TBK'da ve IMK'da(M. 73-185) herhangi bir hüküm bulunmamakla birlikte genel kabul gören görüş sözleşmenin kabul

⁷⁰ Reisoğu s.62

⁷¹ Oğuzman/ z, s.59; Reisoğu s.63

⁷² Oğuzman/ z, s.65; Kılıçoğlu, s.50;Reisoğu s.63.

haberinin ulaşmasıyla kurulacağı, öğrenme tarihinden itibaren de kesinleşeceğidir.⁷³ Bu şekilde bir ayrıma gidilmesinde amaç kabulün, icapta olduğu gibi icabı yapanın öğrenmesi anına kadar geri alınabilmesini mümkün olmasıdır⁷⁴.

Sözleşmenin hüküm ve sonuçlarını doğurma anı, aynı şekilde sözleşmenin kurulma anına ilişkin TBK’da ve İMK’da (m. 73-185) bir düzenleme bulunmamakla birlikte, sözleşmenin hüküm ifade edeceği an TBK’da özel olarak düzenlenmiştir. Buna göre yüz yüze olmayan kişiler arasında kabul beyanının ulaşmasıyla meydana gelen sözleşme, hükümlerini kabul haberinin gönderilmesi anından itibaren doğurmaya başlayacaktır. Görüldüğü gibi sözleşmenin kurulduğu ve hükümlerini doğurmaya başladığı an birbirinden farklıdır. Ancak bu fark pek çok hukuki sonucu bünyesinde barındırmaktadır⁷⁵.

Borçlar hukuku, Medeni hukukun kişiler arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen kısmıdır. TBK her ne kadar TBK’dan ayrı bir Kanun olarak çıksa da aslında TMK’yı tamamlayıcı niteliktedir. Türk hukukunda iki farklı kanun olarak düzenlenmesinin sebebi İsviçre hukukundaki kanunlaştırma sürecinde İsviçre Borçlar Kanununun İsviçre Medeni Kanunu’ndan (İMK) ayrı bir kanun olarak yürürlüğe girmiş olmasıdır. Irak hukukunda ise borçlar kanunu şeklinde ayrı düzenlenmemiştir. İMK içerisinde yer almaktadır. Fakat Irak hukuku ile benzer yönde TMK m.646’da TBK’nın TMK’nın tamamlayıcısı olduğu açıkça ifade edilmiştir.

TBK hükümleri, yalnız borçlar hukukuna değil medeni hukukun diğer alanlarında da uygulanır. Ancak TBK’nın bir hükmünün TMK’nın diğer alanlarında uygulanabilmesi için şu iki şartın varlığı gerekmektedir⁷⁶:

- Söz konusu mesele için TMK’da bir hüküm bulunmamalıdır.
- TBK’nın ilgili hükmü, uygulanacağı TMK sorunun bünyesine ve niteliğine aykırı düşmemelidir.

Buna örnek olarak: Yasal mirasçısı olarak kendisine belli bir miras payı kalmış olan kimse, diğer mirasçıların hile veya tehdidi altında bu mirası reddetmiş olabilir. İşte böyle bir durumda miras payının reddinin geçersiz sayılacağına ilişkin TMK’da

⁷³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.96; Oğuzman/Öz, s.66; Kılıçoğlu s. 50; Reisoğlu s.63.

⁷⁴ Kılıçoğlu s. 50

⁷⁵ Oğuzman/Öz, s.66; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.96; Kılıçoğlu s. 50; Reisoğlu s.63

⁷⁶ Oğuzman / Öz, s. 12-13.

herhangi bir hüküm bulunmamaktadır. Şu halde mevcut hukuki soruna ilişkin TBK'ninhile ve tehdide ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekecektir. Zira söz konusu hükümlerin mirası ret kurumu hakkında da uygulanması bu kurumun bünyesine uygun düşmektedir⁷⁷.

Borç, bir şahsı, diğer bir şahsa bir edimi yerine getirme (bir şey verme, yapma veya yapmama) yükümlülüğü altına sokan hukuki ilişkidir. Bu hukuki ilişkinin bir tarafında alacaklı, diğer tarafında ise borçlu yer almaktadır. Bu ilişkiye borçlu, alacaklıya karşı belirli bir borç altına girerken, alacaklı da borçludan belli bir alacağı isteme hakkını elde etmektedir⁷⁸.

B. Sözleşme Sorumluluk İlişkisi

Sorumluluk iki ayrı anlamda kullanılmaktadır. Sorumluluğun ilk anlamı, genel davranış kurallarına veya yüklendiği bir borca aykırı davranan kişinin, bu davranışı ile verdiği zararı tanzim etme yükümlülüğünü ifade eder. Bu sorumluluğa da "...den sorumluluk" denir⁷⁹. Bu anlamıyla sorumluluk tazminat borcunun kaynağını göstermektedir. Örneğin, genel davranış kurallarına aykırılık halinde hâksiz fiilden sorumluluk; borca aykırılık halinde borca aykırı davranıştan sorumluluk veya sözleşmeye aykırılık halinde akdi sorumluluk söz konusu olur⁸⁰.

Sorumluluğun ikinci anlamı ise, borçlunun mal varlığının borcunun teminatını teşkil etmesi ve borcunu ifa etmemesi halinde mal varlığına başvurularak alacağın cebri icra yolu ile yerine getirilmesi imkânıdır. Bu anlamda sorumluluğa "...ile sorumluluk" denilmektedir⁸¹. "-ile sorumluluk" kapsamında borçlu kural olarak bütün mal varlığı ile sorumludur. Sınırsız şahsi sorumluluğun söz konusu olduğu bu hallerde, alacaklı alacağının karşılanması oranında borçlunun tüm mal varlığının cebri icra yoluyla satılmasını sağlayabilir⁸². Örneğin bir kişi bankadan almış olduğu kredi borcu için tüm malvarlığı ile sınırsız sorumludur. Bunun anlamı, kişinin kredi borcunu sözleşmede belirtilen şartlarda geri ödememesi halinde bankanın alacağını tahsil için paraya çevrilmesi mümkün olan tüm mallarını cebri icra yoluyla sattırabilmesidir. Fakat burada

⁷⁷ Oğuzman/Öz, s.2

⁷⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.6; Eren, s. 21-22, s.6; Oğuzman /Öz, s.3.

⁷⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.18; Oğuzman/Öz, s. 13; Eren, s. 81

⁸⁰ Oğuzman/Öz, s. 14; Nomel, s. 11.

⁸¹ Oğuzman/Öz, s. 13; Nomel, s. 11.

⁸² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.21; Oğuzman/Öz, s. 13; Eren, s. 83.

ifade edilen sınırsız sorumluluğun sınırını icra ve iflas kanunu çizmiş ve bu çerçevede sosyal ve insani bir takım malları haczin kapsamı dışında tutmuştur⁸³.

Bazen sorumluluk mal varlığındaki bir kısım mallar ile veya belirli bir mal ile sınırlı olabilir. Örneğin, devletin kendisine miras yoluyla intikal eden bir terekenin borçlarından sorumluluğu, intikal eden terekedeki mallarla sınırlıdır. Bir başkasının borcu için malını rehin vermiş olan kimse, borcun ifa edilmemesi halinde sadece rehin konusu malının paraya çevrilmesine katlanmak zorundadır. Bu halde, eşya ile sorumluluk (ayni sorumluluk- konu itibari ile sınırlı sorumluluk) söz konusudur⁸⁴. Bazen de sorumluluk belli bir miktar ile sınırlıdır. Bu tür sorumluluğa ise miktar bakımından sınırlı sorumluluk denmektedir. Örneğin bir borca kefil olan kimsenin sorumluluğu kefalet sözleşmesinde yer alan miktar kadardır⁸⁵.

IV. SÖZLEŞMELER HUKUKUNA EGEMEN OLAN İLKELER

A. Borç İlişkilerinin Sınırlı Sayıda Olmaması Prensibi

Borç ilişkileri sınırlı sayıda olma ilkesine tabi değildir. Borçlar Kanununda bazı sözleşme türleri düzenlenmiş bulunmaktadır. Ancak, bunlar yasa koyucu tarafından uygulanması en yaygın sözleşmeler olması nedeniyle özel olarak düzenlenmiştir. Yasa da öngörülmemiş olsa bile genel geçerlik koşullarına uygun olmak koşuluyla taraflar yeni sözleşme tipi meydana getirebilecekleri gibi, Kanunda ön görülen sözleşme tiplerinin bazı unsurlarını bir araya getirerek farklı borç ilişkileri de kurabilirler⁸⁶.

B. Borç İlişkisinin Nisbiliği (Kişiselliği) Prensibi ve Alacak Hakkı

Sözleşmelere kaynaklık eden bir diğer unsur ise alacak hakkıdır. Dar anlamda borç ilişkilerinde alacaklıya borçludan bir edimi yerine getirmesini isteme yetkisi sağlayan hakkı ifade etmektedir. Alacaklının alacağı isteme yetkisine de talep hakkı denir⁸⁷. Alacak hakkı özü itibari ile bir talep hakkına dayanır. Bu durumda alacak hakkı ile talep hakkının aynı kavramlar olduğu düşünülebilirse de bazı yönlerden bunlar

⁸³Eren, s. 83

⁸⁴Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, s.22; Oğuzman/Öz, s. 14; Eren, s. 84. Kılıçoğlu, s. 23 Reisoğlu, s. 34

⁸⁵Oğuzman/Öz, s. 14; Eren, s. 84. Kılıçoğlu, s. 23

⁸⁶Gözler, 2017, s.89

⁸⁷Oğuzman/Öz, s. 12;

birbirinden farklıdır.⁸⁸Öncelikle, doğuş anı bakımından alacak hakkı ve talep birbirinden farklıdır. Alacak hakkı doğduğu halde talep hakkı henüz doğmamış olabilir⁸⁹.

Örnek olarak (S), malını (A)'ya satmış, fakat satım bedelinin bir ay sonra ödenmesi konusunda anlaşmışlardır. Bu halde (S), alacak hakkını elde etmiştir, ancak, satım bedelini takip etme hakkını bir ay sonra kullanabilecektir. Dolayısıyla alacak hakkı, borç ilişkisinin geçeri bir şekilde kurulduğu anda, talep hakkı ise bu ilişkiden doğan alacak hakkının muaccel olduğu anda doğar⁹⁰.

Kapsamları bakımından da alacak hakkı ve talep birbirinden farklıdır. Alacak hakkının alacaklıya sağladığı yetkilerin başında talep hakkı gelir. Ancak, alacak hakkı alacaklıya talep hakkı dışında başka yetkiler de vermektedir⁹¹.

Alacak hakkı alacaklıya talep hakkından farklı olarak yenilik doğuran haklar, def'i hakları, dava hakkı gibi bir takım haklar sağlar⁹². Sona ermeleri bakımından da alacak hakkı, talepten farklıdır. Alacak hakkı sona erdiği halde talep hakkı devam edebilir. Örnek olarak kiracı ile kiralayan arasında kira sözleşmesi sona erdiğinde, artık kiralayanın alacak hakkı son bulur. Ancak, kiralayanın kira sözleşmesi devam ettiği dönemde muaccel hale gelmiş olan alacaklarını talep edebilme hakkı sona ermez⁹³.

Herhangi bir kimseden bir şeyin verilmesine, bir işin yapılmasını veya yapılmamasını isteyebilme hakkını ifade eden talep hakkı, aslında alacak hakkının özünü teşkil eden ona bağlı en önemli hak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak, alacak hakkı kişiye sadece bir talep hakkı sağlamaz, aynı zamanda alacak hakkını sıkı bir biçimde bağlı diğer bazı haklar da bahşeder. Örneğin alacak hakkı hak sahibine talep hakkının yanında dava hakkı, cebri icra yoluna başvurulabilme hakkı veya alacak hakkı üzerinde tasarruf işlemleri yapabilme hakkı gibi ikinci derecede(Tali) hak ve yetkiler de sağlar⁹⁴.

⁸⁸ Geniş Bilgi İçin Bkz. Eren, s. 74 Vd.

⁸⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s.13; Oğuzman/Öz, s. 12; Eren, s. 77. Kılıçoğlu, s. 23

⁹⁰ Kılıçoğlu, s. 24

⁹¹ Eren, s. 78-79.

⁹² Kılıçoğlu, s. 19.

⁹³ Kılıçoğlu, s. 19.

⁹⁴ Kılıçoğlu, s. 20

Borç ilişkisinden doğan hak, edimin yerine getirilmesinin sadece alacaklı tarafından istenebilmesi ve alacaklıya tanınması nedeniyle nisbi hak niteliğindedir. Nisbi haklar, mutlak haklar gibi, herkese karşı ileri sürülemez. Sadece belirli kişiye ya da kişilere ileri sürülebilen haklardır. Nisbi haklar sahibine, karşısındakinden belli bir davranış biçiminde bulunmasını, yani bir şey vermesini veya bir şey yapmasını veya bir şey yapmamasını istemek yetkisi verirler⁹⁵.

Borç ilişkisi, kural olarak, sadece bu ilişkinin taraflarını ilgilendiren bir hukuki ilişkiyi ifade eder. Borç, ilişkisinden doğan hak ve borçlar üçüncü kişileri etkilemez. Bu nedenle, borç ilişkisinden doğan haklar nisbi (kişisel) niteliktedir⁹⁶. Örneğin, bir satım sözleşmesinde alıcı satım konusu malın mülkiyetinin devrini ancak satıcıdan talep edebilir. Satıcı, bu sözleşmeyle, bir üçüncü kişide bulunan malı temin edip, alıcıya devretmeyi üstlenmiş olsa bile, alıcı malın kendisine devrimi, bu malı elinde bulunduran üçüncü kişiden değil, ancak satıcıdan talep edebilir. Yine aynı şekilde satıcı, bu malı temin ettiği halde alıcıya değil de bir başkasına satar ve devrederse, alıcı, bundan dolayı ancak kendisiyle sözleşme içerisinde bulunduğu satıcıyı sorumlu tutabilir⁹⁷.

Örnek olarak:(S) (A) ile 05.05.2017 tarihinde bisikletini satma konusunda anlaşmıştır. (S) bir gün önce (A)'ya sattığı, ancak henüz teslim etmediği bisikletini 06.05.2017 tarihinde (B)'ye satıp ona teslim ederse bisikletin mülkiyeti (B)'ye ait olacaktır; (A), bisikleti (B)'den isteyemez. Zira (A), bisikletin teslimine ilişkin alacak hakkını kural olarak sadece borcunu aykırı davranmış olan (S)'ye karşı ileri sürebilir. Şu halde alacak hakkına konu bisiklet (S)'nin elinden çıktığına göre (A), satıcı (S)'den sadece uğradığı zararın tazmin edilmesini isteyebilir. Diğer taraftan (B) (S)'nin daha önce bisikleti (A)'ya sattığını bilmiş olsa dahi (A)'ya karşı herhangi bir sorumluluğu yoktur. Çünkü (A)'ya karşı herhangi bir yükümlülüğü yoktur. Şu halde mevcut satım sözleşmesinden doğan (A)'nın alacak hakkı nisbi bir haktır ve sadece ihlal eden (S)'ye karşı ileri sürülebilir. Fakat (B) sırf (A)'nın zarara uğraması kastıyla bisikleti (S)'den satın almışsa bu kötü niyetli durumu korumamış ve ahlaka aykırı bir davranış olarak gördüğü için (A)'nın uğramış olduğu zararı bu kez (B)'den talep edebilmesine imkan tanımıştır. (TBK m.49/II) Ancak hemen hatırlatalım, bu hüküm (A)'nın (S)'den olan alacak hakkının nisbi hak olduğu gerçeğini değiştirmez ve ortadan kaldırmaz. Kanun

⁹⁵ Gözler, 2017, s.89

⁹⁶ Oğuzman/Öz s. 24; Eren, s.49; Kılıçoğlu s. 6; Reisoğlu, s.29; Nomer, s. 4.

⁹⁷ Nomer, s. 4.

koyucu söz konusu düzenlemeyle ahlaka aykırı bir davranışta bulunan cezalandırmayı; aynı zamanda bu davranış neticesinde zarar gören kişiye de ek bir güvence sağlamayı amaçlamıştır⁹⁸.

Yukarıdaki örnekte dikkati çeken unsur; aynı şeyin nasıl olup da birden fazla kişiye satıldığıdır. Şöyle ki: Türk hukukunda ve Irak hukukunda bir borç ilişkisinden doğan alacak hakkı, alacaklıya o şey üzerinde doğrudan doğruya bir hak bahşetmez. Diğer bir anlatımla mülkiyetin kazanılması için sözleşme yeterli değildir. Mülkiyetin geçişinden söz edebilmek için sözleşmenin yanında taşınırlarda zilyetliğin devri, taşınmazlarda ise tapu siciline tescil gereklidir⁹⁹. Dolayısıyla yukardaki örnekte belirtildiği gibi (S) , bisikletin satımı konusunda hem (A) ile hem de (B) ile satım sözleşmesi yapabilir. Ancak (S)'nin (A) ile yapmış olduğu satım sözleşmesi tek başına mülkiyetin ona geçişini sağlamaz. Zira menkul mallarda mülkiyetin geçişi karşılıklı e birbirine uygun irade beyanının bulunması yanında o şeye ilişkin zilyetliğin de karşı tarafa geçirilmesini gerekli kılar. Dolayısıyla (S) birden fazla kişi ile bisikleti satma konusunda satım sözleşmesi yapabilir, ancak bisikletin mülkiyetini sadece tek bir kişiye devredebilir. (S) bisikletin zilyetliğinin satım sözleşmesi yaptığı (B) 'ye devrettiği anda artık bisikletin mülkiyeti (B)'ye geçmiştir. (B) bisikletin mülkiyetini kazandığı andan itibaren o şey üzerinde herkese karşı ileri sürebileceği bir mutlak hakka sahip olacaktır¹⁰⁰.

Burada yeri gelmişken kısaca nisbi hak kavramının karşısında yer alan mutlak hak kavramına değinmek gerekmektedir. Tekrar belirtmek gerekirse, alacak hakkı nispi bir haktır ve hak sahibine sadece belli bir kimseye karşı talepte bulunma yetkisi verir. Oysa mutlak hakka, hak sahibi sadece belli bir kişiye karşı değil, hakkı ihlal eden herkese karşı bu hakkını ileri sürebilme imkânına sahiptir.¹⁰¹Örneğin, mülkiyet hakkı bir mutlak haktır ve hak sahibi herkesten bu hakkına uygun davranılmasını isteyebileceği gibi, ihlal eden herkese karşı da mutlak hakkını ileri sürebilir¹⁰².

Örnek olarak: (M), maliki olduğu taşınmaz üzerinde mutlak hak sahibidir. Bunun iki anlamı vardır. İlk anlamı (M)' nin hukuk düzeninin sınırları içerisinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma hakkına sahip

⁹⁸ Eren, s.52.

⁹⁹ Reisoğlu, s. 30-31

¹⁰⁰ Reisoğlu, s.30.

¹⁰¹ Oğuzman/Öz s. 25; Oğuzman/Barlas, s. 120-121; s. 6; Reisoğlu, s.30.

¹⁰² Reisoğlu, s.31.

olmasıdır. (A)'nın (M)'nin taşınmazına ondan izinsiz olarak çöp ve moloz dökmesine karşı (M), bu saldırı ve tecavüzün önlenmesini talep; aksi halde dava ve cebri icra yoluna başvurma imkânına sahiptir. Yine aynı şekilde (K), maliki olduğu dizüstü bilgisayarını üzerinde bir mutlak hak sahibidir. (B)'nin dizüstü bilgisayarını çalması durumunda (K) gasptan doğan kuvvet kullanma veya dava yoluna başvurma imkânına sahiptir¹⁰³.

Son olarak alacak hakkının nisbiliği mutlak değildir. Bazı hallerde bu prensibin istisnaları söz konusudur ve böylece üçüncü kişiler borç ilişkisine dahil olur. Nisbilik ilkesinin istisnaları şunlardır:

- Tam üçüncü kişi lehine sözleşmelerde lehine sözleşme yapılan üçüncü kişi bizzat borcun ifasını talep edebilir.
- Kişisel hakların tapu siciline şerh edilmesi ile alacak hakkının sonraki aynı hak sahiplerine karşı da ileri sürülmesi mümkün hale gelmektedir.
- Üçüncü kişileri koruyucu etkili sözleşmeler de alacak hakkının nisbiliği prensibinin bir başka istisnasını teşkil etmektedir.
- Üçüncü kişi tarafından ifa edildiği ve halefiyetin söz konusu olduğu hallerde, alacak hakkı halefiyet yoluyla bu kişiye geçtiği için borç, alacaklıya halef olan bu kimse ile eski borçlu arasında devam etmektedir. Bu halde de alacak hakkının nisbiliği prensibinin bir istisnası bulunmaktadır¹⁰⁴.

C. Nisbi Hakların Kuvvetlendirilmesi

Borç ilişkisini sadece bunun tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurması mutlak bir kural değildir. Bu ilişkin üçüncü kişilere karşı da etkili olmasını sağlayan bazı hukuksal yollar mevcuttur. Özellikle taşınmaz mallarda şahsi hakların(alacak haklarını) borç ilişkisinin dışında kalan 3. kişilere karşı ileri sürülebilmesi prensibi kanun koyucu bir takım yollara sevk etmiştir. Böylece kanun, taşınmazlara ilişkin kanun da kanunda açıkça belirtilen bazı nisbi (şahsi) hakların, tapu kütüğüne şerh verilmek suretiyle, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan 3. kişilere karşı da ileri sürülebilmesini de imkân tanımıştır¹⁰⁵.

¹⁰³Reisoğlu, s.32.

¹⁰⁴Eren, s.57.

¹⁰⁵Eren, s.54;Reisoğlu, s. 32;Nomer, s. 5.

Bir eşya hukuku konusu olan şerhin, nisbi (kişisel) hakkın şerh edilerek 3. kişilere karşıda ileri sürülebilmesi, o hakkın mutlak hak haline geldiği anlamını taşımaz. Zira eşya üzerinde doğrudan hâkimiyet sağlayan mülkiyet hakkının aksine, nispi haklar şerh edilmiş olsalar dahi eşya üzerinde doğrudan bir hâkimiyet sağlamaz.¹⁰⁶

Ayrıca istihkak, el atmanın önlenmesi gibi bir takım ayni hakka dayalı davaları şerh edilse dahi nispi hak sahibinin açması mümkün değildir¹⁰⁷. Şerh, hak sahibine ikili bir koruma imkânı sağlar:

A) Şerh ile şahsi hak eşyaya bağlı borca dönüşür¹⁰⁸. Bunun anlamı, şerh edilen taşınmaza kim malikse şerhe konu nispi hakkın borçlusu da odur. Örnek olarak: (A),(K)'ya ait taşınmazı kiraladığında (K) bu borç ilişkisinin bir tarafı olarak kiralanana taşınmazı (A)'ya teslim etme ve sonrasında ise kiralanana amaca uygun bir halde bulundurma borcu altındadır. Kira sözleşmesinin devamı sırasında (K) bu taşınmazı (B)' ye tapuda satıp devrettiğinde (A)'nın kira sözleşmesinden doğan hakkı bir nispi hak olduğundan (B)'ye karşı ileri sürmesi mümkün değildir. Yeni malik (B) dilerse (A)'nın taşınmazını boşaltmasını isteyebilir.(BK m.254) Ancak kira sözleşmesi tapuya şerh edilmiş olsaydı şerh ile şahsi eşyaya bağlı bir borç halini alacak ve şerhe rağmen taşınmazı satın alan (B), (A)'nın kira sözleşmesinden doğan alacak hakkının borçlusu olacaktı. Dolayısıyla (B), şerh süresince (A)'nın taşınmazı üzerindeki kira sözleşmesinden doğan hakkına katlanmak durumundadır¹⁰⁹.

B) Şerhin hak sahibine sağladığı ikinci koruma ise; öncelikle belirtmek gerekir ki, bir alacak hakkını şerh edilmiş olması malikin o taşınmazın devretmesine veya 3. Kişiler lehine sınırlı bir ayni hak (ipotek, geçit irtifakı gibi) kurmasına herhangi bir engel teşkil etmez. Ancak şerh edilmiş şahsi hak, sahibine öyle bir hak bahşeder ki, malikin şerhten sonra taşınmaz üzerinde sınırlı bir ayni hak tesis etmesi durumunda bu kimseye karşı da hakkın ileri sürülebilmesine, hatta gerektiğinde tesis edilen bu sınırlı ayni hakkın kendisine zararı dokunduğu ölçüde terkini sağlamaya imkân tanır. Buna da 'şerhin munzam etkisi' denir¹¹⁰.

¹⁰⁶Nomer, s. 5.

¹⁰⁷Nomer, s. 5.

¹⁰⁸Oğuzman/Öz s. 25;Eren, s.54; Reisoğlu, s.32.

¹⁰⁹ Reisoğlu, s.32.

¹¹⁰Oğuzman/Öz s. 25; Reisoğlu, s.33.

Oturma(sükna) hakkı belirli bir kişiye bir binadan veya binanı binanın belli bir bölümünden konut olarak yararlanma, orada oturma yetkisi veren bir irtifak hakkıdır. Bir apartman katının maliki olan (K), 01/01/2017 tarihinde kiracı (A) ile kira sözleşmesi yapmış ve bu kira sözleşmesi tapu siciline şerh edilmiştir. Malik (K) bu kez aynı apartman katına ilişkin 01/02/2017 tarihinde (B) lehine bir oturma hakkı kurmuş olsa, (A) ile yapılan kira sözleşmesi daha önce yapıldığı ve şerh edildiği için (A) şerhin devamı süresince taşınmazda oturmaya devam edecektir. Oturma hakkından doğan irtifak hakkı bir mutlak hak olmasına rağmen (B), şerh ile kuvvetlenmiş kira sözleşmesinden doğan (A)'nın alacak hakkına katlanmak ile yükümlü olacaktır¹¹¹.

Hukuki işlemin tarafları anlaşsalar dahi tüm şahsi hakların tapu kütüğüne şerh edilmesi mümkün değildir. Tapu kütüğüne şerh verebilecek şahsi haklar Kanunda açıkça sayılmıştır ve bunlar sınırlı sayıdadır. Şu halde, kanunlarda şerh verebilecek haklar arasında sayılmayan nisbi (kişisel) hakların şerhi mümkün olmadığı gibi yanlışlıkla tapu siciline şerh edilmiş olsalar bile yeni hak sahiplerine karşı ileri sürülebilmeleri mümkün değildir¹¹².

Ön alım hakkı, bir kimsenin taşınmazını üçüncü bir kişiye satması halinden ön alım hakkı sahibine tek taraflı beyanı ile taşınmazın olabilme yetkisini veren yenilik doğuran bir haktır. Adi yazılı şekilde yapılabilen ön alım hakkı, şerh edilmediği sürece sadece o sözleşmenin tarafı olan taşınmaz malikine karşı ileri sürülebildiği halde şerh edilmişse taşınmazın satılması durumunda satın alan üçüncü kişiye karşı da kullanılabilecektir¹¹³.

Resmi şekilde yapılması zorunlu olan alım hakkı, hak sahibine tek taraflı bir beyanla bir taşınmazın alıcısı olabilme yetkisi veren yenilik doğuran bir haktır. Alım hakkı resmi şekilde yapılmış olmasına rağmen tapu siciline şerh edilmemişse sadece sözleşmenin tarafı olan taşınmaz malikine ve onun külli haleflerine karşı ileri sürülebildiği halde şerh edilmesi durumunda şerhte belirtilen süre içerisinde her malike karşı ileri sürülebilir¹¹⁴.

¹¹¹Reisoğlu, s.33.

¹¹²Oğuzman/Öz s. 25; Reisoğlu, s.33.

¹¹³Reisoğlu, s.33.

¹¹⁴Reisoğlu, s.34.

Resmi şekilde yapılması zorunda olan geri alım hakkı, taşınmazını bir başka kimseye devretmiş kimseye, te taraflı irade beyan ile geri alabilme yetkisi sağlayan bir yenilik doğuran haktır. Geri alım hakkı tanımak üzere taşınmazı elinden çıkarmak zorunda kalan kişi ile yeni malik arasında yapılan sözleşme geri alım sözleşmesidir. İşte bu sözleşmeden doğan nisbi (kişisel) hak, ancak şerh edilmesi durumunda taşınmazı devralan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir¹¹⁵.

Taşınmaz satış vaadi, taraflardan birine veya her ikisine bir taşınmazın satış sözleşmesinin yapılmasını istemek hakkını sağlayan bir ön sözleşmedir ve BK m.22/II uyarınca noterde yapılmış olması gerekir işte geçerlilik şeklini uygun olarak yapılan taşınmaz vaadinin tapu siciline şerh edilmesi, nispi hakkın 3. Kişilere karşıda ileri sürülebilmesine imkan tanır.¹¹⁶

Bağışlayana dönme şartlı bağışlama sözleşmesinde, bağışlayanın bağışlayandan önce ölmesi halinde bağışlanan şeyin bağışlayanın mülkiyetine geri dönmesi söz konusudur. İşte Kanun böyle bir sözleşmenin de tapuya şerhine imkan tanımış ve bağışlayana dönme şartına bağlı tapuya şerh edilmiş bir sözleşme olmasına rağmen taşınmazı devralan üçüncü kişilere karşı da bu hakkın ileri sürülmesine imkan tanımıştır¹¹⁷.

¹¹⁵Reisoğlu, s.34.

¹¹⁶Reisoğlu, s.35.

¹¹⁷ Reisoğlu, s.36.

İKİNCİ BÖLÜM

TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ VE IRAK HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRILMASI

I. SÖZLEŞME SERBESTLİĞİ İLKESİ

Türk medeni hukukunun diğer alanlarına nazaran borçlar hukukunda emredici kurallardan çok tamamlayıcı ve yorumlayıcı hukuk kuraları yer alır. Aynı durum IMK'nın sözleşmeleri düzenleyen 73-185 maddeleri için de geçerlidir. Bu çerçevede Türk borçlar hukukunda ve IMK'da (m. 73-185), hukuki ilişkinin tarafları bakımından irade serbestisi prensibi söz konusudur ve taraflar, Kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde diledikleri sözleşmeyi diledikleri şekilde yapma imkanına sahiptir¹¹⁸.

TBK m.26. ve IMK m.75' de düzenlenen sözleşme özgürlüğü, hukuk düzenin sınırları içerisinde kişilerin irade beyanları ile diledikleri hukuki işlem yapabilme ve diledikleri hukuki sonucu meydana getirebilme özgürlüğünü ifade etmektedir. Buna göre sözleşme özgürlüğü TBK ve diğer kanunlara getirilmiş sınırlar içinde kalmak koşulu ile şu yönlerden kendilerini gösterir.

A. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü

Kural olarak kimse bir sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi, kendisi de bir başkasına sözleşme yapmaya zorlayamaz. Fakat istisnai olarak hukuk düzeninin bazen sözleşme yapma zorunluluğu getirmesi de mümkündür. Örneğin, 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun m. 6. "satıştan kaçınma" başlığı altında getirdiği düzenlemeye göre, üzerinde "numunedir" veya "satılık değildir" ibaresi bulunmayan bir malın, ticari bir kuruluşun vitrininde, rafın veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi halinde satıcı malların satışından kaçınmaz.

¹¹⁸ Oğuzman/Öz. s. 19; Eren, s. 16.

B. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü

Kural olarak hiç kimse belirli bir kişiyle sözleşme yapmaya zorlanamaz. Ancak istisna olarak özellikle kamu hizmeti gören kurumlar (elektrik, doğalgaz, su hizmetlerini yerine getiren kurumlar gibi) veya hukuki ya da fiili tekel hakkına sahip kişi veya kurumlar (bir kasabadaki tek fırın veya eczane gibi) yaptıkları hizmetlerden yararlanmak üzere kendilerine başvuran kimselerle sözleşme yapmak zorundadır. Kamu hizmeti gören kurumların sözleşme yapma zorunluluğu kanundan doğmaktadır. Fiili tekele sahip kişilerin haklı neden olmaksızın sözleşme yapmaktan kaçınmaları ise hakkın kötüye kullanılması teşkil etmektedir. Söz konusu durumlarda sözleşme yapmaktan kaçınma ilgili kurumlar bakımından, kişinin hizmetten yararlanmaması nedeniyle uğradığı zararı tazmin yükümlülüğü altına sokar¹¹⁹.

C. Sözleşmenin Şeklini Seçme Özgürlüğü

Kanunda açıkça belli bir şekil öngörülmediği sürece sözleşmelerin geçerliliği şekle tabi değildir (TBK m.17). Şu halde, taraflar kanunen şekle bağlı olmayan sözleşmeleri diledikleri biçimde yazılı, sözlü veya resmi şekilde yapma özgürlüğüne sahiptir. Bunun yanında Kanunun asgari şekil şartı öngördüğü durumlarda dahi taraflar aralarında anlaşarak bu sözleşmeye ilişkin daha ağır bir şekil şartı getirebilirler¹²⁰. Örneğin, kefalet sözleşmesi adi yazılı şekilde yapılabilir. Ancak, taraflar yazılı şekil şartından daha ağır bir şekli kararlaştırarak kefalet sözleşmesinin geçerliliğini resmi şekilde (noterde) düzenlenmiş olmasına bağlayabilir.

D. Sözleşmeyi Değiştirme Veya Tamamen Ortadan Kaldırma Özgürlüğü

Taraflar, daha önceden yapmış oldukları sözleşmeyi aralarında anlaşarak değiştirebilecekleri gibi, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmakta da (ikale) serbesttir¹²¹.

¹¹⁹Yavuz, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 4-5; Zevkliler, s. 35

¹²⁰Yavuz, s. 5; Zevkliler, 36.

¹²¹Yavuz, s. 5; Zevkliler, 36.

E. Sözleşmenin Konusunu Ve İçeriğini Seçme Özgürlüğü

Taraflar sözleşmeye konu şeyi, miktarını, özelliklerini, ifa zamanını, biçimi ve yerini serbest iradeleriyle aralarında anlaşarak belirleyebilirler¹²².

Sözleşmenin Tipini Seçme Serbestisi Prensibi: Borçlar hukukunda, eşya, aile ve miras hukuku sözleşmeleri bakımından geçerli olan sınırlı sayı ve tipte olma ilkesi geçerli değildir. Dolayısıyla borçlar hukuku sözleşmeleri bakımından taraflar mutlaka kanunda öngörülen sözleşme tiplerinden birini seçmek zorunda değildir. Bu çerçevede, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık teşkil etmediği sürece taraflar aralarında anlaşarak, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinin bir ya da birkaç unsurunu bir araya getirerek yeni bir sözleşme tipi meydana getirebilecekleri gibi, kanunda hiç düzenlenmemiş bir sözleşmeyi de kararlaştırabilirler¹²³.

TC Anayasası m.48/II’de “*herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir.*” denilmektedir. Bundan hareketle, kişiler, kanunun belirlediği sınırlar içinde kalmak kaydı ile sözleşmenin içeriğini diledikleri şekilde belirleyebilirler. Buna “*irade serbestisi ilkesi*” denmektedir. TBK’ya hakim olan ilke de, irade serbestisi ilkesinden hareketle, sözleşme özgürlüğü ilkesidir¹²⁴.

Hukuk düzeni bireylere istedikleri biçimde hukuki ilişkiler kurmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hakkını tanımıştır. Bireylere tanınan bu hakka kısaca “irade özerkliği” adı verilmektedir. Anayasanın 48. maddesi de “*Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir*” diyerek sözleşme serbestisini güvence altına almış ve Gerekçe’de kanunun bu hürriyetleri ancak kamu yararı amacıyla sınırlayabileceği belirtilmiştir¹²⁵.

Sözleşme serbestisi genellikle iki anlamda kullanılmaktadır: Biri sözleşme yapmak serbestisi; fertler herhangi bir akdi yapıp yapmamak ve akdi dilediği kimseyle

¹²²Yavuz, s. 5.

¹²³Yavuz, s. 6; Zevkliler, 37.

¹²⁴ Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa, 2016, s. 108

¹²⁵Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Basımevi, İstanbul 2000, s.91.

yapmakta serbesttir; diğeri ise tarafların yapacakları akdin muhtevasını diledikleri gibi düzenleme serbestisidir¹²⁶.

Bunun yanında sözleşme serbestisi, sözleşme yapıp yapmama serbestisinin ötesinde ferdin dilediği kimseyle sözleşme yapması, şekil serbestisi ve akdi sona erdirmeye serbestisini de kapsamaktadır. Sözleşme serbestisi, hukuk sisteminde, irade özgürlüğünün en önemli kaynağıdır¹²⁷.

Genel olarak sözleşme yapma serbestisini şu üç genel başlık altında toplamak mümkündür:

- a) Sözleşme yapma serbestisi,
- b) Sözleşmenin muhtevasını düzenleme serbestisi,
- c) Şekil serbestisi.

Sözleşme özgürlüğünü, kısaca, “*kişilerin diledikleri sözleşmeyi geçerli olarak yapabilmek hususunda sahip oldukları özgürlük*” diye de tanımlayabiliriz¹²⁸. Türk hukukunda temel ilke sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Aynı durum Irak hukuku için de geçerlidir. TBK’da, sözleşme serbestisi prensibi ile bunun sınırlarını çizmiştir¹²⁹. Fakat, “*yaşam için zorunlu mal ve hizmetleri satma*”, “*savaş ekonomisinin gereksinmesi*” ve “*sözleşmeyi yapmaktan kaçınmanın ahlaka aykırı düşmesi*” gibi durumlarda, artık sözleşme yapma zorunluluğu söz konusudur¹³⁰.

Sözleşmenin konusunu belirleme serbestisinin de “hukuka aykırılık”, “ahlaka aykırılık” ve “imkansızlık” gibi sınırları vardır. Ayrıca, “genel işlem kayıtları” da anılan serbestiyi sınırlar¹³¹.

¹²⁶ Ekonomi, M, Ferdi İş Hukuku, C.1, 2.Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, Gümüşsuyu 1980, s.86.

¹²⁷ Tekinay, s. 363.

¹²⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s.362.

¹²⁹ Saymen, Ferit Hakkı, Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul 1954, s.463.

¹³⁰ Tunçomağ, Kemal/Centel, Tankut, İş Hukukunun Esasları, Beta Basımevi, 2.Bası, İstanbul 1999, s.781.

¹³¹ Tunçomağ, Kemal, Türk Borçlar Hukuku 1, C.1, İstanbul 1976, s.248 V.D.

II. SÖZLEŞME SERBESTİSİ KAVRAMI

Maddi hukuk kişilere istedikleri gibi hukuki ilişkilere girmek, değiştirmek ve ortadan kaldırmak hakkını vermiştir. Kişilere tanınan bu haklara kısaca “irade özerkliği” denmektedir.

Diğer taraftan sözleşme serbestisi, sözleşme yapma ya da yapmama serbestisinin ötesinde, bireyin istediği kimseyle sözleşme yapması, şekil serbestisi ve sözleşmeyi sona erdirmeye serbestisini de barındırmaktadır.

Serbesti ve özgürlük kavramları genel olarak hukuk düzeninin temel amaçlarından olan taraf iradelerine üstünlük tanımak ve bu iradelerin en etkili şekilde sosyal yaşama aktarılması ilkesi çerçevesinde vazgeçilmez niteliktedir. Sözleşme özgürlüğü, hukuk sisteminde irade özgürlüğünün en önemli kaynağıdır¹³².

Sözleşme özgürlüğü çok geniş bir kavramdır. Yargıtay sözleşme özgürlüğüne ilişkin olarak farklı açıklamalar ortaya koymuştur: Genel olarak kişiler özel hukuku alanında diğer başka kişilerle girdikleri ilişkilerini, hukuka uygun olmak şartıyla istedikleri gibi düzenler, istedikleri konuda istedikleri ile sözleşme yapabilirler. Bu olanak TBK’da düzenlenen sözleşme serbestliği ilkesinin bir neticesidir. Tanınan bu hak irade özerkliği ve sözleşme hürriyeti kavramları ile Anayasa tarafından güvence altına alınmıştır (TC Anayasa m.48). Bu anlamda sözleşme serbestliği ilkesine göre bireyler; yasa tarafından öngörülmüş sözleşme çeşitlerinden ayrı ya da karma veya kendine has sözleşmeler oluşturmak ve sözleşmelerin şartlarını istedikleri gibi tespit etmek hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla, kanun tarafından ön görülmüş olan sözleşmelerin çeşidini değiştirmek ve içeriğini yasal sınırlar içinde belirlemek hakkına sahiptir. Bu serbestinin sebebini, sürekli olarak gelişen toplumun, gerek sosyal ve gerekse de ekonomik ihtiyaçlarının gerekliliğinde, kanunların oluşum sürecinde kendisine gerekli doneleri genellikle geçmişteki tecrübe, ilmi ve kazai içtihadlardan alan kanun yapıcının bu nitelikteki hayati ihtiyaçları önceden tahmin edip; uzun bir geleneğin sosyal ve ekonomik gerekliliklerini düzenleyememesinde aramak gerekir. Bu durum tek taraflı irade beyanlarında da geçerli olan bir kuraldır. Diğer bir deyişle, tek

¹³²Tekinay, s. 363.

tarafı bir irade beyanı ile borç üstlenen kişinin, bu irade beyanının geçerli olup olmayacağı tekrar bu düzenlemelerle (TBK m. 26-27) çözümlenecektir¹³³.

Hukuk düzeninin kişilere, kendi sosyal ve ekonomik ilişkilerini kendi iradeleriyle oluşturmak, değiştirmek ve ortadan kaldırmak serbestisini tanıması doğaldır. Kural olarak bir birey dilediği sözleşmeyi yapmakta özgür olduğu gibi istemediği bir sözleşmeyi de yapmaya da zorunlu değildir¹³⁴. Bu nedenledir ki sözleşme özgürlüğü ve irade özgürlüğü kavramları birbirinden ayrılamaz.

Akdin tarafları akdin konusunu istedikleri gibi belirleyebilirler. Bir sözleşme çeşidine uyma zorunluluğu da yoktur. İsterlerse kanunda düzenlenen bir sözleşmenin hükümlerini tamamen ya da kısmen benimseyebilecekleri gibi, sadece sözleşme konusunda anlaştıklarını beyan ederek yasaya yollama yapmakla yetinebilecekleri gibi, yasada düzenlenen bazı sözleşmeleri birleştirerek ya da karıştırarak da bir sözleşme oluşturabilirler. Ayrıca kanunda düzenlenmemiş yeni bir sözleşme yapmaları da mümkündür¹³⁵.

Bu doğrultuda tarafların sözleşme oluşturulması aşamasında şekil yönünden serbest olmalarına ilişkin şekil serbestisi de sözleşme özgürlüğü kapsamındadır. Çünkü genel olarak sözleşmelere ilişkin şekil konusu da bazı sınırlamalar ve belirli gereklilikler ayrı tutulacak olursa tümüyle tarafların iradelerine yani serbestlik alanlarına bırakılmış bir konudur. Böylelikle şekil serbestisi genel anlamda sözleşme serbestisinin doğal bir türevidir.

Diğer yandan hizmet sözleşmesi serbestisi gerek doktrinde gerek normlar hiyerarşisinde gerekse de pratikte, yargı kararlarıyla korunmayan fakat amaçlanan bir ilke halini almıştır. Bunun temel nedeni Türk ve Irak hukuk sisteminin de dahil olduğu Roma hukuk sistemlerinin neredeyse tamamının taraf iradelerine verdiği önemdir. Ayrıca bireysel ilişkilerin yansımasından oluşan hukuk sistemi, sınırlayıcı değil fakat koruyucu bir yapı içinde hareket eder ve bu anlamda tarafların iradelerini sınırlamayı değil bu iradelerin güvenli bir sistem içerisinde sağlam şekilde gerçekleşmesini amaçlar.

¹³³Y.4.H.D. , 26.10.1978, E. 1977/13113, K. 1978/12134, Y.K.D. 1979, Sayı 5, s. 634-635.

¹³⁴Oğuzman, Kemal. , Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 15.Bası, İstanbul 2017, s.19.

¹³⁵ Oğuzman/Öz, s. 19.

A. Sözleşme Özgürlüğünün Çeşitli Görünümleri

Genel olarak hiç kimse, iradesi dışında, bir sözleşme yapmaya mecbur değildir. Hiç kimse, bir sözleşmenin yapılması için bir beyanda bulunmaya zorlanamayacağı gibi, kendisine yönelen bir teklifi kabul etmeye de mecbur değildir¹³⁶. Sözleşme yapan taraflar ayrıca yaptıkları sözleşmeyi, tamamıyla ya da kısmen ortadan kaldırma özgürlüğüne de sahiptirler. Bu özgürlüğe dayanan taraflar, sözleşme özgürlüğünün kendi sınırları içinde bir sözleşmenin içeriğini istedikleri şekilde belirleyebilirler¹³⁷. Aile hukuku ve eşya hukuku alanındaki sözleşmelerin sayıları ve çeşitleri belirli yani sınırlı olduğu halde; borçlar hukuku alanında tip özgürlüğü prensibi egemendir. Kişiler, TBK’da öngörülen sözleşmelerden (örneğin alım satım sözleşmesi, trampa, eser v.b. gibi belirli sözleşmeler) başka, kanun tarafından hiç öngörülmemiş, yeni sözleşme çeşitleri de yapabilirler. (tipik olmayan sözleşmeler diğer bir deyişle adsız sözleşmeler)¹³⁸.

B. Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması

Kural olarak bir kimse başka birisiyle sözleşme yapıp yapmamakta özgürdür. Fakat bu özgürlüğün de istisnaları vardır ki bu durumlarda bir sözleşme yapma zorunluluğu doğmaz. TBK sözleşme serbestisini olumlu ya da olumsuz bir tavırla sınırlar.

Sözleşme özgürlüğüne ilişkin olumlu sınırlamalar şunlardır:

- 1-Bazı sözleşmelerin yapılmasını zorunlu tutmak.
- 2-Edimlerin kıymetini bazı kayıt işlemlerine tabi tutmak.
- 3-Bazı sözleşmeleri kamu kurumlarının iznine tabi tutmak.

Olumsuz sınırlamalar ise şu şekildedir.

- 1-Sözleşmeleri hükümsüz saymak.
- 2-Sözleşmeleri yasaklamak.

¹³⁶ Özsunay, Ergun, Borçlar Hukuku I, 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul 1983, s.52.

¹³⁷ Özsunay, s.53.

¹³⁸ Özsunay, s.53.

1. Sözleşme Özgürlüğünün Olumlu Sınırlanması

Sözleşme özgürlüğünün kanun koyucu tarafından olumlu bir şekilde sınırlanması, bazı hallerde bir kişinin sözleşme yapmakla yükümlü olması ve taraflar arasında yapılmış bir sözleşmenin içeriğinin, tarafların katkısı olmadan değiştirilebilmesini düzenler¹³⁹.

a. Sözleşme Yapma Zorunluluğu

Kural olarak, hiçbir birey istemediği bir sözleşmeyi yapmak zorunda değildir. Fakat vatandaşlar için gerekli bazı temel ihtiyaçların karşılanmasını hedefleyen sözleşmeleri yapmak, bazı özel düzenlemelerle zorunlu kılınmıştır.

Kamu hukuku düzenlemeleri uyarınca kamu hizmeti vermekte olan kamu idareleri ya da kurumları veya bunlara bağlı teşekküller ya da imtiyazla bu hizmetleri gören işletmeler (Türkiye Elektrik Kurumu, Devlet Demiryolları, P.T.T., Otobüs ve Su İşletmeleri, Türkiye Denizcilik İşletmeleri, Belediye, v.s.) kurallara uygun bir şekilde müracaat eden her kişiyle sözleşme yapmakla yükümlüdürler¹⁴⁰.

Yargıtayda bu konuda bir kararında¹⁴¹: “İdarenin objektif şartlarla ilan ettiği hizmetlerin yapılması için kendine düşeni yerine getiren kişi, bu hizmetlerden yeterince yararlanma hakkını haizdir. Belirli bir bedel karşılığında ve bazı şartlar altında yararlanılan hizmetlerin genellikle vasfı olmayıp, akdi bir niteliği vardır” demektedir. Dolayısıyla kişilerin belirli geçerlilik şartlarına uymak ve bir bedel ödemek suretiyle yararlandığı bu tip sözleşmeler “iltihaki sözleşmeler”dir. İltihaki sözleşmeler, bir kamu hizmet yürüten ve hukuken veya fiili olarak tekel durumda olan ve vatandaşların bağlanması gereken teşebbüslere ait belirlenmiş sözleşmeleri ifade eder. Bu sözleşmelerin ayırıcı özelliği, vatandaşların bunları kabul veya rededebilmesindedir. Teşebbüsün, yerine getirmekle zorunlu olduğu kamu hizmeti sebebiyle icap, genel ve sürekli bir nitelik arz eder ve herkes her an böyle bir icabı kabul edebilir.

¹³⁹ Tekinay, s. 364.

¹⁴⁰ Eren F. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, Gözden Geçirilmiş 21. Baskı, Ankara 2017, s. 373.

¹⁴¹ Y. 4. H. D. , 20.3.1980, E. 1980/1671, K. 1980/3675, Tekinay, s. 365.

Bu nedenle teşebbüsler, icabı kabul eden bir özel ya da tüzel kişiyle sözleşme yapmaktan geri duramaz. Ancak Yargıtay gerekli teknik olanakların olmaması durumunda teşebbüsün hizmet vermekten geri durabileceğini hükme bağlamıştır¹⁴².

Aksine bir tutumda yani gerekli şartları oluşmuş bir kişinin başvurusuna rağmen teknik gereklilikler de yeterli olduğu halde kamu kuruluşları hizmet vermekten kaçınırsa, kamu hukuku düzenlemelerine göre şikayet ya da dava yoluna başvurulabilir¹⁴³.

Bazı durumlarda sözleşme yapma mecburiyeti doğabilir. Örnek olarak, yaşam için zorunlu olan mal ve hizmetleri piyasaya süren ve piyasada tekel durumunda olan teşebbüslerin sözleşme yapma mecburiyeti bulunmaktadır. Bu durumda piyasada tekel olan teşebbüslerin, vatandaşlara sunulan mal ve hizmetler açısından, sözleşme yapma zorunluluğu vardır¹⁴⁴.

Fakat, halka açık yerlerin (sinema, tiyatro, kafe, park v.b.) gelen müşteri ya da izleyiciler ile sözleşme zorunluluğu, yine yapmış oldukları öneriden kaynaklanır. Bu yerler için, kanundan gelen bir sözleşme yapma zorunluluğu yoktur. Çünkü bu yerlerin işletmecilerinin müesseselerini kapatarak sözleşme yapmaktan kaçınmaları mümkündür.

b. Edimlerde Değer Sınırlamaları

Kanun koyucu tarafından sözleşme serbestisine müdahalelerinin bir bölümü olağanüstü durumlarda daha da artan edimlerin kıymeti itibariyle genel sınırlarını tayin ederek olur. Belediyelere fiyatlara narh koymak, mahkemelere gayrimenkul kiralarnı belirlemek gibi yetkilerin verilmesi, sözleşme özgürlüğüne yapılan sınırlamaların örnekleridir.

c. Sözleşmeleri Kamu Organlarının İznine Bağlı Kılmak

Bazı sözleşmelerin geçerli olabilmesi için resmi kurumlardan izin almak gerekir. Örneğin dış ticaret kurallarını düzenleyen mevzuat, ithalat, ihracat ve döviz alım-satımı gibi bazı işlemler için izin gereklidir. Ayrıca Maden Kanunu'nda maden arama

¹⁴² Y. 4. H. D. , 6.12.1974, E. 1973/6285, K. 1974/16590, Y.K.D. 1976, Sayı 5, s. 633-637; Y. H. G. K. , 13.5.1977, E. 1976/4-1976, K. 1977/480, Y.K.D. 1978, Sayı 8, s. 56-57.

¹⁴³ Y. İ. B. K. , 5.4.1944, 4/12, Y.İ.B.K. II, s. 313

¹⁴⁴ Özsunay, s. 52.

ruhsatnamesinin temlikine ilişkin yapılan sözleşmeler Enerji ve Tabi Kaynaklar Bakanlığının iznine tabi kılınmıştır. Fakat, izne tabi olan işlemlerin, ileride yapılması hakkındaki sözleşme yapma vaadlerini hükümsüz saymak mümkün değildir. Böyle bir vaad sözleşmesi gerekli izin alınmak şartıyla asıl sözleşmeyi yapma yükümünü meydana getirir¹⁴⁵.

2. Sözleşme Özgürlüğünün Olumsuz Sınırlanması

Sözleşme yapma özgürlüğünün olumsuz olarak sınırlanması bazı sözleşmeleri hükümsüz saymak ya da yasaklamakla suretiyle olabilir. TBK sözleşme özgürlüğünün temel sınırlarını gösterir. Örnek olarak İsviçre Borçlar Kanunu'nda “*Kanunda yazılı hükümlere uymayan anlaşmalar ancak kanun değiştirilemez nitelikte bir hüküm koymamış veya sözü edilen uymama, kamu düzenine, ahlaka ya da kişilik haklarına aykırı düşmemiş bulunduğu takdirde caizdir.*”¹⁴⁶”

a. Değiştirilemeyen Kurallar ve Yedek Hukuk Kuralları

Yasanın belirli konulara ilişkin düzenlemeleri, kendilerine aykırı olan anlaşmaları önlemek amacıyla. Burada belirli bir konuya ilişkin olarak bulunan ve ancak tarafların serbest iradeleriyle değiştirilmesi olanaklı olmayan kurallara, emredici hukuk kuralları denir¹⁴⁷.

Bir düzenlemenin emredici olması yani aksine anlaşma yapılamayacağı veya aksine yapılan bir anlaşmanın geçerli olmayacağı kanunda açıkça ifade edilmiş olabilir.

Örneğin:

Taraflar, kanunun emrettiği sıhhat şekillerine aykırı olarak sözleşme yapmayı kararlaştıramazlar. Borçlunun, hataya düşerek alacaklıya vereceği zarardan sorumlu tutulamayacağı hakkında önceden bir sözleşme yapılamaz. Borçlu taraf, ileride gerçekleşecek zamanaşımı def’ini ileri sürmek hakkından feragat edemez¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Tekinay, s. 368.

¹⁴⁶ Tekinay, s. 370.

¹⁴⁷ Tekinay, s. 370.

¹⁴⁸ Tekinay, s. 370

Fakat bir çok hükmün emredici hukuk kuralı olup olmadığı, lafzından anlaşılamaz. Düzenlemenin niteliğini belirlemek için, dayandığı temelin ve hükmün konulmasındaki amacın yorumlanması gerekebilir¹⁴⁹.

Buna göre: Kamu düzenini yani toplumun menfaatini kollama amacı taşıyan düzenlemeler amaçları itibariyle emredici hukuk kuralı niteliğindedir. Toplumun ahlaki temellerini korumak amacı taşıyan düzenlemeler de amaçları itibarı ile emredici hukuk kuralı niteliği taşırlar. Fertlerin kişiliğini korumak amacı taşıyan düzenlemeler de emredicidir. Ekonomik, sosyal veya fiziki özellikleri dolayısıyla zayıf olanları koruma amacı taşıyan hükümlerde emredicidir. Taraflar bu sayılan emredici kuralları değiştiremezler. Bu kurallara aykırı hareket etmek hükümsüzlüğe yol açar. Dahası emredici kuraldan kaçınmak için kanuna karşı hile yapılması durumunda da aynı müeyyide ile karşılaşılır¹⁵⁰.

b. Kamu Düzeni

Ortada somut bir emredici düzenleme olmasa da, yapılan bir sözleşme kamu düzenini ihlal ediyorsa, bu nedenle hükümsüzlük yaptırımı ile karşılaşır.

Kamu düzeni, muğlak bir kavramdır. Genel ve belirli tanımını yapabilmek zordur. Genel olarak, kamu düzeni kavramı ile kastedilen, belli bir ülkede, belli bir zaman diliminde, toplumun ve devletin çıkarlarını çok yakından ilgilendiren ve tüm hukuk kurallarının oluşturduğu düzen anlaşılmaktadır. Diğer bir anlatımla, uygulanmalarında toplumun kesin çıkarlarının olduğu bütün hukuk kurallarından meydana gelen sisteme, kamu düzeni denir¹⁵¹.

Bu kuralların zamanla çeşidi değişebilir. Örnek olarak Türk Parasını Koruma Mevzuatının yabancı para birimi bulundurulmasını yasakladığı dönemlerde, bu açıdan kamu düzeni, kısıtlayıcı bir özellikte iken, sınırlamalar kaldırılınca kamu düzeni, serbestlik yönüne dönüşmüştür¹⁵².

Fakat kamu düzenine aykırı olan sözleşmelerin hükümsüz olacağı temel olsa da öğretide bir kanun hükmüne aykırı olmadığı halde sözleşmenin kamu düzenine aykırı sayılarak hükümsüz kılınabilmesinin tehlikeli bir muğlaklığa yol açacağı sebebiyle,

¹⁴⁹ Oğuzman/Öz, s. 72.

¹⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 72.

¹⁵¹ Özsunay, s. 56.

¹⁵² Oğuzman/Öz, s. 73.

yasadaki bir düzenlemeye aykırı olmayan bir hususun kamu düzenine aykırı olduğunun da ileri sürülemeyeceği görüşü savunulmaktadır¹⁵³.

Bir akdin konusu kişilik haklarına aykırı ise sözleşme bu nedenle hükümsüzdür. Bu sebeple, bireyin karar verme özgürlüğünün hukuki işlemlerle önceden kısıtlanmasına izin verilmediği gibi, bireyi hak ve fiil ehliyetinden yoksun kılan muameleler de yasaktır. Dolayısıyla, bireyi her yönden sınırlayan ve ekonomik varlığını tehlikeye atan sözleşmeler hükümsüzdür¹⁵⁴.

Emredici hukuk kurallarının yanı sıra bir de yedek hukuk kuralları vardır. Yedek hukuk kuralları tarafların sözleşmede düzenlemedikleri yerleri dolduran ya da ikame eden ve tarafların irade beyanlarına yorum getiren yorumlayıcı hukuk kuralları olarak ikiye ayrılırlar.

Yedek hukuk kurallarının sözleşmelere ilişkin müdahalesi, emredici hukuk kuralları gibi sert ve şart olmamakla beraber, sözleşmedeki boşlukları doldurmak ya da iradelere belli bir anlam yüklemek gibi oldukça önemli görevleri vardır¹⁵⁵.

Direkt olarak sözleşme içeriğini hedef almayan fakat; bazı borç ilişkilerinin yapılmasını yasaklayan hukuk kuralları da vardır. Örnek olarak, bir anonim şirketin kendi hisse senetlerini alması yasaktır. Bu çeşit yasaklamalar da sözleşme yapma serbestisini kısıtlamaktadır.

Herhangi bir somut düzenlemeyle belirtilmiş olmasa dahi, içeriği toplumda yerleşmiş olan ahlaki kurallara, diğer bir deyişle genel ahlaka aykırı sözleşmeler de hükümsüzdür¹⁵⁶. Burada dikkat edilmesi gereken husus söz konusu olan konunun, bir kişinin ahlak anlayışı değil toplumun benimsediği ahlak kurallarıdır¹⁵⁷.

c. Ahlaka Aykırılık

Ahlaka aykırılık çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmektedir:

Bir kimseyi belli bir davranışta bulunmaya ya da düşünmeye zorlama. Örnek olarak, bir kimseyle din veya parti değiştirmek için yapılan sözleşmeler.

¹⁵³ Hatemi H. , Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul 1976, s. 42 v.d.

¹⁵⁴ Özsunay, s. 56.

¹⁵⁵ Tekinay, s.372.

¹⁵⁶ Oğuzman/Öz, s. 73.

¹⁵⁷ Hatemi, s. 83.

Bireysel özgürlüğün ya da sosyo-ekonomik varlığın aşırı bir şekilde sınırlandırılması. Örnek olarak, süresiz hizmet sözleşmeleri ya da hayatı tehlikeye sokan davranışlar içeren sözleşmeler.

Ahlaka aykırılık sözleşmenin konusundan da çıkabilir. Örneğin, bir genel ev işletmek için yapılan şirket sözleşmesi, hiçbir emredici hukuk kuralına aykırı değildir. Böyle bir şirket kurulmasını yasaklayan bir hüküm yoktur. Fakat söz konusu şirket sözleşmesinin yapılması ile istenen amaç ahlaka aykırıdır ve bu sebeple sözleşme hükümsüzdür¹⁵⁸. Dolayısıyla yazılı bir hukuk kuralına aykırı olmasa da bu şekilde bir düzenleme diğer bir deyişle bu amaçla yapılan bir sözleşme toplumun genel kabul görmüş olan ahlak kurallarına aykırı olması sebebiyle geçerli olmayacaktır. Yargıtay'ın genel görüşü de aynı doğrultudadır¹⁵⁹.

Ancak, ahlaka aykırı bir amaç sebebiyle sözleşmenin hükümsüz olması için:

Söz konusu amacın her iki sözleşme tarafından da amaçlanması; hiç değilse bir tarafın istediği amacın diğer tarafça da bilinmesi.

Karşı tarafın ahlaka aykırı olan amacı bilmesinin haricinde bu amacın meydana gelmesini teşvik etmesi ya da bu sayede olağan olmayan bir çıkar elde etmesi aranmalıdır.¹⁶⁰

Ahlaka aykırılığın takdiri hakime aittir. Hakim, ahlaka aykırılığı, kendi şahsi ahlak yapısına göre değil, vatandaşların genel ahlak anlayışına göre belirlemelidir.¹⁶¹

Yasanın özel olarak düzenleyerek izin verdiği bazı sözleşmelerin ahlaka aykırılığından söz edilemez. Örnek olarak, boşanmanın hukuki sonuçlarına ilişkin anlaşmayı TMK. m.166/3 uyarınca hakimin tasdik etmesinden sonra, bu anlaşmanın maddi çıkar elde etmek amacıyla boşanmaya rıza göstermeyi içerdiğinden, ahlaka aykırılık ya da kişilik haklarına aykırılık nedeniyle geçersiz olduğu ileri sürülemeyecektir¹⁶².

¹⁵⁸ Acemoğlu, Kemal, Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul 1971, s.63.

¹⁵⁹ Y.13.H.D. , 13.12.1976, 2884/8294, Y.K.D 1977/8, s.1118.

¹⁶⁰ Oğuzman/Öz, s. 74.

¹⁶¹ Özsunay, s.57.

¹⁶² Oğuzman/Öz, s.75.

d. İmkansızlık

Sözleşme yapıldığı sırada sözleşmenin konusunu oluşturan edimlerden herhangi biri objektif olarak imkansız ise, sözleşme hükümsüzdür. Bu imkansızlık fiili bir imkansızlık ya da hukuki bir imkansızlık olabilir.

Fakat önemli olan husus imkansızlığın hangi anda mevcut bulunduğudur. Sözleşmenin geçerliliğine etki yapan imkansızlık, sözleşmenin yapıldığı zamanda mevcut olan imkansızlıktır¹⁶³.Sözleşme yapılırken imkansız olan edimin daha sonradan şartların değişmesi ile olası hale gelmesi, sözleşmeyi geçerli kılmaz.

Sözleşme yapılırken mevcut olan imkansızlığın akdin geçerliliğine etki edebilmesi için bunun genel ve objektif bir imkansızlık olması gerekir¹⁶⁴.

Sözleşmedeki edim, aynı edimi yapacak olan hiçbir borçlu tarafından yerine getirilmeyecek ise, burada objektif imkansızlıktan söz edilir¹⁶⁵.

Bu durumu takiben edimin gerçekleşmesinin objektif olarak imkansız olduğunu bildiği halde diğer tarafa bu durumu söylemeyip sözleşme yapan kimse, bu davranışı sebebiyle karşı tarafın uğradığı zararı tazminle yükümlü tutulabilir¹⁶⁶.

e. Kişilik Haklarına Aykırılık

TBK m.27, TBK'nın emredici hükümlerine, ahlâka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olarak düzenlenen sözleşmelerin kesin hükümsüz olduğu ifade edilmiştir. Bu doğrultuda, bir kimsenin, yapmış olduğu bir sözleşme ile kişilik haklarının bir parçasını oluşturan ekonomik özgürlüğünü hukuka veya ahlâka aykırı bir şekilde sınırlandırması mümkün olmayacaktır. Ayrıca TMK m.23, kimsenin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceğini veya özgürlüklerini hukuka ya da ahlâka aykırı olarak sınırlandıramayacağını ifade etmektedir. Bu kapsamda, TMK m. 23 hükmü, kişinin ekonomik özgürlüğünün hukuka veya ahlâka aykırı olarak sınırlandırılmasında da uygulama alanı bulacaktır. Kişinin ekonomik özgürlüğünü adı geçen kanun maddelerine aykırı olarak sınırlandırmış olması, kişinin kendisini sözleşmenin karşı tarafının arzusu, keyfi veya insafına bırakması anlamına gelecektir. Örneğin, bir

¹⁶³Dural M., Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul 1976 , s.79.

¹⁶⁴ Oğuzman/Öz, s.76.

¹⁶⁵ Özsunay, s.58.

¹⁶⁶ Eren, s.403.

kimsenin sözleşme ile ekonomik ömrünün tamamını karşı tarafa tahsis etmesi, hayatı boyunca yalnız belirli bir firmadan alışveriş etmeyi taahhüt, ömrünün sonuna kadar bir tek ürün satmayı taahhüt etme sinde durum böyledir¹⁶⁷.

3. Yargısal Revizyon

Bir sözleşme ilişkisi içerisinde hakimin müdahale etmesi üç şekilde söz konusu olabilir:

Sözleşmenin hakim tarafından tamamlanması, sözleşmedeki boşlukların hakim tarafından doldurulması anlamına gelir. Böyle bir tamamlama, TBK’da sözleşmelerin ikinci derecede hususları bakımından, öngörülmektedir¹⁶⁸.

Sözleşmenin yargısal yoldan düzeltilmesinde ise TBK’da bazı hükümler mevcuttur. Örnek olarak, sözleşmede aşırıya kaçan bir cezai şart ya da aşırı bir tellallık ücreti varsa, hakim, takdir yetkisini kılılanarak bunu adil bir miktarda yeniden belirleyebilir.

Hakimin sözleşmelere müdahalesi, daha sonradan koşulların değişmesi nedeniyle de söz konusu olabilir. Örnek olarak, koşulların değişmesi ile, sözleşmenin yerine getirilmesi taraflardan biri için katlanılmaz bir duruma dönüşürse, hakimden sözleşmeye müdahale etmesi istenebilir¹⁶⁹. Fakat bu durumun meydana gelmesinden zarar gören ve sözleşmeye devam etmesi katlanılmaz bir duruma yol açılabilecek olan taraf için sözleşmenin devam ettirilmesi ve gerekliliklerinin yerine getirilmesi ekonomik bir yıkıma yol açabilir. Hukuk sisteminin bu tarz durumlara karşı bir önlem oluşturması zorunluluktur. Bu doğrultuda hakimin sözleşmeye müdahalesi kurumu oluşturulmuş ve bu açıdan belirli kurallara yer verilmiştir.

‘‘Clausula rebussic stantibus’’ ya da ‘‘ emprevizyon’’ adı verilen teori vasıtasıyla, hakimin sözleşmeye müdahale olması şu şartların gerçekleşmiş olmasına bağlıdır:

-Borç henüz ifa edilmemiş,

-Yeni bir durum ortaya çıkmış,

¹⁶⁷ Ünal, Akın. Kelepçeleme sözleşmeleri, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2011, s. 19

¹⁶⁸ Özsunay, s.59.

¹⁶⁹ Özsunay, s.59.

- Bu yeni durum taraflardan birinin eyleminden kaynaklanmamış,
- Bu yeni durum önceden tahmin edilemez nitelikte,
- Bu yeni oluşan durum taraflardan biri için sözleşmeye bağlı kalmayı tahammül edilemez bir yıkım haline getirmiş olmalıdır¹⁷⁰.

Bu şartların gerçekleşmesi halinde, işlem temelinin yıkıldığı kabul edilecek ve hakim sözleşmenin mahiyetini değişen durum ve koşulları ve tarafların menfaatlerini gözeterek hakkaniyete uygun olarak değişiklikleri yapabilecektir¹⁷¹. Bu durumda sözleşmeye devamı kaçınılmaz bir hal alan ve bu nedenle ekonomik bir çöküntü ile karşı karşıya olan taraf, bir nebze korunmuş olacaktır. Bu doğrultuda her iki tarafında menfaatleri gözönünde bulundurularak tarafların zarar görmesi en az şekile önlenmiş olacaktır.

C. Şekil Serbestisi

1. Şekil Kavramı

İrade beyanı yani iradenin dışa açıklanması farklı şekillerde yapılabilir. Bu dışa vurum sözlü ya da yazılı olarak olabileceği gibi başka bir davranışla da olabilir. Bu doğrultuda mutlak anlamıyla her çeşit irade beyanı bir biçim içinde ortaya çıkar.¹⁷² Öyleyse genel olarak bir iradenin açıklanması için kullanılan araca şekil denir. Fakat, dar ve belirli anlamda “şekil” kavramı ile, yalnız yasa tarafından veya hukuki işlem ile, bir irade açıklaması için düzenlenmiş bulunan, belirli bir dış biçim anlaşılır.

Burada önemli olan şeklin niteliği konusunda belirli bir şart söz konusu değildir. Bu konu tümüyle tarafların serbest iradelerine bırakılmış bir durumdur. Fakat burada önemli olan husus, taraflara şekil konusunda tanınan bu özgürlük diğer bir deyişle özerkliktir. Dolayısıyla şekle ilişkin serbesti de sözleşme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Burada önemli olan husus, taraflara şeklin içeriği konusunda tanınan serbestiden çok sözleşmelerin belirli bir şekle bağlanması ve bu durumda mevcut düzenlemelere uyulması gerektiği açısından tanınan serbestidir.

Hukuki işlemlerin belli bir şekle bağlanması aşağıdaki faydaları sağlar:

¹⁷⁰ Y.13.H.D., 12.2.1981, E.1981/147, K.1981/932, Y.K.D. 1982, Sayı 11, s.1561.

¹⁷¹ Tekinay, s.369.

¹⁷² Oğuzman/Öz, s.113.

Şekil taraflardan birini ya da her ikisini de korumak için düzenlenmiş olabilir. Şekle uyma zorunluluğu sözleşme ilişkisine girecek olan kimseyi düşünmeye zorlar.¹⁷³

Hukuki işlemlere açıklık ve kesinlik kazandırır¹⁷⁴.

Hukuki işlemlerin ve özellikle sözleşmelerin ispatlanmasını kolaylaştırır.

Şekil, resmi sicillerin sağlam temele dayanmasını sağlamak için öngörülmüş olabilir.

Şekil, taraflar ve üçüncü şahıslar bakımından hukuki emniyet sağlamak için öngörülmüş olabilir.

Hukuki işlemlerin belirli şekil kurallarına bağlanması çeşitli sakıncalar da doğurur:

Şekil zorunluluğu kabul edilirse, her şeyden önce, buna uymayan, belki de bundan habersiz olan ilgililerin irade açıklamaları etkisiz kalacaktır¹⁷⁵.

İkinci olarak, para ve zaman kaybına neden olur.

Üçüncü olarak da, biçim koşullarına aykırılık, hukuki muamelenin hükümsüzlüğü sonucunu doğuracağından, özellikle kendisini muamele ile bağlı sayan dürüst taraf bakımından sakıncalar ortaya koyar¹⁷⁶.

Şeklin var olması sözleşme yapanları ve tarafları rahatsız eden bir şey olduğu şüphesizdir. Fakat bir sözleşmeyi gerçekten oluşturmak isteyenlerin, sadece şekilden yıldıkları için sözleşme yapmaktan vazgeçmelerine veya sözleşmeyi yapmayı geciktirmelerine oldukça sık rastlanır. Bu tarafıyla şekil iş hayatında, iktisadi değerlerin değiş tokuş edilmelerindeki hızı kesen bir unsurdur. Bu durumda hiç kuşkusuz günümüzün hızlı hareket eden ekonomik sistemi içerisinde şeklin olumsuz bir unsur olarak kabul edilmesine yol açacaktır.

¹⁷³ Oğuzman/Öz, s.115.

¹⁷⁴ Özsunay, s.72.

¹⁷⁵ Tekinay, s.100.

¹⁷⁶ Özsunay, s.72.

2. Şeklin Çeşitleri

a. Amaçları Bakımından

aa. Sıhhat Şekli

Maddi hukukun yapılmasını emredici kural olarak düzenlediği herhangi bir şekil kuralına taraflar uymadıklarında yapılan sözleşme batıldır. Bir hukuki işlem, kanunda düzenlenen biçimde yapılmadığında geçerli olmayacaksa, geçerlik şekli söz konusudur. Sıhhat şekline örnek verecek olursak: TTK m. 128/3’de düzenlenen şekil şartı, TMK. m. 58’de derneklere ilişkin düzenlenmiş olan yazılı şekil şartı; TMK. m. 515’de vasiyetname için düzenlenmiş bulunan şekil şartları, TMK m. 141’de evlilik akdinin resmi memur huzurunda yapılmasına ilişkin düzenlenmiş olan şekil şartı.

bb. İspat Şekli

Hukuk düzeni bir hukuki işlemin kanıtlanmasını kolaylaştırmak için belirli biçimler öngörmüş bulunuyorsa, ispat şeklinden söz edilir. İspat şekline örnek olarak bir hakkın doğumu, kaybedilmesi, temliki, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacı ile yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları andaki miktar ya da değerleri, güncel olarak belirlenen miktarı aştığı takdirde senetle ispat olunması kararı verilebilir. Bu durumda söz konusu olan miktar sınırlaması enflasyonist yapı nedeniyle sürekli olarak yenilenmekte ve yükseltilmektedir.

cc. Sıhhat Şekli ile İspat Şekli Arasındaki Farklılıklar

Sıhhat şekline uyulmadan yapılan bir hukuki işlem batıldır. Fakat ispat şekline uyulmadan yapılan bir hukuki işlem hüküm ifade eder.

Borçlunun ikrar veya kendisine mahkemede teklif edidlen yeminden kaçınması durumunda, aslında ispat şartı olan yazılı delile ihtiyaç kalmaz ve dava alacaklının lehine sonuçlanır. Fakat şekil, sıhhat şartı ise, bu şekle uyulmadan yapılan işlemler, davalı tarafından duruşmada ikrar edilse dahi hakim davayı reddetmek zorundadır.

Ayrıca, sıhhat şekli gerçekleştirilmeden yapılan ve sonucunda da batıl olan bir hukuki işlem, davalı tarafından ikrar edilse dahi hüküm kazanmaz¹⁷⁷.

Bunun yanı sıra sıhhat şekline ilişkin düzenlemeler, emredici hukuk kurallarıdır. Taraflar bu kuralların aksini kararlaştıramazlar. Fakat, taraflar ispat şekline bağlı olan bir işlemin, serbestçe, yani bu şekle bağlı kalmaksızın ispat edilebileceğini aralarında kararlaştırabilirler. Kısaca ispat şekline ait düzenlemelerin anlaşma ile etkisiz hale getirilmesi mümkündür¹⁷⁸.

b. Kaynakları Bakımından

aa. Kanuni Şekil

Bir hukuki muamelenin ve özellikle bir sözleşmenin geçerli olabilmesine ilişkin şekil, kanun tarafından düzenlendiği takdirde buna kanuni şekil denir. Örneğin, alacağın temlikinde ve kefillik sözleşmesinde, TBK yazılı şekli öngörmektedir.

bb. İradi Şekil

Taraflar, kanunen bir şekle olmayan sözleşmenin, şekle tabi olarak yapılması konusunda anlaşmışlar ise, kararlaştırdıkları şekil oluşmadıkça sözleşme ile bağlanmış olmazlar¹⁷⁹. Bu biçimde kanunen değil fakat tarafların özgür iradeleriyle öngörölmüş şekle ilişkin düzenlemeler de aynı yasal düzenlemeler gibi bağlayıcı olacaktır. Bu durumda da iradi şeklin önemli ve düzenlenmesi durumunda da uyulması zorunlu olan bir düzenleme halini almasını sağlanacaktır.

Taraflarca kararlaştırılan iradi şekil, geçerlilik şartı olabileceği gibi, bir tanık ya da ispat biçimi de olabilir¹⁸⁰. Şekil anlaşmasında herhangi bir biçimde açıklama yapılmamış olmasına rağmen, kararlaştırılan şeklin bir sıhhat şekli olmadığını ileri süren taraf, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür.

Taraflar, kanunun ön gördüğü üzere şekle tabi olmayan bir sözleşmeyi şekle tabi tutmak üzere anlaşabilecekleri gibi, kanunen şekle tabi olması gereken bir sözleşmenin şekil şartlarını daha da ağırlaştırmaları mümkündür. Örnek olarak, kanunen adi yazılı

¹⁷⁷ Tekinay, 101-102.

¹⁷⁸ Postacıoğlu İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s.593-596.

¹⁷⁹ Esener T., Borçlar Hukuku, C.1, Ankara 1969, s.177.

¹⁸⁰ Özsunay, s.73.

şekle tabi olan alacağın temlik sözleşmesinin ya da kefaletin resmi şekilde yapılmasını taraflar aralarında kararlaştırabilirler¹⁸¹. Böyle bir durumda resmi şekle aykırı davranılırsa sözleşme geçerli değildir. Fakat tarafların aralarında ispat etme kolaylığı için resmi şekilde anlaştıkları ispatlanırsa, kanuni şekle uyulması akdin geçerliliği için yeterlidir.

Taraflar aksini kararlaştırmadıkça sözleşme uyarında şekle tabi bir sözleşmede değişiklik yapılabilmesi için aynı şekle uyulma zorunluluğu bulunmayacağı gibi; bu durum şekil anlaşmaları için de geçerli olmaktadır.

c. Yapılış Tarzına Göre

aa. Adi Yazılı Şekil

Sözleşmeyi meydana getiren irade beyanlarının ya da beyanlardan herhangi birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanı gerçekleştiren tarafından imzalanması adi yazılı şekli oluşturur¹⁸². TBK'da alacağın temlik, şuf'a sözleşmesi, bağışlama vaadi sözleşmesi, kefalet ve daha bir çok sözleşme için adi yazılı şekil öngörülmüştür. Adi yazılı biçim, iki unsurdan oluşmaktadır. Bunlardan ilki metin ikincisi imzadır.

Metin üzerinden yazının üzerine yazıldığı maddenin ya da yazının ne şekilde ve ne vasıtasıyla yazıldığına herhangi bir önemi bulunmamaktadır. Metin taraflardan herhangi biri tarafından yazılabileceği gibi bir üçüncü kişi tarafından ya da elektronik ortamda da yazılabilir. Metnin tamamının aynı kağıt ya da başka bir madde üzerinde bulunması şart değildir. Fakat, birden fazla metin içinde imzaların bunların tümünü kapsadığını gösteren bir bağlantı gereklidir¹⁸³.

Şekil şartı oluştuktan sonra, metnin belirli kısmının ya da tamamının tahrip olması geçerliliğini etkilemez. Önemli olan bu durumun ispat edilebilmesidir.

İmza ise daha ayrıntılı ve özelliği olan bir hukuki meseledir. İmza, yazılı bir irade beyanının kendisine ait olduğunu beyan etmek amacı ile, bir kimsenin ismi için kullandığı, özel şekilde çizgi ve harflerden oluşan kendine has ve tek olan bir işarettir. TBK m. 15'e göre imzanın kişinin el yazısı ile olması şarttır. İmza herhangi bir baskı

¹⁸¹ Oğuzman, s.126.

¹⁸² Tunçomağ K., Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1976.

¹⁸³ Eren, s.338-339.

olmaması gerekliliği ile bir başkasının yardımı ile bile atılsa dahi geçerli olmaktadır. Diğer taraftan, imzanın sahte olduğu ileri sürülür ve imzanın kime ait olduğunun belirlenmesi istenirse bu durum bilirkişi yardımıyla tespit edilir.

Okuma yazma bilmeyenler ya da fiziki bir engeli dolayısıyla elle imza atamayanlar, onaylanmış bir el işareti kullanabileceklerinin yanı sıra tasdik ettirilmiş bir mühür ya da sol elin baş parmağını kullanmak gibi yöntemlerinden de yararlanabilirler.

Yazılı şekle tabi olan bir sözleşmede, yazılı metinde o sözleşmeyle borç üstlenenlerin imzalarının bulunması gereklilik şartıdır. Ancak, tek bir tarafa borç yükleyen bir sözleşme var ise, sadece borç altına girenin beyanının yazılı metinde yer alması ve sözleşmeyi onun imzalaması şarttır. İki tarafadlı borç altına sokan bir sözleşme var ise, her iki tarafın da beyanının yazılı olan metinde yer alması ve yazılı metni iki tarafın da imzalaması gereklidir. Aynı doğrultuda, Yargıtay bir kararında bağışlama üstlenilmesi, sadecetek bir tarafın borç yüklenmesi deolayısıyla, bağışlayanın açıklamasını ve imzasını şekil şartının oluşması bakımından yeterli görmüş vebağışlananın kabulünün bir şekle girmesi gerekmediğini öngörmüştür¹⁸⁴.

Atılacak olan imzanın, tarafların yaptıkları irade beyanlarını kapsaması gerekir. Herhangi bir boş kağıda atılan imzanın, daha sonradan üzerinin doldurulması durumunda, yazılı şeklin oluşmuş sayılıp sayılmayacağı tartışma konusu olmaktadır.¹⁸⁵ Doktrinde bazı görüşlere göre doğru çözüm, metnin imza sahibinin iradesi doğrultusunda doldurulduğu ya da güven teorisine göre iradesinin bu doğrultudaolduğuna inanılarak yapıldığı takdirde, artık şekle aykırılıktan söz edilememesi gerektiğidir.

bb. Resmi Şekil

Resmi şekil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının yasada belirtilen usule göre, resmi memur tarafından düzenlenen belgedeaçıklanması ile yapılabilir.

TBK sıhhati, resmi şekle tabi olansözleşmelerde bu konudaki resmi senetleri yapmaya, hangi makamın yetkili olacağını ve bu senetlerin düzenlenmesinde uyulması gereken usul kurallarını düzenlememiştir. Fakat, Noterlik Kanunu 60. madde gereğince,

¹⁸⁴ Y. 13. H.D., T. 17.5.1982, E. 3118, K. 3560, Karahasan M. R., Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.2, İstanbul 1992, s.146.

¹⁸⁵ Kocayusufoşaoğlu N., Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul 1968, s.33.

herhangi bir yasade farklı bir makam ya da kurum belirtilmedikçe resmi şekle tabi olan işlemleri noterler yapacaklardır.

Yetkili olduğu meselelerde noterlerin ancak kendiliğinden düzenleme şekline uyarak yaptıkları noter senetleri (Noterlik Kanunu m.84 v.d.), sıhhat şartı olan resmi şekli gerçekleştirir. Noterlerin sadece imza onaylamak suretiyle yaptıkları senetler (Noterlik K. m.90 v.d.) sıhhat şartı olan resmi şekli meydana getiremezler¹⁸⁶.

3. Şekil Kurallarına Aykırılığın Sonuçları

a. Kesin Hükümsüzlük

TBK 12/2. maddesinde düzenlenen, sıhhat şartı olarak aranan şekle aykırılık özellikleri taşıyan sözleşmeler hükümsüzdür. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında da kabul edilen bu hükümsüzlük kesin hükümsüzlüktür¹⁸⁷. Bu hükümsüzlük zamanaşımı ile ya da icazetle giderilemez, herkes tarafından ve her zaman ileri sürülebilir ve hakim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir¹⁸⁸.

Doktrinde yeni olan bu görüşler, bu hükümsüzlük durumunun kesin hükümsüzlük değil, kendine has bir hükümsüzlük türü olduğu, bu hükümsüzlüğün hakimnin kendiliğinden dikkate almaması gerektiği ve bu hükümsüzlüğün daha sonradan düzelebileceği görüşünü ortaya çıkarmıştır¹⁸⁹.

Ancak doktrinde önemli şekilde savunulan görüşe göre şekle aykırı sözleşmeler kendiliğinden hükümsüzsayılmalı ve hakim bu aykırılığı görevinden dolayı, re'sen gözönüne alabilmelidir. Bunun tersi görüşlere göre ise, şekle aykırılık bir tür iptal edilebilirlik haline dönüşebilir. Borçlar Kanunu'nda ise sadece hata, hile, ikrah ve gabine iptal edilebilirlik sonucu bağlanmıştır. Bunlara şekle aykırılık eklenemez. Diğer taraftan, Borçlar hukuku sisteminde butlan ve iptal edilebilirlik haricinde üçüncü bir hükümsüzlük şekli bulunmamaktadır ve farklı yorumlarla genel sistemden ayrılmaya gerek yoktur¹⁹⁰.

¹⁸⁶Kemal, Oğuzman, Medeni Hukuk Dersleri, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 6. Bası , İstanbul 1990, s.120..

¹⁸⁷ Kemal, Oğuzman, Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İ.B.D. 1955, Sayı 6, s.249.

¹⁸⁸Yarg. İBD, 30.9.1988, 2/2, Y.K.D., 1989, s.153.

¹⁸⁹ Eren, Borçlar Hukuku, C.1, s.359

¹⁹⁰ Oğuzman, Borçlar Hukuku..., s.122.

Şekle aykırı olarak kesin hükümsüzlük hallerinin bazı istisnaları bulunmaktadır:

Şekil kurallarına aykırı yapılan ölüme bağlı tasarruflar da, kendiliğinden hükümsüz olmayıp, sadece açılacak bir iptal davası ile hükümsüz kılınabilirler (TMK m. 557).

Şekil kurallarına aykırı olarak vücuda getirilmiş bir sözleşmede, hükümsüzlüğün öne sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa, öngörülen şekilde yapılmamasına karşın, sözleşme sağlık ve geçerlik kazanabilir.

Borç altına giren tarafın karşı tarafı yanıltarak, belli bir şekilde yapılması gereken bir sözleşmeyi, söz konusu şekle uyulmaksızın meydana getirmeye inandırması durumunda da, daha sonradan hükümsüzlüğü ileri sürmek TMK m. 2'de bahsedilen dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur.

b. Tahvil

Şekle uyulmaması nedeniyle hükümsüz olan sözleşme, başka bir sözleşmeye ilişkin şekle riayet edilmiş ise ve eğer tarafların oluşturdukları sözleşmenin hükümsüzlüğünü bilmiş olsalardı şekline uyulan diğer sözleşmeyi oluşturacakları kabul edilebiliyorsa ve bu sözleşme için aranan şartlar oluşmuşsa, şekil eksikliği nedeniyle hükümsüz sözleşmenin, şekline uyulan sözleşmeye tahvili ve böyle bir durumda hüküm doğurması kabul edilmektedir¹⁹¹. Örnek olarak gayrimenkul satış sözleşmelerinin tapu sicil memurları tarafından resmi bir şekilde yapılması şartı vardır. Bu satış işlemini noterlerin düzenlemesi mümkün değildir. Noterlere gayrimenkul satış sözleşmesinin yapılması değil, sadece satış vaadini düzenleyen bir sözleşmeyi resmi sened olarak oluşturmak yetkisi verilmiştir (Noterlik Kanunu m. 60 ve 89). Böylelikle taraflar noter huzurunda gayrimenkul satış vaadi değil satım sözleşmesi imzalamak isterlerse bu şekle aykırılıktır. Burada bulunan şekle aykırılığı gidermek için, noterin düzenlediği satış sözleşmesini satış vaadi sözleşmesi olarak kabul etmek, diğer bir deyişle, noterlerin yapamayacağı bir sözleşmeyi, noterin yapabilme yetkisi olan bir sözleşmeye çevirerek geçerli saymak mümkün olabilmektedir¹⁹².

¹⁹¹ S., Kaneti, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul 1972, s.1.

¹⁹² S., Tekinay, Eşya Hukuku, 5.Bası, İstanbul 1989, s.688.

Dolayısıyla taraf iradelerine yönelik en uygun çözüm bulunmuş olacak ve taraf iradelerine önem tanınması şeklindeki hukuk ilkesi yerine getirilecektir. Çünkü unutulmamalıdır ki hukukun en önemli ve başta gelen ilkesi taraf iradelerini en uygun ve olumlu biçimde yansıtmaktır. Böylesi bir çözümün benimsenmesiyle hukukun bu en temel ilkesine de işlerlik kazandırılmış olunacaktır.

III. IRAK HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTLİĞİ İLKESİ

Irak hukuk sisteminde Türk hukuk sisteminden farklı olarak ayrı kanun bulunmamakta. Borçlar hukukuna ilişkin düzenlemeler IMK içinde 73-185 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ayrıca sözleşmelerin muhtevasını düzenleyen bazı hükümler Irak İcar Kanunun'da da düzenlenmiştir.

IMK m.75 düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesi, genel olarak Türk hukuk sisteminin benimsediği prensiplere yakındır. Bu doğrultuda 75. maddedeki tanıma göre sözleşme özgürlüğü: sözleşme yapma, sözleşmeden kaçınma, bir müteahhit (yüklenici ya da genel anlamda taraf) seçme ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü içerir. İnsanın iradesine göre, birey sözleşme yapmaya da yapmama konusunda özgürdür. 75. madde ve medeni kanunun genel sözleşme serbestisi prensibinin aksine, gerek genel ve özel kanun hükümlerinde gerekse uygulamada sözleşme özgürlüğü çok kısıtlıdır. Özellikle kamu düzeni kavramı Irak hukuk sisteminde çok geniş yorumlanır ve hakim geniş takdir yetkisi vardır¹⁹³.

Sözleşme özgürlüğü, Irak'ta sözleşmenin oluşumunda uzun süre, önemli bir rol oynamıştır. Fakat oluşum aşamasının aksine, sözleşme ilişkilerinin düzenlenmesi, kamu düzeni ve ahlak limitleri ve yükümlülüklerini tanımlamak için kısıtlamalar önemlidir. IMK'da sözleşmeler irade beyanı temelinde kurulur. Sözleşme, tarafların sahip olduğu irade ve güce dayanıyorsa, irade ilkesinin bir sonucudur. Sözleşmeye dayalı iradenin objektifliği, yalnızca sözleşmenin imzalanması için gerekli değildir, aynı zamanda sözleşmenin toplanmasını ve sonuçlanmasını da kapsar. Bu ilke,

¹⁹³Şih Muhammed, Abu Zehra, El-Mülkiye Ve Nazariye-Tül El-Akid, Neşir Mefsuat El-Kaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel El-Arabiye, Mısır, 2001, s. 58

vasiyetnamelerin ve sözleşmelerin kurulmasında ve etkilerinin belirlenmesinde en büyük otorite olduğu anlamına gelir¹⁹⁴.

İrade tamamlandıktan sonra taraflar bu etkileri değiştirme özgürlüğüne sahiptir ve irade sona erdikten sonra taraflar istedikleri zaman sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir. Sözleşme yapma hakkı, IMK'da yasalar tarafından düzenlenen sözleşmelerin türlerinin bulunması (sözde sözleşmeler olarak adlandırılır) Kanun tarafından sınırlandırılmaz. Fakat Kanunda belirlenmemiş tipte sözleşme yapılması, sınırsız bir serbestlik tanımaz. Aksine kanunda sınırlı tipte sayılmış sözleşmeler, yapılacak olan sözleşmelere mutlak emsal teşkil etmelidir (kıyas yoluyla)¹⁹⁵.

Sözleşmeye dayalı irade ilkesi, iki ilke üzerine kuruludur: özgürlük ve eşitlik. Özgürlük hukuki muamelelerin temelidir ve eğer özgür irade varsa sözleşme kurulabilir. Birey mevcut özgür iradesiyle çıkarlarını değerlendirebilir ve özgür olduğu sürece bu çıkar yeteneğine sahiptir. İki özgür irade uzlaşacak olursa, mevcut menfaat mutabakata varacaktır. Bu uzlaşma, kamu yararına bir başarıdır çünkü kamu menfaati bireysel menfaatlerin toplamıdır¹⁹⁶.

Diğer ilke olan eşitlik ise fiili(de facto) eşitlik anlamında değildir. Bireysel olarak elde edilemeyeceği için kanun önünde eşitliktir. Hukuki eşitliktir ve sonuç olarak kamu çıkarını güvence altına alan ekonomik eşitliktir; çünkü insanlar hareket tezahürlerinde yasa önünde eşit kabul edilirse, özel çıkar ancak kamu menfaati ile gerçekleşebilir¹⁹⁷.

A. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü

Kural olarak kimse bir sözleşme yapmaya zorlanamayacağı gibi, kendisi de bir başkasına sözleşme yapmaya zorlayamaz. Fakat istisnai olarak hukuk düzeninin bazen sözleşme yapma zorunluluğu getirmesi de mümkündür. Bu durum Irak hukukunda Türk hukuk sisteminden daha geniş anlamda yerini bulur. Örneğin, taşımacılık sözleşmesinde, yüklenicinin sözleşmeyi imzalamaya istekli olmayacağı ve iradenin

¹⁹⁴Abdurlazzak, Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, El-Ukud El-Varide Ale El-Amel, Akdül El-Vekâle, Mısır 2006, s. 20.

¹⁹⁵Muhammed Vahideddin, Suvar, Şerh'L Kanun EL-Medenî, EL-Nazariye EL-Amme Lil İltizam, Masadir EL-İltizam, s. 348

¹⁹⁶Adnan İbrahim, El-Serhan, EL-Avzaa EL-Zahira ve Meda Himayetiha Fil-Kanun EL-Medenî EL-Iraki Ve'l Mukaren, Bağdat 1986, s. 111

¹⁹⁷El-Serhan, s.112

gücü, sözleşmeyi kabul veya reddetmenin bir yönüyle sınırlıdır; sözkonusu sözleşmenin varlığı konusunda şüphe olsa bile sözleşmedeki mal veya hizmet sağlama tekel konumunda olan taraf için zorunluluktur¹⁹⁸. IMK'nın 150. maddesinin 2. fıkrası bu yükümlülüğü kapsamına almıştır: "Sözleşme, yükleniciyi orada belirtilen hususla yükümlülük altına sokmakla sınırlı kalmayacak, aynı zamanda kanunlara göre taahhüt edilen şartlarla da ilgilenecektir"¹⁹⁹.

B. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü

Kural olarak hiç kimse belirli bir kişiyle sözleşme yapmaya zorlanamaz. Ancak istisna olarak özellikle kamu hizmeti gören kurumlar (elektrik, doğalgaz, su hizmetlerini yerine getiren kurumlar gibi) veya hukuki ya da fiili tekel hakkına sahip kişi veya kurumlar (bir kasabadaki tek fırın veya eczane gibi) yaptıkları hizmetlerden yararlanmak üzere kendilerine başvuran kimselerle sözleşme yapmak zorundadır. IMK hükmünde bu sözleşmeler "zorunlu sözleşmeler" olarak adlandırılmaktadır. Zorunlu sözleşmelerin atanması, sonuçta irade bileşiminin yapısıyla uyumlu olduğuna inanılan bir temsildir. Bu sözleşmelerde, sözleşme sona erdiğinde sözleşmenin şartlarını tartışırken, memnuniyet önemli bir rol oynamaz, ancak sözleşmeye taraf olanlar sadece yasayla öngörülen resmi bir sistem uygularlar.

Kural olarak, hiç bir birey istemediği bir sözleşmeyi yapmak zorunda değildir. Fakat vatandaşlar için gerekli bazı temel ihtiyaçların karşılanmasını hedefleyen sözleşmeleri yapmak, bazı özel düzenlemelerle zorunlu kılınmıştır.

Kanun koyucu tarafından sözleşme serbestisine müdahalelerinin bir bölümü olağanüstü durumlarda daha da artan edimlerin kıymeti itibarıyla genel sınırlarını tayin ederek olur. Belediyelere fiyatlara narh koymak, mahkemelere gayrimenkul kiralalarını belirlemek gibi yetkilerin verilmesi, sözleşme özgürlüğüne yapılan sınırlamaların örnekleridir.

C. Sözleşmenin Şeklini Seçme Özgürlüğü

Kanunda açıkça belli bir şekil öngörülmediği sürece sözleşmelerin geçerliliği şekle tabi değildir. Şu halde, taraflar kanunen şekle bağlı olmayan sözleşmeleri

¹⁹⁸ Abu Zehra, s.65

¹⁹⁹ 40 Sayılı 1951 Tarihli Değiştirilmiş Irak Medeni Kanunu

diledikleri biçimde yazılı, sözlü veya resmi şekilde yapma özgürlüğüne sahiptir. Fakat IMK, Irak İcar Kanunu, ITK ve bazı özel kanunlarda ciddi şekil şartları bulunmaktadır²⁰⁰. Özellikle gayrimenkul satış sözleşmeleri resmi senetlerle düzenlenmelidir. Aksi takdirde yapılan sözleşmeler hükümsüzdür. Başka bir deyişle, sözleşme Savate'nin sözleriyle tarafların iradesinin yasa koyucunun onayı ile birleşmesi istegidir²⁰¹, diğer bir deyişle, yasa koyucu üçüncü bir katılımcı olarak sözleşmeye girmektedir. Bu durum Irak'ta fiili olarak ciddi sıkıntılara yol açmaktadır. Çünkü yetkili makam, izin vermeyerek sözleşmenin kurulmasını engelleyebilmekte veya en azından başka bir zamana erteleyebilmektedir. Dolayısıyla sözleşmenin şeklini seçme özgürlüğünün istisnası olarak resmi senetle sözleşme yapılması, Irak'ta keyfi uygulamalara sebebiyet vermektedir.

D. Sözleşmeyi Değiştirme Veya Tamamen Ortadan Kaldırma Özgürlüğü

Sözleşme yapan taraflar ayrıca yaptıkları sözleşmeyi, tamamıyla ya da kısmen ortadan kaldırma özgürlüğüne de sahiptirler.

Taraflar, daha önceden yapmış oldukları sözleşmeyi aralarında anlaşarak değiştirebilecekleri gibi, kısmen veya tamamen ortadan kaldırmakta da (ikale) serbesttir.²⁰² IMK çerçevesinde iradenin gücü ilkesi benimsenmektedir. İnsanın iradesi kendi başına başlatması ve kendi taahhüdünü kurmasıdır. Bir kişi hukuki bir muameleyi (özellikle sözleşme) yaparsa, kendi iradesine uygun olarak ve istediği ölçüde bağlı kalır. Birey, sözleşmeyi feshetme veya değiştirme hakkına sahiptir. Fakat yasaların öngördüğü sınırlar dışında, sözleşmeden dönülmesi ya da sözleşmenin feshedilmesi konusunda irade için kişinin tam yetkisinin bulunmadığını kanunun emri üzerine söylemek mümkündür.

E. Sözleşmenin Konusunu Ve İçeriğini Seçme Özgürlüğü

Taraflar sözleşmeye konu şeyi, miktarını, özelliklerini, ifa zamanını, biçimi ve yerini serbest iradeleriyle aralarında anlaşarak belirleyebilirler.²⁰³ Bireyin sözleşmeden

²⁰⁰ Senhüri Abdurrezzak, el-Vesît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî, c. 1, Menşurat el-Halebî el-Hukûkiyye, Beyrut, Lübnan, 1998, s. 724.

²⁰¹ Abdurrezzak, s. 724.

²⁰² Yavuz, s. 5; Zevkliler, 36.

²⁰³ Yavuz, s. 5.

doğan yükümlölükleri belirleme, yerini ve kapsamını genişletme özgürlüğü kanunda aksi belirtilmediği sürece tamdır. Kiralamada, örneğin taraflar, sözleşmenin süresini belirleme özgürlüğüne sahiptir; ayrıca, diğer tüm sözleşmelerde kiracının kira gereksinimi ve benzeri şartları belirleyebileceklerdir. İmtiyaz sözleşmelerinde de durum aynıdır. Sözleşmeye taraf olanın yükümlölüğü, üzerinde anlaşma yapılan süreyle ilişkilidir. Bazı kamu yapılarını korumak ve yapmakla ilgili olan bayındırlık sözleşmeleri ya da kiralama sözleşmeleri gibi sözleşmeler de bazı durumlarda belli bir süreyle bağlantılıdır. Bu durumlarda üzerinde anlaşılan sürenin bitmesiyle sözleşme sona erer.²⁰⁴

F. Sözleşmenin Tipini Seçme Serbestisi Prensipli

Dolayısıyla borçlar hukuku sözleşmeleri bakımından taraflar mutlaka kanunda öngörülen sözleşme tiplerinden birini seçmek zorunda değildir. Sözleşme yapma hakkı, İMK'da yasalar tarafından düzenlenen sözleşmelerin türlerinin bulunması, yani sınırlı sayıda sözleşme sayılmış olmasıyla tarafından sınırlandırılmış anlamına gelmez. Bu hukuk kurallarının soyut ve genel yapıda olmasının bir sonucudur. Fakat kanunda belirlenmemiş tipte sözleşme yapılması, sınırsız bir serbestlik tanımaz. Aksine kanunda sınırlı tipte sayılmış sözleşmeler yapılacak sözleşmelere mutlak emsal teşkil etmelidir. Bu çerçevede, kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırılık teşkil etmediği sürece taraflar aralarında anlaşarak, kanunda düzenlenmiş sözleşme tiplerinin bir ya da birkaç unsurunu bir araya getirerek yeni bir sözleşme tipi meydana getirebilecekleri gibi, kanunda hiç düzenlenmemiş bir sözleşmeyi de kararlaştırabilirler²⁰⁵.

Bu irade serbestliği ilkesidir. İMK 130/1 (1). maddesi "Mecburiyetin yerine getirilmesi yasaklanmış değildir" hükmüyle, kanuna göre ve kamu düzenine ve ahlakına aykırı olmayan sözleşmeleri geçerli saymaktadır. Dolayısıyla TBK'da olduğu gibi Irak Medeni Kanun'nda hakim olan ilke de, irade serbestisi ilkesinden hareketle, sözleşme özgürlüğü ilkesidir.

Bu kısıtlamalar yalnızca sözleşmenin yasaklanması veya içeriğinin tanımlanmasıyla sınırlı kalmayacak, aynı zamanda yalnızca her iki tarafın iradesi ile

²⁰⁴Vüheybî Abdullah, el-Kavâidü'l-Münazzama li'l-Ukûdi'l-İdâriyye ve Tatbîkâtühâ fi'l-Memleketi'l-Arabiyye es-Su'ûdiyye, b. 2, Matbaatü'r-Riyad, Riyad, 2008, s. 415-417.

²⁰⁵Yavuz, s. 6; Zevkliler, 37.

yaratılacak hukuki ilişkilerin kurulması için yasanın müdahalesi anlamına da gelebilir. Sözleşmelerin hukuki zorunluluk temelinde sonuçlandığı "bazı yorumcular tarafından zorunlu sözleşmeler veya sözleşmeler olarak adlandırılır".

IV. IRAK DOKTRİNİNDE SÖZLEŞME SERBESTİSİ KAVRAMI

Yetki isteği ilkesinin şartı uzlaşmadır. Bu ilkenin içeriği uzlaşmacılık (consensualism) ilkesine uygulanıp uygulanmayacağı her iki ilkenin de birbirinden bağımsızlığının olup olamamasıyla ilgilidir. Bu soruyu cevaplamak için, tarafların iradelerinin etkili nedenini açıklığa kavuşturmak gerekir. Birçok hukuk felsefesine atıfta bulunarak, şu hususlara dikkat çekilmektedir²⁰⁶:

1. Sözleşmenin imzalanmasına ilişkin resmi kararnamelere ve İslami içtihatlarla uyumu açıkça ortaya koyarak, özellikle Roma yasalarında tarihsel aşamalarda irade ilkesinin konusu; sözleşmenin sonuçlandırılmasındaki resmi usullerdir.

2. İsteğin iki parçaya bölünmesiyle irade gücü ilkesi: Birinciye irade iktidarının ilkesi, ikinciye ise irade gücü konusu ilkesi denir. İlkinde, davranışın yaratılması ve belirli bir kalıpta formüle edilmesine gerek kalmadan yükümlülükler üretme iradesinin yeterliliği üzerine odaklanmaya çalışılır. Gerekli olan tek şey ifade edilmek ve daha sonradan verilen formda (sözcük, yazı, referans vb.) ifade edilmek içindir. Bu anlamda uyumlaştırma ilkesinin irade ilkesinin ayrılmaz bir parçası olması gerektiği kesindir.

Bu iki noktadan sonra, uzlaşmacılık ilkesinin anlamına atıfta bulunulur. Sözleşme, yükümlülükler oluşturmak için karşılıklı rızayla toplanır ve iki irade izninin toplanmaya yetecek ve yeterli olduğunu düşünmedikçe ilke tam olarak anlaşılamaz. Bu fikir birliğinin yeterliliği, sözleşmede özel şartları gerektirmeyen ilkenin temelini oluşturan ve sözleşmeyi tarafların iradesine göre yapmak, bunların ne ifade edileceğine bakılmaksızın bu iradenin şartı haline getirmektir²⁰⁷.

²⁰⁶ Abdul Razak, Ahmed Sanhour, Alwasit Fi Sharah Alqanun Almadanii, Nazariat Alailtizam Biwajh Eami, Masadir Alailtizami, Dar Alnashr Liljamieat Almisriat, Alqaharat, 2002, s. 141

²⁰⁷ Abdul Razak, s. 142

Bununla birlikte, uzlaşmacılık ilkesinin mutlak olmadığı veya diğer bir deyişle, iradelerin rızası sözleşmeyi oluşturmada tek başlarına yeterli olmayabileceği söylenebilir, çünkü yasa koyucu belirli sözleşme türlerini sayarak diğerlerini kısıtlar²⁰⁸.

Bazı kanunlara katılma, iktidarın ilkesi ve uzlaşma ilkesi arasında bir ayırım yapılması gerekliliğini doğurur. Vesayet ilkesinin, yalnızca rızasıyla değil, anlaşmalı "gönülsüzlük prensibi" nde olduğu gibi, sözleşme yapmama ya da sözleşme yapmamayı seçme iradesi olarak, eylem yaratma ya da eylemsiz kalma isteğidir²⁰⁹.

Başka bir deyişle, ilk ilke iradenin serbest bırakılmasına ve iradesinin serbest bırakılmasına götürür. İkinci ilke, bunu genişleten etkinlik yönlerini göstermektir. Bir kişinin diğer kişilerle sözleşme yapmaya ya da bu sözleşmelere girmesine izin vermemesine engel olma sorusunun değerlendirilmesi, sözleşme alanında yetkinin iradesi ile belirlenir²¹⁰.

Kişi, sözleşme yapma isteğini ifade ettikten sonra, sözleşmelerin sözleşmeden doğan sözleşmeler ya da resmi ya da aynî olarak hukuk hükümlerine dayanan sözleşmeyi imzalamada, bu sözleşmenin rızalı vesayetin gereğini belirleyecektir²¹¹.

İkinci prensip, uzlaşmacılık ilkesi ve anlaşmaların yeterliliğinin veya iki iradenin uygunluğunun belirlenmesidir. Bu sözleşmenin biçimi ve yeterliliği için spesifik yasal çerçeve olarak düşünülür. Belli bir sözleşmeyi imzalamada formaliteyi sağlayan yasanın, sözleşmenin imzalanması sırasında sözleşme gerekçesinin sınırlamalarına dahil edilmesi gereken istisnai durumlardan biri olarak kabul edilecektir²¹².

Resmi sözleşmelerde formalitenin ne dereceye kadar sözleşmeler şeklinde iade etme yükümlülüğü (sözleşmenin yapıldığı yerin teslimatı), yasa koyucu tarafından sözleşmeli bir gereklilik olduğu yönünde kararlaştırılan kanuni bir zorunluluktur²¹³.

Açıklığa kavuşturmak için, irade ve tatmin ilkelerini tanımlarken filtrelerin arındırılması metaforu kullanılmaktadır. İlkelerin, yasal olarak gerekli olan filtrelerin arındırılmasına benzetilebilir. Birisi bir sözleşme yapmak istediğinde, vesiyet ilkesinin

²⁰⁸ Abdul Razak, s. 143

²⁰⁹ Abdul Razak, s. 143

²¹⁰ Abdul Razak, s. 144

²¹¹ Asmt Abdul, Majid Bekir, Fikrat Alailtizam Alqanuniu Bialtaequd Watatbiqiha Fi Alqanun Aleiraqii, Aleadad Alththalith Eushara, Alsanat Alttasieat Fi Majalat, Baghdad, 1999, s. 186-190

²¹² Asmt Abdul, s. 189

²¹³ Asmt Abdul, s. 189

dayattığı kısıtlamaları gözlemlemelidir. Sözleşme kamu düzenini ve etiğini ihlal etmezse, ilk rafineriyi geçecektir. Bundan sonra, sözleşmenin formalitelerinden veya sözleşmenin teslim edilmesinden sonra yüklenici yasalarda dayatılabilecek kısıtlamaları dikkate almalıdır. Kanun belirli bir kısıtlama gerektirmiyorsa ancak sözleşmenin rızasıyla kabul edildiğinde yüklenici ikinci rafineriyi geçebilecektir²¹⁴. Dolayısıyla, sözleşme sürecine girme kararı yüklenicinin toplam özgürlük bağlamında takdir ettiği kişisel bir konudur.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, bireyi ve bireysel özgürlüğü kutsayan, bireyi toplumun merkezi olarak gören bireysel doktrinin sonucudur. Toplumu örgütleme amacı, bu doktrinin gözünde, bireyi korumak ve kendi çıkarını gerçekleştirmektir. İnsan özgür olduğu müddetçe iradesi öyle olmalıdır. Sözleşme kurma ve kanunda herhangi bir sınırlama olmaksızın etkilerini belirleme yetkisine sahip olan bu özgür iradedir²¹⁵.

Büyük ölçüde bu ilkedен etkilenen IMK, Fransız Medeni Kanunu'nun etkisi altındadır (1804 Napolyon'un kodlanması). IMK 1134. maddesi, "sözleşmeyi" belirterek iradenin yasa çıkarma yetkisinin bir nevi taraflara devrini belirtir. Diğer yandan IMK'nın temelini oluşturan 1948 tarihli Mısır Medeni Kanunu 147. maddesinde belirtildiği gibi, iradi vesayetin varlığı sözleşmehukukunun üstünlüğünü kaldırılmayacak veya değiştirilemeyecektir²¹⁶.

1951 tarihli IMK, iradenin gücü ve yasal hareketlerinin varlığından, sözleşmelerin feshi veya değiştirilmesi iradesi etkilenmez. Sözleşme, tarafların kanunu olarak kabul edilir. 1951 tarihli IMK madde 146. "Sözleşme ifa edildiyse, gereklidir ve hiçbir dava kendisine yönelmeyecek ya da kanunun bir hükmü ya da karşılıklı rıza ile hariç olmak üzere herhangi bir dava ile üzerinde değişiklik yapmayacaktır."

Aslında, sözleşmelerin gücünü vurgulamak ve bunu zorlamak için sivil mevzuat hükümleri (Mısır ve Irak) Fransız Medeni Kanununun 1134. maddesinin metninden kaynaklanmaktadır. Çünkü bu kanunlar doğrudan Fransız yasama organının bu maddedeki hükümleridir²¹⁷.

²¹⁴ Abdul Razak, s. 144

²¹⁵ Hamam Mohamed, Mahmoud, Mohamed Hussein Mansour, Mabadi Alqanun, Munsha'at Almaearif, Al'iiskandrit, 1986, s. 231

²¹⁶ Asmt Abdul, s. 190

²¹⁷ Hamam/Mohammed, s. 232

Çağın eğilimleri, irade özgürlüğü bireysel felsefeyle bağlantılı olduğu için özellikle on yıl içinde iradenin rolünü sınırlamaya yönelmiştir ve modern toplumların fikirleri sosyal fikirlerdir. Bu tarafların iradesine daha fazla kısıtlamalar getirmiştir. Dolayısıyla bireylerin kendi işlemlerindeki ilişkilerini düzenleyen yasaların olması özgür iradeyi kısıtlamaktadır²¹⁸.

Grubun çıkarlarını tersine çevirmek, güçlü tarafın zayıf tarafı ihlal etmesini önlemeyi gerektirir, ve bu da ancak kanunla sınırlandırılmalıdır. Hem işçinin hem de işverenin sözleşme yapma özgür iradesi vardır. Hem kiracı hem de ev sahibinin de sözleşme yapmak için özgür iradeleri vardır. Ancak bunlar eşit değildirler. Biri, diğer tarafında koşulları olan güçlü bir taraftır ve bu nedenle işverenin (ya da kiralayanların) kısıtlanması gerekecektir²¹⁹.

Tüketici, kamu ve tekeli şirketler arasındaki sözleşmelerde de durum aynıdır. Büyük bir şirket ile zayıf bir tüketici arasında özgür irade eşitliği zedeleyebilir. Var olan bu eşitlik sadece teorik eşitliktir. Su hizmeti şirketi veya elektrik şirketi tarafından belirlenen koşulları tartışabilen ortak bir tüketici yoktur. Sosyal adaleti gerçekleştirmek, ancak bu tekelin iradesini tüketicinin yararına kısıtlamayla mümkündür²²⁰.

Sosyal açıdan bakıldığında, bireylerin artık kamu düzenini, ahlakını veya ekonomik planın gereklerini veya toplumun genel yönünü ihlal eden şeyleri kabul veya sözleşme yapmasına da izin verilmemektedir²²¹.

Sözleşme özgürlüğü artık mutlak bir ilke değildir. Yasa gelip kişiyi belirli bir sözleşme yapmaya zorlayabilir veya kendisini istediği bir sözleşmeden mahrum bırakabilir. Sözleşmeden doğan yükümlülüklerin içeriğini belirleme özgürlüğünün yanı sıra, şimdi yasa koyucunun bu içeriği belirleme konusundaki katılımı artık normaldir²²².

Bireyin iradesi sözleşmeyi yapma veya feshetme veya değiştirme konusunda özgür değildir. Dolayısıyla, kanun, bir sözleşme için müdahale edebilir ve belirli bir organizasyon kurabilir. Böylece bireylerin iradesi, bu düzenlemeden değişikliğe uğramaz. Kamu çıkarı, devlete gerçek eşitliğin sağlanması için müdahale etme hakkını

²¹⁸ Hamam/Mohammed, s. 233

²¹⁹ Abdul Razak, s. 145

²²⁰ Abdul Razak, s. 146

²²¹ Abdul Hacı Hicazi, Al Nazariat Aleamat Lila Itizami, Masadir Alailtizami, Mutbaeat Nahdat Musr, C1, Alqahirat, 2002, s. 73

²²² Hicazi, s. 74

verir. Bu doktrini uygulamak için çeşitli ülkelerde ev sahiplerinin evlerini belirli bir ücretle kiralanmasına mecbur bırakan çeşitli kanunlar çıkartılmıştır. Bir süre sonra kiralari yenilemeye karar verilmiştir. Tüm bu açıklamalar kamu oyu mantığının grubun yararı lehine olduğunu teyit eder²²³.

Bu gelişmeler, bir sözleşmenin sonuçlandırılmasının artık sadece bir özel eylem olmadığını doğrular. Sözleşmeler, ekonomik koşullar ve faktörlerin baskısı altında yasaya tabi olabilir. Mahkemeler özel bir yoruma uymak zorunda kalabilir veya kanunların yorumlanmasına ilişkin kurallardan türetilir²²⁴.

Yasama meclisinin anlaşmaya varılan metinlerle yapılan sözleşmelere müdahalesi ve sözde sözleşmenin ortaya çıkışı ışığında, hukukun bir kısmı, sözleşmenin hukuki niteliğinin ortadan kalktığını ve yalnızca bir "polis sistemi" haline geldiği eleştirileri de vardır.

Hukuk kontrol ettiği koşulların etkilerine tamamen tabidir. Bu nedenle, bazı hukuk adamları serbest sözleşme sisteminin artık hakim olmadığına inanıyor, ve bu sözleşme sistemine, 'sözleşme regülatör sistemi', 'sözleşme uyum sistemi'²²⁵ tabirlerini uygun görüyorlar.

Sözleşmelerin organizasyonunda kanun koyucunun artan müdahalesigerek Irak gerekse Türk hukuksistemi tarafından da kabul görür. Bu müdahale sadece aynı güce sahip olmayan ve eşitlikten uzak yükleniciler arasında dengeli bir sözleşme yapılmasına dayanmaktadır. Bu sözleşmelerin öneminin azaldığı ya da bozulduğu anlamına gelmez.

Çağdaş hukuk felsefesi ve çağdaş sözleşmeler hukuku, yasal eylemler oluşturma iradesinin ilkesini kabul etmekle birlikte, makul sınırları içerisinde; irade, adalet ve ortak iyilik ile dengelenmektedir. Bu, objektif olarak sözleşmeye dayalı vesayet anlamına gelir. Dolayısıyla, "sözleşmeye dayalı irade nesnelliği", kamu menfaati, kamu düzeni ve devletin ekonomik politikası temel alınarak yasalarca belirlenen sınırlar uyarınca "sözleşme sürecine girme veya girme iradesi ve sözleşmenin içeriğini belirleme" olarak tanımlanabilir.

²²³ Hicazi, s.76

²²⁴ Hicazi, s. 77

²²⁵ Muhammed, Wahiduddin Sawar, Alaitijahat Aleamat Fi Alqanun Almadanii, Almuktabat Alqanuniat, Amman, 2001, s. 112

Ancak, gerçek sözleşme özgürlüğü ise, özellikle Anglo-Saksondünyada çemberi genişlemiş ve sınırlı özgürlükle sonuçlanmıştır. Anlaşılamayan bu serbestlik ilkesi, toplumsal düzeni ve ahlaki korur ve bu nedenle irade özgürlüğünün bulunduğu çevreden ayrılırlar²²⁶.

Bazı hukukçular sözleşme yapma yükümlülüğünün sözleşme ve ticaret özgürlüğü konusunda ciddi bir kısıt olduğuna inanırlar. Bunlar yönlendirilmiş ekonomide dağıtım sektörünün sosyal işlevini vurgularlar²²⁷. Yasal zorunlulukların sosyal işlevinin ortaya çıktığını kabul etsek de, bazı kişilerin zorunlu sözleşmelerin bulunmaması durumunda istismar ve adaletsizlik olaylarını önlemek için yasa koyucunun kullanması gereken önemli kısıtlamalar bulunmalıdır. Dolayısıyla, sözleşme yapma zorunluluğu, olumlu olarak davada satış üzerinde bağlayıcıdır. Satıcı sözleşmeyi bitirmekten kaçınırsa, satın almak isteyenlerin ifadesi olumlu kabul edilebilir. Mahkeme sözleşmenin sonuçlandırılmasına karar verecektir²²⁸. Buradaki düğüm noktası bağının kaynağı, bireysel irade değil, yasadır. Irak yasasında yer alan metinlerde yasal bağlama fikri, önemli rol oynar.

Sözleşme yapma özgürlüğü her halükarda, sözleşme kurallarını ve varlıklarını ve hükümlerini belirleyen sözleşmelerin temelini oluşturursa da, bu özgürlüğü etkileyen hususlar söz konusudur ve yüklenicilerden birinin rahat davranamayacağı düşünülmektedir. Her ne kadar irade, sözleşmenin oluşumunda ve içeriğinde uzun bir süre önemli rol oynamış olsa da, sözleşme özgürlüğü o kadar değişti ki, yasal hükümlerle sınırlandırıldı.

V. IRAK ANAYASASI'NDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Irak Anayasası'nda TC Anayasası'nda olduğu gibi m. 48/II' *"herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir"* şeklinde bir hükümle sözleşme serbestisi anayasal bir koruma altına alınmamıştır. Fakat buna mukabil IMK'da sözleşme yapma özgürlüğü temel hak olarak sayılmıştır. Medeni Kanun 93. maddede *"Yasa yetersiz olduğuna karar vermediği veya sınırlandırmadığı sürece herkes sözleşme yapma hakkına sahiptir"* denmektedir. Bu doğrultuda temel haklar Irak

²²⁶ Sawar, s.112

²²⁷ Razak, s. 149, Hicazi, s.80

²²⁸ Sawar, s.113

Anayasası'nda garanti altına alınmıştır. IAY m.15 *“Her fert yaşam, güvenlik ve özgürlük hakkına sahiptir. Yetkili yargı organları tarafından verilecek kararlar ve yasayla belirlenecek haller dışında bu haklardan mahrum bırakılma veya hakların sınırlandırılması yasaktır.”* Ayrıca bu temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması da IAY m.46 ile güvence altına alınmıştır: *“Bu anayasada yer alan herhangi bir hak veya özgürlükten faydalanmaya, sadece bir yasayla veya o yasaya dayanarak sınırlama getirilebilir. Ancak, söz konusu sınırlama hak ve özgürlüğün özüne dokunamaz.”*

VI. IRAK MEDENİ KANUNUN'DA SÖZLEŞMELER

Medeni kanunda sözleşme, yükümlülük için ana kaynaktır. Sözleşme yapan bireylerin hak ve yükümlülükleri sözleşme ile ortaya çıkmaktadır. Sözleşme iki ayrı bağımsız iradenin onayıyla oluşturulduğu sürece, değiştirilmesi ya da sona ermesi ancak bu iki iradenin onayıyla olur. Taraflardan herhangi biri kendi başına sözleşmeyi değiştiremez, vazgeçemez ya da sona erdiremez. Diğer taraftan hakim de adalete ve hukuka aykırı bir şekilde sözleşmeyi değiştiremez ya da sözleşmede olmayan bir hükmü sözleşmeye dahil edemez²²⁹.

Bununla beraber sözleşmelere ilişkin düzenlemelerde kamu gücü, kişilerin ekonomik ve sosyal ilişkilerine müdahil olmadan kamu yararı çerçevesinde sadece sözleşmeleri kontrol etmek ve yönetmektir. Bu Irak hukukuna hakim olan prensipler bağlamında düşünüldüğünde, sözleşmeler alanında kamu yönetimi ayrıcalıklarının özel bir şeklini ortaya çıkarmaktadır. Çünkü IMK'da sözleşmeye ilişkin ilkeler, sözleşmeyi yapanlar arasında eşitlik ve irade gücü ilkesinde sözleşmeleri düzenlemektedir²³⁰.

Sözleşme temelinde iki ya da daha fazla iradenin, bir yükümlülüğü meydana getirmek ya da aktarmak veya düzenlemek gibi belli bir hukuki etkiyi ortaya çıkarmak amacıyla anlaşılmasıdır. IMK'yı takiben sözleşmenin unsurları rıza, konu, sebep ve şekildir. Sözleşmenin sorunsuz olabilmesi için tüm tarafların sözleşme için şart olan yeterliliğe sahip olması ve her bir tarafın iradesinin sağlam olması gerekmektedir²³¹. Bu esasları aşağıda incelenecektir.

²²⁹Senhûrî Abdürrezzâk, el-Vesît fi'l-Kânûnî'l-Medenî, b. 2, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Kahire, 1964, s.153.

²³⁰Alûş, Sa'd, Nazariyyetü'l-Müessesetü'l-Âmme ve Tatbîkâtühâ fi't-Teşri'i'l-İrâkî, Dirâse Mukârane, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Bağdat, 1968, s. 7.

²³¹Abdulvehhâb Muhammed Rıfat, Mebâdiü ve Ahkâmî'l-Kânuni'l-İdârî, Menşûrâtü'l-Halebî el-Hukûkiyye, Lübnan, Beyrut, 2005, s. 492.

A. Rıza

Sözleşmelerde rıza ile kastedilen maksat iki ayrı iradenin bir yükümlülüğü meydana getirmek ya da aktarmak ya da değiştirmek gibi bir hukuki etkiyi oluşturmak amacıyla anlaşmasıdır. Öyle ki sözleşmeler yalnızca her iki tarafın da rızası, icabı ve kabullu ile meydana gelmektedir. Sözleşmede, sözleşme yapan taraf icapta bulunur. Diğer taraf da kabul ederse sözleşme kurulur²³².

İrade insanın içinde saklı olduğundan mevcut bu iradenin bir dış görünümü olması gerekmektedir. Buna da irade beyanı denir. Beyan; herhangi bir şekilde sözlü, yazılı, işaretle ya da işleolur. Fransız Hukukçu Waline şunu söylemiştir: *“Rıza göstermek sözleşmede temel unsurdur. Onun yerine geçen başka bir unsur yoktur. O, tarafların yükümlülüğü için doğrudan kaynaktır”*²³³

Rıza unsurunda; ehliyet kusurlarının haricinde yanlışlık, aldatma, zorlama, vedolandırma gibi kusurlardan herhangi birinin olmaması gerekir. Hakim bu kusurların bulunduğu sözleşmeleri iptal etmede medeni yargı yerine geçmektedir. Bunun örneği, şirket temsilcilerinden birinin kişisel sıfatıyla sözleşme yaparken, diğer tarafın onunla şirket temsilcisi sıfatıyla sözleşme yapmayı kast etmesi halinde yanlışlık söz konusudur. Bu hallerde kesin hükümsüzlük değil iptal edilebilirlik söz konusudur. Yani hataya düşen taraf sözleşmenin iptali için dava açmalıdır²³⁴.

B. Sözleşme Konusu

Yükümlülükteki konu, borçlunun yapması ya da yapmaması gereken şeydir. İMK doğrultusunda, bir sözleşmeden kaynaklanan her bir yükümlülüğün sözleşmeye ait ve sözleşmenin hükümlerine uygun bir konusu olması gerekmektedir. Konu herhangi bir şey örneğin peşin veya borç olan bir emtia olabilir. Ya da bir fayda veya malihak olabilir. Aynı şekilde bir hizmet verme ya da bir işi yapmama da olabilir²³⁵.

Sözleşmenin konusu sözleşmeden doğan tarafların yükümlülüğünün konusudur. Örneğin buradamerkezi temsil eden bir bayının satılan malı teslim etme, teslim etme zamanına kadar ise onukoruma, gerekli özeni gösterme ve malın gizli kusurlarının

²³²Suvâdî Abdülbaki Muhammed, Akdû't-Tevrîd Tabî'atuhu ve Âsâruhu fî Dav'i't-Tahtîti'l-İktisâdî, Risale Doktora, Mukaddime ilâ Külliyyet'il Hukuk ve's-Siyase, Câmiat'ü Bağdat, 1982, s.

²³³Şelmânî, Miftâh Halîfe Hamed Muhammed, el-Ukûdü'l-İdâriyye ve Ahkâmü İbrâmihâ, Dâr'ül-Matbûât el-Câmi'iyye, İskenderiye, 2008, s. 15.

²³⁴Fehmî, Ömer Hilmi, Temyîzü'l-Akdi'l-İdârî, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Kahire, 1993, s. 31.

²³⁵ 40 Sayılı 1951 Yılı Değiştirilmiş Irak Medeni Kanunu, md: 126.

olmama güvencesi yükümlülükleri gibi sözleşmeden kaynaklanan birden fazla yükümlülük de olabilir. Aynı şekilde müşterinin debedeliödeme yükümlülüğü mevcuttur. Bu şekilde konu, yükümlülüğün kaynağıdır. Sözleşmenin temeli değildir. Sözleşmenin konusu anlamında yerine getirilmesi gereken ve IMK'daele alınan koşullar şunlardır²³⁶:

- Sözleşmenin konusu mümkün olan veya var olan bir şey olması gerekir.
- Büyük bir cehaleti bertaraf edecek şekilde açık olması gerekir.
- Resmi ya da alış veriş yapmanın meşru olduğu bir şey olması gerekir.

C. Sebep

Klasik teorinin²³⁷ aksine yeni teori sebep unsurunu etken olarak saymıştır. Sözleşmenin sıhhati ve meşru olması için sebep unsurunu gerekli bir şart olarak saymıştır. Hukuk medeni hukuk sözleşmelerinde olduğu gibi idari sözleşmelerde de sebep unsurunun bulunması üzerinde kabul vardır. Sözleşmede iradenin amacı etkin bir şekilde kamu yararınıgerçekleştirmek ve kamu hizmetinin devamlılığını güvenceye almaktır²³⁸.

IMK'daki genel kaidelere göre sözleşmenin tarafı sebep unsuru olmadan ya da hukuken kabul görmeyen ya da kamu düzenine ve kamu ahlakına uygun olamayan bir sebepten ötürü yükümlülük altına girerse sözleşme geçersizdir. Sözleşmede sebep unsuru açık olmasa ya da zikredilmese de aksine bir ispat olmadığı sürece her sorumlulukta meşru bir sebep olması şarttır. Sözleşmede sebep açık bir şekilde söylenirse bu sebebe aykırı bir ispat oluncaya dek o sebep gerçek sebep kabul edilir(IMK m.132).

²³⁶ 40 Sayılı 1951 Yılı Değiştirilmiş Irak Medeni Kanunu, md: 128, 129 ve 130.

²³⁷Planiol şöyle demiştir: Sebep teorisi zorunlu değildir. Hukuk; sebebi, sözleşmenin bir esas saymakla hata yapmıştır. Hatta Polonya, İsveç ve Almanya yasaları gibi bazı yasalar sözleşme düşüncesini sebep esası olmadan ele almışlar. Onlar yükümlülüğün kendi sıhhatini sadece söz vermekten aldığını kabul etmektedirler. Sözün doğru ya da meşru olmaması sözleşmenin geçersiz olmasına bağlı değildir. Öte yandan Hukukçu Cabitan sebep teorisinin medeniyet ve uygarlığın göstergesi ve hukuku güzelleştiren bir araç olduğu düşüncesindedir. Daha Detaylı Bilgi İçin Bakınız: Kablan Ali Abdulemir, Eserü'l-Kânûnü'l-Hâs Ale'l-Akdi'l-İdârî, Zeynü'l-Hukûkiye, Lübnan, c. 1, b. 2, 2014, s. 460-461.

²³⁸Bedrî, Ahmed Tallâl Abdulhamîd, Kâidetü el-Akdü Şerî'atü'l-Müte'âkideyn fî Mecâli'l-Ukûdi'l-İdâriyye, Dirâse Mukârane, b. 1, Dârü Mektebetü Adnan, Bağdat, 2013, s. 58.

D. Şekil

Aksine bir kaide olmadıkçe sözleşme ancak kanunda öngörülen şekli alırsa meydana gelir. Bu hüküm sözleşmede yapılabilecek değişiklikler için de geçerlidir. Aslında sözleşmenin belirli bir biçimde yapılması için gerekli olan icap vekabulde belli bir şartın oluşması beklenmez. Çünkü icap ve kabulden her biri sözlü, yazılı ya da örf ve adette geçerli olan işaretlerle olabilir. Diğer taraftan rızayı açığa çıkarmada hiçbir kuşku bırakmayan başka bir biçimde de olabilir. Bir kanun metni farklı bir unsur öngörmediği sürece bu bahsi geçen unsurlara istinaden aslında sözleşmenin yazılı olması şart değildir. Fakat özel hukuktan farklı olarak idari sözleşmelerde ise, idaredevamlı olarak işlemlerini ve sözleşme ilişkilerini yazılı olarak yaptığından ötürü idare hukuku alanında yazısız sözleşme kabul görmez. Hukuki işlemlerin belli bir şekle bağlanması her ne kadar kısıtlayıcı olsa da şüphesiz tarafları koruma açısından fayda sağlar.²³⁹

Bu sebepten ötürü idarenin idare hukuku alanına giren sözleşmeleri için kaide olarak yasaklanmasa da yazılı şekli kullanması gerekmediğini söyleyebiliriz. Ancak kanun açık bir biçimde bunu belirtirse yazılı olması gerekir. Kanun sözleşmenin yazılı olmasını öngörürse bu şekle uyulmadığı takdirde sözleşme geçersiz olur. Irak'ta idare kendi sözleşmelerini ya da başka bir deyişle idare hukukuna giren sözleşmeleri onaylamak amacıyla kanunda ve yönergelerde belirtilen şekilde yapmaya mecburdur.²⁴⁰ Taraflar aksini kararlaştırmadıkça sözleşme uyarında şekle tabi bir sözleşmede değişiklik yapılabilmesi için aynı şekle uyulma zorunluluğu bulunmayacağı gibi; bu durum şekil anlaşmaları için de geçerli olmaktadır.

1. Sıhhat Şekli

Maddi hukukun yapılmasını emredici kural olarak düzenlediği herhangi bir şekil kuralına taraflar uymadıklarında yapılan sözleşme batıldır. Bir hukuki işlem, kanunda düzenlenen biçimde yapılmadığında geçerli olmayacaksa, geçerlik şekli söz konusudur. Bu durum özellikle gayrimenkul satış sözleşmelerinin tescilinde geçerlidir.

²³⁹ Hülû, Mâcid Râğıb, el-Ukûdü'l-İdâriyye, Matbaat'ül Camiyyei, 2007, s. 52.

²⁴⁰ 2 Sayılı 2008 Yılı Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergesi, m. 1 ve 2.

2. İspat şekli

Hukuk düzeni bir hukuki işlemin kanıtlanmasını kolaylaştırmak için belirli biçimler öngörmüş bulunuyorsa, ispat şeklinden söz edilir. İspat şekline örnek olarak bir hakkın doğumu, kaybedilmesi, temliki, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacı ile yapılan hukuki işlemlerin yapıldıkları andaki miktar ya da değerleri, güncel olarak belirlenen miktarı aştığı takdirde senetle ispat olunması kararı verilebilir. Bu durumda söz konusu olan miktar sınırlaması enflasyonist yapı nedeniyle sürekli olarak yenilenmekte ve yükseltilmektedir.

3. Kanuni Şekil

Bir hukuki muamelenin ve özellikle bir sözleşmenin geçerli olabilmesine ilişkin şekil, kanun tarafından düzenlendiği takdirde buna kanuni şekil denir. Örneğin, alacağın temlikinde ve kefillik sözleşmesinde, TBK’da olduğu gibi IMK’da da yazılı şekli öngörmektedir.

4. İradi Şekil

Taraflar, kanunun ön gördüğü üzere şekle tabi olmayan bir sözleşmeyi şekle tabi tutmak üzere anlaşabilecekleri gibi, kanunen şekle tabi olması gereken bir sözleşmenin şekil şartlarını daha da ağırlaştırmaları mümkündür. Örnek olarak, kanunen adi yazılı şekle tabi olan temsil sözleşmelerinde, taraflar aralarında şekil şartı kararlaştırabilirler²⁴¹. Böyle bir durumda TBK’da olduğu gibi resmi şekle aykırı davranılırsözleşme geçerli değildir. IMK’da tarafların iradi olarak şekil şartlarını belirlemeleri düzenlenmediği için yasaklanmamıştır kabul edilir.

5. Adi Yazılı Şekil

Sözleşmeyi meydana getiren irade beyanlarının ya da beyanlardan herhangi birinin yazılı bir metinde açıklanması ve beyanı gerçekleştiren tarafından imzalanması adi yazılı şekli oluşturur²⁴². TBK’da alacağın temliki, şuf’a sözleşmesi, bağışlama vaadi sözleşmesi, kefalet ve daha birçok sözleşme için adi yazılı şekil öngörülmüştür. IMK’da

²⁴¹ Oğuzman, s.126.

²⁴² Tunçomağ, s.119

ise aşağıda resmi şekil kısmında sayılacak olan durumlar haricinde tüm sözleşmeler için yazılı şekil kabul edilmektedir.

6. Resmi Şekil

Resmi şekil, sözleşmeyi oluşturan irade beyanlarının yasada belirtilen usule göre, resmi memur tarafından düzenlenen belgede açıklanması ile yapılabilir.

Borçlar Kanunu sıhhati, resmi şekle tabi olansözleşmelerde bu konudaki resmi senetleri yapmaya, hangi makamın yetkili olacağını ve bu senetlerin düzenlenmesinde uyulması gereken usul kurallarını düzenlememiştir. Fakat Noterlik Kanunu 60. madde gereğince, herhangi bir yasade farklı bir makam ya da kurum belirtilmedikçe resmi şekle tabi olan işlemleri noterler yapacaklardır.

Yetkili olduğu meselelerde noterlerin ancak kendiliğinden düzenleme şekline uyarak yaptıkları noter senetleri (Noterlik Kanunu m.84 v.d.), sıhhat şartı olan resmi şekli gerçekleştirir. Noterlerin sadece imza onaylamak suretiyle yaptıkları senetler (Noterlik K. m.90 v.d.) sıhhat şartı olan resmi şekli meydana getiremezler²⁴³.

Irak'ta ise 2 Sayılı 2008 Yılı Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergesi 72. maddesi şunu ifade etmiştir: *“Sözleşmeler Irak yasaları ve yönergelerine tabidir. Sözleşmelerin etkileri onlara göre ortaya çıkar. Tüm davalara bakma ve onlar hakkında karar verme yetkisi Irak mahkemelerine aittir²⁴⁴”*. Yani IMK hükümlerinin, Sözleşmelerin genel şartlarına göre resmi sözleşmeye tatbik edilmeleri mümkündür.

Irak hukuk sisteminde de Türk hukuk sistemiyle aynı durum vardır. Örneğin bazı hallerde kanun, temsil yetkisinin ancak şekil şartına bağlı olarak verilebileceğini kabul etmiştir. Avukat vekâletnamesi buna örnektir. Kanun bazı hallerde ise bir hukukî muamelenin geçerli olabilmesi için başka şartlara ek olarak bir de ayrıca şekil şartını öngörür. Kanun tarafından öngörülen şekil ya yazılı ya da resmî şekildir. Örnek olarak IMK m.979–992'e göre, hayat boyu bakım sözleşmesinin geçerli olmasını yazılışekil şartına bağlamıştır. Aynı şekilde IMK m. 207–1286 ve 1125 taşınmazlarla ilgili bağışlama, rehin (ipotek) ve mülkiyeti nakil sözleşmelerini, resmî şekil şartına bağlamıştır. Temsil kurumu ise IMK'da düzenlenmiş değildir. Vekâletse, hizmet/iş

²⁴³Oğuzman K., Medeni Hukuk Dersleri, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 6. Bası , İstanbul 1990, s.120..

²⁴⁴ 2 Sayılı 2008 Yılı Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergesi, md: 1 ve 2.

sözleşmeleri arasında (IMK. m. 927–949) bir sözleşme olarak düzenlenmiştir. Irak hukukuna göre vekâlet sözleşmesi hiçbir şekle tabi tutulmamıştır.

Irak hukuk sistemine göre avukatların vekâletle temsilciliği şekli temsilciliklerdendir. Irak Medenî Usul Kanunu (Irak Kanun El-Murafaat EL Medeniye 1969) 58. maddesine göre, avukatlık vekâlet sözleşmesi yazılı ve hâkim ya da keti bul adil (noter) tarafından onaylı değilse mahkemeler nezdinde geçersidir. Ancak 1986 tarihli IMK taslağı(henüz yasalaşmadı) vekâletle sözleşmesi ile ilgili bu ikilimi ortadan kaldırmıştır. IMK taslağının 860. maddesine göre, yapılması amaçlanan hukukî işlemin şekle bağlı olup olmamasına bakılmaksızın vekâlet sözleşmesi şekle bağlı bir sözleşmedir²⁴⁵.

Üsthakkının kurulabilmesi için, bunun tapu dairesinde tescil (dairet tescil el akari)edilmesi gerekmektedir. Irak hukukuna göre, üst hakkı sözleşmesi, resmî şekle tabi bir sözleşme çeşididir. Bu hukukta, üst hakkı mülkiyet hakkından ferdileştirilmiş birasli aynî haktır. Irak kanun koyucusu üst hakkını, mülkiyet hakkından ferdileştirilmiş haklar ana başlığı altında IMK. 1266–1270. maddeleri ile IMK. m.68'nin birinci fıkrasında asli aynî haklar arasında düzenlenmiştir.²⁴⁶

Söz konusu madde hükümlerine göre bu hukukî muameleler ancak taşınmaz tescil dairesinde diğer bir deyişle tapu dairesinde tutulan sicile tescille geçerli olur. Şekil hususunda yasanın düzenlediği şeklin bir geçerlilik şekli mi yoksa bir ispat şekli mi olduğu hususu doğuracağı sonuç bakımından önemlidir. Çünkü geçerlilik şekil şartının ihlâli şekle bağlı hukukî işlemin geçersizliğini gerektirdiği halde, ispat şekil şartının ihlali sözleşmeyi geçersiz kılmaz.²⁴⁷

Irak hukukunda ve özelinde medeni kanunda resmî şekil, taşınmaz satım sözleşmesinin bir geçerlilik şartıdır. Dolayısıyla kurucu unsurdur. Yasanın aradığı niteliklikte olmayan taşınmaz satım sözleşmeleri geçersiz olup, hükmü yoktur. Yukarıda da söylendiği gibi, kanun koyucunun öngördüğü resmî şekle bürünmek, taşınmaz satım sözleşmesinin bir geçerlilik şartıdır.²⁴⁸

²⁴⁵ Cesim, selman, El-Abbudi, El-Niyebe An El-Gayır vel-Tasaruf El-Kanunî, Bağdat 1991, s. 9.

²⁴⁶El -Azzavi, Abdullah Gazzay, Haku'l Musataha Ve'l İcare'l Tavila ve Mevkif'l Kada Minhuma; Mecelletü'l- Adale, C.1, Bağdat 2000, s. 79–105.

²⁴⁷ Abdülmecid, El-Hâkim, EL-Vasit vi Nazariyetül El-Akid, Bağdat, C. I, 1997, s. 220;

²⁴⁸İsmat Abdülmecit, Bekir, Masadiril İltizam FilKanun el-Medenî, el- Mektebe El Kanuniye, Bağdat, 2007, s.71

IMK’da, Türk hukukundan ve özelinde TBK’dan farklı olarak, taşınmaz satım sözleşmesi, biri borçlandırııcı ve diğeri tasarruf işlemi olmak üzere ikiye ayrılmamaktadır. Kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan taşınmaz satım sözleşmeleri hükümsüz sayılmaktadır. Taşınmazın mülkiyeti tapu sicil memuru huzurunda yapılan tek bir işlemle alıcıya geçer. Bundan dolayı ayrıca satım sözleşmesi, IMK. 1122. maddede sayılan hukukî sebep olarak görülmemektedir. Buna örnek verecek olursak, tescil öncesi inşaat yapan yüklenici alıcıya, söz konusu maddeye dayanarak temlik talep etme hakkı tanınmamaktadır.²⁴⁹ Ancak borçlandırııcı işlemin Türkiye’de Noteri karşılayan ve mahkemelerin yapısında var olan *katibe’l adil* tarafından, tasarruf işleminin ise, tapu idaresi tarafından yapılması mümkün olur.

E. Sözleşmelerde Şekil Unsuru ve İdari Sözleşmelerin Özel Hukuk Sözleşmelerinden Ayrılması

İrade beyanı yani iradenin dışa açıklanması farklı şekillerde yapılabilir. Bu dışa vurum sözle ya da yazıyla olabileceği gibi başka bir davranışla da olabilir. Bu doğrultuda mutlak anlamıyla her çeşit irade beyanı bir biçim içinde ortaya çıkar.²⁵⁰ Öyleyse genel olarak bir iradenin açıklanması için kullanılan araca şekil denir. Fakat, dar ve belirli anlamda “şekil” kavramı ile, yalnız yasa tarafından veya hukuki işlem ile, bir irade açıklaması için düzenlenmiş bulunan, belirli bir dış biçim anlaşılır.

Burada önemli olan şeklin niteliği konusunda belirli bir şart söz konusu değildir. Bu konu tümüyle tarafların serbest iradelerine bırakılmış bir durumdur. Fakat burada önemli olan husus, taraflara şekil konusunda tanınan bu özgürlük diğeri bir deyişle özerkliktir. Dolayısıyla şekle ilişkin serbesti de sözleşme özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır. Burada önemli olan husus, taraflara şeklin içeriği konusunda tanınan serbestiden çok sözleşmelerin belirli bir şekle bağlanması ve bu durumda mevcut düzenlemelere uyulması gerektiği açısından tanınan serbestidir.

İdarenin genel amacı kamu hizmetini gerçekleştirmek ve bireylerin zorunlu ihtiyaçlarını karşılamaktır. İdare, faaliyetlerini yürütürken tekbir iradeyle çıkan idari karar yöntemiyle her daim kısıtlı kalmamaktadır. İdare, kendi amaçlarını

²⁴⁹ El-Hâkim, s.220

²⁵⁰ Oğuzman, s.113.

gerçekleştirmek için bazı durumlarda bireyler, özel hukuk tüzel kişileri ve diğer kamu tüzel kişileriyle sözleşme yapma yöntemine de başvurabilir²⁵¹.

İdari sözleşmeler aslında özel hukuk sözleşmelerinden farklı değildir. Sözleşmeler, hukuki bir sonuç doğurmak için iki ya da daha fazla taraf iradesinin anlaşmasından doğar. Ancak sözleşmeleri düzenleyen hukuk sistemi yönünden birbirinden farklıdır. Çünkü idari sözleşmelerin niteliği medeni hukuk sözleşmelerinde şart olmayan bazı muameleleri genel olarak gerektirir. Bu işlemlerden biri de şekilsel işlemdir. Bu işlemler idari sözleşmelerin tamamında gerçekten önemli unsurlar olarak sayılmaktadır. Zira şekil şartları yerine getirilmeden sözleşme meydana gelmez. Kanun, yapılma biçimini belirtmişse ve bu biçime uyulmaz ise sözleşme geçersiz olur. Irak'ta idare; devlet kurumları ve kamu kuruluşları bayındırlık, üretim, farklı hizmetler yapma ve istişari sözleşme durumlarında yaptığı resmi sözleşmelerin tabi olduğu kuralları kullanmaya bağlı kalmaktadır²⁵².

Aynı zamanda sözleşme sonuçları açısından da idari sözleşmeler, sözleşmeyi yapan tarafı ve idareyi eşit olarak bağlar. Dolayısıyla burada bir taraf için bağlayıcı olan idari sözleşmeler ve iki taraf için de bağlayıcı olan idari sözleşmeler tanım farklarının anlamı yoktur. Tek taraflı yapılan idari sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleridir. Onlar idari sözleşme değildir. Bu doğrultuda idarenin yapmış olduğu sözleşmeler şu iki temel kısma ayrılırlar²⁵³:

Birincisi: Özel hukuk idari sözleşmeleridir. Bu sözleşmeler; idarenin, niteliği her ne olursa olsun kamu yetkilerinden arınmış olan kişilerden herhangi biriyle yaptığı sözleşmelerdir. Ayrıca idare karşı tarafla sanki normal bir şahıs olarak sözleşme yapar. Bu sözleşmelere örnek olarak; alım, satım ve diğer sözleşmeler verilebilir. Dolayısıyla bu sözleşmeleri özel hukuk kuralları yönetir. Fakat Irak hukuk sisteminde bu sözleşmelerden kaynaklanan anlaşmazlıklar normal idari yargının yetkilerine girer.

İkincisi ve şekil şartları yönünden önemli olan sözleşmeler ise idare sözleşmeleridir. Bu sözleşmeleri kamu hukuku düzenler. Bu sözleşmelere idari sözleşmeler denir. Bu sözleşmeler kamu tüzel kişisinin kamu hizmetini görmek veya düzenlemek amacıyla yaptığı sözleşmelerdir. Kamu hükümlerini almada idare niyeti bu

²⁵¹ Muhammed, Müslümânî Ahmed İbrahim, el-Vesît fî Şerhi'l-Kânûni'l-İdârî, Dirâse Mukârane fî'l Kanun el-vaz'î ve el-Şeria el-İslamiyye, Dâr el-Fikrî'l-Câmi'î, İskenderiye, 2017, s. 407.

²⁵² Değiştirilmiş olan 2008 Yılı Hukuki Sözleşmeleri Yürütme Yönergesi, md: 1 ve 8.

²⁵³ Abdulhamîd, s. 64.

sözleşmelerde görülür. İşte bu sözleşmeler sözleşme serbestliği ilkesini sınırlayan, özellikle de şekli şartları kesin olarak düzenlenmiş sözleşmelerdir. Bunun ispatı sözleşmenin özel hukukta olmayan özel hukuku aşan düzenleyici hükümler içermesidir. Diğer bir deyişle idareyle sözleşme yapan tarafı doğrudan kamu hizmetini yürütmede ortak hale getirmesidir. İdari sözleşmeler, idari yargıya tabi olduğu için özel hukuki sistemle diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır. Bu sözleşmeler aynı zamanda konusu, tarafları, faaliyeti ve amaçları açısından da farklıdır.²⁵⁴

Fakat idari sözleşmelerin, özel hukuk ve özelinde medeni hukuk yönlendirmesinde yapılan sözleşmelere kıyasla esneklik ayrıcalığı vardır. Yukarıda açıkladığı gibi idare, sözleşmede gerekli olan değişiklik işlemlerini yapma hakkına haizdir. İdareyle sözleşme yapan bir kişinin sözleşme için bağlayıcı olan güçle gerekçe gösterme imkânı da bulunmamaktadır. Kişilerin; idarenin değiştirme yetkisini kullanmasından ötürü sözleşmenin menfi olarak bozulan mali dengesinin iade edilmesini talep etme hakkı mevcuttur.²⁵⁵ Hukuk doktrini, idari sözleşmenin mali dengesini oluşturma fırsatını yakaladı. Bu düşünce, sözleşmenin ekonomik denge düşüncesinden farklıdır. Biliniyor ki idari sözleşme taraflarını haklar ve yükümlülükleri sözleşmede daha önce belirtildi. Hâkim bu hak ve yükümlülükler arasındaki dengeyi korumak için elinden geleni yapmakla yükümlüdür.²⁵⁶

F. Ekonomik Denge İlkesi

Sözleşmenin ekonomi dengesi kavramı da, sözleşme serbestliği ilkesini sınırlayan istisnalardan biridir. Sözleşmenin ekonomik dengesi ilkesi, idare hukukunda olan sözleşmenin mali dengesinden farklıdır ve esan hukuki karşılığını özel hukuk alanında bulur. Çünkü idare tarafından sözleşmenin koşullarının değiştirilmesinin neticesinde sözleşme yapan özel hukuk kişisi taraf mali yükler taşıdığı için idari sözleşme, kişiye tam bir tazminat talep etme hakkını verir. Ekonomik denge ilkesi ise daha kapsamlı birdüşünce olup medeni, ticari ve idari sözleşmelere eşit derecede uygulanır. Bu anlamda mali denge ilkesinin sözleşmelerde sınırlılık yarattığını görürüz.

²⁵⁴Abdumecîd İsmet, İhtilâlû't-Tevâzüni'l-İktisâdî li'l-Akdi ve Devrü'l-Kâdî fi Mu'âlecehihi, Dirâse Mukârane, Hukuk ve Siyaset Fakültesi'ne Sunulmuş Bir Doktora Tezi, Bağdat Üniversitesi, 1978, s. 10.

²⁵⁵Abdumecîd, s. 12.

²⁵⁶Hammâs Faruk Ahmed ve DEYLEMÎ Muhammed Abdullah, el-vecîz fi el-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Ukûdi'l-İdâriyye, Dâr'ül-Kütüb, Musul, 1992, s. 252.

Ayrıca mali denge ilkesi, fedürens teorisi ve beklenmeyen mali yükümlölüklerin dayandığı adaleti sağlama düşüncesinin somutlaşmış halidir. Bu ilke, sözleşme yapan tarafa tam bir tazminat talep etme, sözleşmeden dönme ya da sözleşmenin tadilatı hakkını verir²⁵⁷.

Ekonomik denge ilkesi adalet düşüncesini oluşturur. Kanundan ziyade adaletin sağlanmasından doğar. Yani kanundan değil kanunun amacından doğar. Bu ileye taraflar; sömürölme, dolandırılma ve acil durumlarda sarılmaktadır ve kurtarıcı rolündedir. Öte yandan mali denge ilkesi, sözleşmeyi yapan taraflardan zar görenin tazminat almasını da amaçlar. Ekonomik denge ilkesi, bozulan ekonomik dengeyi önceki haline tekrar geri dönmelerini amaçlar. Sözleşmenin mali bütçe dengesi düşüncesi alanında ise tarafların, sözleşmenin yüksek amacını gerçekleştirecek şekilde dengeyi korumaya bağlı kalmasını gerektirir ki bu bir anlamda sınırlamadır. Görünen amaç bireyi korumak olsada esas amaç yine kamu yararlarını korumaktır. Irak'ta halen yürürlükte olan Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergesi buna değinmemiştir. Bu durum kanunlardaki genel düzenlemelere havale edilmiştir²⁵⁸.

Her iki tarafı bağlayan sözleşmelerde taraflarından herhangi biri kendi yükümlölüğünü yerine getirmediği takdirde kişilerin sözleşmeyi feshetme hakkı vardır. Özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak idare hukukunda, fesih kararının verilmesi için yargı yoluna gitmeden doğrudan doğruya yürütme yetkisine dayanarak idare bu cezayı koyabilir. 1 Sayılı 2014 Tarihli Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergeleri, sözleşmeye taraf olanların sözleşme gerekliliklerini ihlal ettiği durumlarda sözleşmeyi feshetmesine onay vermemektedir. Özel kanunlar açısından da örnek verecek olursak, 1988 Tarihli Irak İnşaat Mühendisliği Sözleşmelerinin bir ve ikinci kısımlarının genel şartlarında da durum aynıdır²⁵⁹.

G. Sözleşmelerin İptali ve Sona Erme Halleri

Irak kanun koyucusu, sözleşmeye taraf olanların hatası veya sözleşmeyi ihlaletmesi sonucunda sözleşmeyi feshetmesindeki yetkisini IMK genel ilkelerinde aktarmıştır. Yargı yolu ile fesih kararının resmîyeti ve sözleşme yapan herhangi bir

²⁵⁷ İsmet, s. 9-14.

²⁵⁸ Abdülmecîd, s. 274.

²⁵⁹ Sözleşmeyi yapan taraf işe geç başlar ya da anlaşılan sürede artık işi yerine getirmesi mümkün olmayacak şekilde geç kalırsa iş sahibi teslim süresini beklemeden sözleşmeyi feshedebilir).

tarafın hatasına uygunluğunun denetlemesi, sözleşmenin yasaya aykırı olmasından kaynaklı tazminat sonucunu doğurur. Sözleşmenin tamamının iptaline kadar varmaz²⁶⁰.

“Sözleşme, tarafların hukukudur” ilkesi özel hukuk sözleşmelerinin dayandığı genel ilkelerdendir. Yani sözleşme taraflarından herhangi biri tek taraflı olarak kendi yükümlülüklerini terk edemez. Taraflardan hiçbiri diğer tarafın onayı olmadan sözleşmeyi değiştirmez ya da sonlandıramaz²⁶¹. Fakat idari sözleşmeler burada istisnadır. İdarenin idari sözleşmeyi kendi iradesiyle sonlandırması yetkisi fesihteki idare yetkisinden farklıdır. Bireysel olarak sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi, sözleşmeyi yapan birey tarafından herhangi bir hatanın gerçekleşmesinin ispat edilmesine gerek kalmadan ve kamunun yararı bunu gerektirdiği zaman sadece idare için öngörülmüştür. Dolayısıyla fesih yetkisine göre en önemli unsur hatanın meydana gelmesidir²⁶².

Sözleşme sona ermeden, maddi ya da diğer unsurlar açısından önemli bir biçimde sözleşme işlerini etkileyecek durumlarda Irak Cumhuriyeti sınırları içinde savaş çıkması durumunda, savaş ilanı resmi olarak ilan edilsin yada ilan edilmesin fark etmeksizin yada Irak herhangi bir savaşta taraf olduğu takdirde, sözleşmenin sürdürülmesi için en büyük gayret gösterilmelidir. Fakat savaş çıktıktan sonra tarafların illiyet bağı prensibi çerçevesinde herhangi bir zamanda sebebe bağlı kalarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ve yetkisi bulunmaktadır. Bu sona erdirmeye ancak yazılı bir şekilde sözleşmeyi yapan tarafın bilgilendirmesiyle mümkündür. Sözleşme yapana fesih tebliği edildiği tarihten itibaren sözleşme sona ermiş kabul edilir. Sözleşmeyi sonlandırmak amacıyla daha önceki herhangi bir ihlal durumu ile ilgili tarafların hiçbir kazanılmış hakkına dokunulmaz. Bu şartların IMK 169. maddesi gereği sözleşmenin sona ermesinin tarafların kazanılmış hakları açısından hiçbir etkisi yoktur. Sözleşmenin normal bir şekilde sona ermesinin neticesinde, sözleşmenin içeriğinin yerine getirilmesi ve sözleşmenin tamamlanması yoluyla sözleşme bağlantısı ortadan kalkmaktadır. Bu, şartlar ve gerekli hukuki işlemler tespit edildikten sonra tamamlanmaktadır²⁶³.

IMK 178. maddesi’nde şöyle denmektedir: *“Sözleşmeden doğan yükümlülükler yerine getirilmediği takdirde, yargı yoluna ihtiyaç duyulmadan sözleşmenin*

²⁶⁰ Mâhir Salih Alâvî, Cebûrî, el-Vesîfî'l-Kânûnî, Dârü'lbn Esîr li't-Tab' ve'n-Neşr, Camiatü'l-Musul, Musul 2009. s. 237.

²⁶¹ 2 Sayılı 2008 Yılı Irak Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergeleri, md: 3/bir//3.

²⁶² Miftâh Halîfe, Abdülhamîd, İnhâü'l-Akdi'l-İdârî, Dirâse Mukârane, Dâr'ül-Matbûâtîl-Câmi'iyye, İskenderiye, 2014, s. 35.

²⁶³ Mâcid Râgib, Hulû, el-Ukûdü'l-İdâriyye, el-Câmi'atü'l-Cedîde, İskenderiye, 2016, s. 243.

*kendiliğinden feshedilmiş sayılması üzerinde mütabık olunulabilir*²⁶⁴”. Bu anlamda anlaşmalı fesih hükümleri birçok kanunda birbirine benzemektedir.

IMK’ya göre mücbir sebep, ortaya çıkmasında sözleşme taraflarının herhangi bir müdahalesinin olmadığı yabancı olaydır. Dış etkilere bağlıdır. Bu dış olay yükümlülüğün yerine getirilmesini olanaksız kılmakta ve sözleşmenin kendiliğinden feshedilmesine yol açmaktadır. Irak’da öğretide hakim olan görüşe göre, sözleşme yapan kişi, yükümlülüğü yerine getirmek olanaksız hale geldiğinde, fesih kararını almak için yargıya başvurduğu takdirde bu karar, feshi gerçekleştiren bir karar değildir. Onu açığa çıkaran yani görünür kılan bir karardır²⁶⁵.

Mücbir sebep, beklenmeyen ve öngörülmeyen bir dış olaydır. Bu olaya karşı koymak mümkün değildir. Sözleşme yapan tarafların iradesinden tamamen bağımsızdır. Mücbir sebep sözleşme yapan taraflar arasındaki yükümlülüklerin tamamını ya da onlardan herhangi birini yerine getirmeye engel olmaktadır²⁶⁶.

Irak’da yüksek yargının görüşü; bu kuramı işletmenin bir şartı olarak sözleşme yapanın sözleşme yükümlülüğünü yerine getirmeye devam etmesi gerektiği yönündedir. 1229/Hukukiye/67 sayılı ve 27.01.1968 tarihli Temyiz Mahkemesi kararında şöyle geçmektedir: “ *Medeni Kanunu’un 146/2 maddesi, öngörülemeyen genel istisnai olaylar meydana gelirse bunun neticesinde sözleşme yükümlülüğünü yerine getirmek borçluyu sıkıntıya sokarsa ve onu büyük bir zararla tehdit ederse yargının sıkıntıya düşüren yükümlülükleri adalet gereği makul sınıra indirmesine izin vermiştir. Bu şartın anlamı şudur: Sıkıntıdan şikâyet eden sözleşme tarafı, yargının sıkıntının ağırlığını hafifletmesinden yararlanmak için onun yükümlülüğünü yerine getirmeye devam etmesi gerekir. Sözleşme yapan kişi sözleşme yükümlülüklerinin hiçbirini ya da bir kısmını yerine getirmeyip beklerse olağanüstü durum kuramından yararlanamaz. Tazminat talebinde de bulunamaz*²⁶⁷”.

Fakat olağanüstü bir hal mücbir sebep halini aldığı takdirde, sözleşmeyi yerine getirmek imkânsız hale gelirse sözleşmeye taraf olan kişi durabilir. Irak kanun koyucusu

²⁶⁴ 40 sayılı 1951 tarihli Değiştirilmiş Irak Medenî Kanunu, md: 178.

²⁶⁵ Şeffik, Hâtim, el-Kânûnü’l-İdârî, el-Ehliyye li’t-tab’ ve’t-Tevzi’ ve’n Neşr, b. 1, Beyrut, 1985, s. 145.

²⁶⁶ Mahmûd Abdulmecîd, Mağribî, el-Müşkilât ü’l-Letî Yüvâcihühâ Tenfîz ü’l-Ukûdî’l-İdâriyye ve Âsârûhe’l-Kânûniyye, el-Müessesetü’l-Hadîse, Trablus, Lübnan, 1998, s. 14.

²⁶⁷ Tâlib, Tekmecî, Himâyetü Masâlihi’l-Müte’âkid el-Meşrû’a fi’l-Akdi’l-İdârî, Dirâse Mukârane, Risale Doktora, Mukaddime ilâ Külliyyet’il-Hukuk ve’s-Siyase, Câmiat’ü Bağdat, 1976, s.266

IMK 127. maddesinde şunu ifade etmiştir: “1-Sözleşme konusu sınırsız bir şekilde imkânsız hale gelirse sözleşme geçersiz olur. 2- Ama imkânsızlık sınırsız olmayıp sadece borçlu için imkânsızlık oluştursa sözleşme geçerli olur. Borçlu sözünü yerine getirmediği için tazminat ödemek zorunda kalır²⁶⁸”.

Bazen, sözleşme konusunun olmadığı veya yok olduğu ya da yandığının ortaya çıkması gibi nedenlerle sözleşme konusu yok olmaktadır. Böyle bir halde kanun gücüyle yükümlülük bertaraf olmaktadır. Fakat konunun yok olmasının iki tarafın da iradesi dışındaki bir nedenle olması ile taraflardan sadece birinin eylemleri sebebiyle olması arasında ayırım yapılması gerekir. İlk durumda herhangi bir taraf, sözleşmenin sona ermesi nedeniyle tazminat ödemedi sözleşme sona erer. Diğer durumda ise, olaya sebebiyet veren taraf sözleşme yapan diğer tarafa sözleşmenin erken sona ermesinden ötürü tazminat öder. Fakat sözleşme konusunun yok olması, genel bir işlemin yerine getirilmesiye bu durumda taraflar tazminat ödemez²⁶⁹.

Sözleşme yapan kişinin kendisi ya da başkası aracılığıyla dolandırıcılık yaptığı ya da sözleşme yaptığı tarafla ilişkilerinde ya da sözleşmeyi elde etme biçiminde oynama yaptığı meydana çıkarsa, bu durumda sözleşmenin feshedilmesi yoluna gidilebilir. Dolandırıcılık, olmayan bir hüküm eklemek ya da ayıbı yanıltıcı bir şekil altında gizlemek gibi çeşitli biçimlerde olabilmektedir²⁷⁰.

Sözleşmede belirtilen bazı koşullar gerçekleştiği zaman ve bu koşullar gerçekleştiği takdirde sözleşmenin, kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı üzerinde anlaşma taraflarca yapıldığı zaman, sözleşme bu tarihten itibaren sona erer. Burada amaç sözleşmenin sözleşme yapan taraflardan herhangi biri sözleşmede var olan koşulu yerine getirmediği takdirde karşı tarafın sözleşmeyi feshedebileceğini söyleyen bir hükmü içermesidir. IMK m.178 şöyle demektedir: “Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülük yerine getirilmediği zaman yargı kararına ihtiyaç olmadan sözleşmenin kendiliğinden feshedilmiş sayılacağı üzerinde anlaşma yapılabilir. Buanlaşma uyarma yapmayı muaf kılmaz. Ancak sözleşme tarafları açık bir şekilde onun zorunlu olmadığı üzerinde anlaşmışlarsa o zaman uyarmanın yapılması gerekmez. Yani sözleşme yapanlar yargı kararına ihtiyaç olmadan sözleşmenin kendiliğinden feshedilmiş

²⁶⁸ 40 sayılı 1951 tarihli Değiştirilmiş Irak Medenî Kanunu, md: 127

²⁶⁹ Cebûrî s. 228.

²⁷⁰ Halîfe, s. 310.

sayılacağına dair açık bir şartı sözleşme maddelerinin içine eklerlerse bu durumda feshedici şart gerçekleştiği tarihten itibaren uygulanır²⁷¹. ”

H. Muvazaa

Irak hukukunda muvazaa kurumu, el Suvariye Fi'l Akit veya el Akdi'l Suvariolarak bilinmektedir. El Suvariye Fil Akd'in sözlük anlamı sözleşmelerde yapaylık veya yapmacılıktır. Muvazaa (el Akdil Suvari) IMK'da, sözleşmelerin doğuracağı sonuçlar (Asari'l Akit) başlığı altında 147 ve 149 maddeleri arasında düzenlenmiştir²⁷². Örneğin IMK. 149. maddeye göre: *“Tapu dairesinde tescil edildikten sonra, taşınmazı konu alan tasarruf işlemlerine karşı, muvazaa itirazı dermeyerinde bulunmak mümkün değildir²⁷³”*. Çünkü tescil işlemi yukarıda şekil şartı bahsinde de söylendiği üzere muvazaalı taşınmaz satım işlemini geçerli kılar. Taşınmaz satım sözleşmesi tescil olduktan sonra, sözleşme tarafları muvazaalı işlem itirazına dayanarak sözleşmenin geçersizliğini öne süremezler²⁷⁴.

Irak hukukunda bedel üzerinde oluşan muvazaa da satım sözleşmesini geçersiz kılmaktadır. Medeni hukukta satım sözleşmesini düzenleyen genel bölüm kurallarına göre, muvazaalı bedel satım sözleşmesini geçersiz kılar. Ayrıca İslâm Fıkhdan, etkilenen Irak hukuk sistemi açısından düşünülürse, İslâmın Fıkhdında da muvazaa kurumu mevcuttur ve el muvazaa veya el telciye olarak adlandırılmaktadır. Yine aynı doğrultuda, Türk hukukunda da bilenen muvazaa kurumunun adlandırılmasının Mecelle yoluyla İslâm Fıkhdan alınmış olduğunu söylemek mümkündür. IMK'da muvazaa ile ilgili hükümler şunlardır²⁷⁵:

“1. Yapmacık bir sözleşme yapılırsa, sözleşen taraflarının iyi niyetli alacaklıların ve cüz'ihalefleflerin, yapmacık sözleşmeye dayanma hakları vardır, yapmacık sözleşme aleyhlerine yapılmışsa, bunun yapmacık olduğunu ispat etme ve gizli hukukî işleme dayanma hakları vardır. 2.İlgililer arasında çıkar çatışması ortaya çıkar, bazıları görünürdeki işleme diğer bazıları gizli işleme dayanırsa, öncelik gizli işleme dayananlarıdır” (IMK. m. 147). *“1. taraflar arasında ve küllihalefe gör, geçeli*

²⁷¹Tevfik Hasan, Feret, en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-İltizâm, Nazariyyetü'l-Akd, ed-Dârü'l-Câmi'iyye, Beyrut, 1993, s. 50.

²⁷² 40 sayılı 1951 tarihli Değiştirilmiş Irak Medenî Kanunu, md: 147-149

²⁷³Munzir Abdül Hüseyin, El-Fazlı, el-Vazife'l İctimaiye Lil Mülkiyye'l Hassa Fi'sŞeriatil-İslamiye ve'l Kanuni'l Iraki, Daru'lHurriye Lil Tibaa, Bağdat, 1977, s.72

²⁷⁴Fazlı, s. 72

²⁷⁵Fazlı, s. 73

olan işlem, geçerli olan gizli işlemdir, bunlara göre görünürdeki işlem hiçbir hüküm ifade etmez.2. taraflar gerçek işlemi, gizli bir işlemle örterlerse, geçerlik şartları var olduğu sürece, geçerli olan işlem gizli işlemdir” (IMK.m.148). “ tapu dairesinde tescil edildikten sonra, taşınmazı konu alan tasarruf işleminin yapmacık (muvazaalı işlem) olduğu itirazında bulunmak mümkün değildir.²⁷⁶” (IMK.m. 149).

I. Hata, İkra ve Gabi

Irak hukukuna göre medeni kanunda düzenlenen, irade bozukluğu sebepleri, hata (galat), ikrah ve hileligabin (el gabin maal tagrir) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. IMK’da irade bozukluğu sebepleri, IMK. 112 ve 125 maddeleri arasında düzenlenmiştir²⁷⁷. Taşınmaz satım sözleşmesi hususunda, irade sakatlıklarını düzenleyen ayrı ve özel bir hüküm olmadığı için, IMK’da irade sakatlığı hususunda ve normal satım sözleşmesi içingeçerli düzenlenen genel nitelikli hükümler taşınmaz sözleşmelerinde de uygulanır. Benzer durum TBK’da da vardır.

1. Gabi

Irak hukukuna göre, gabin bazı durumlar istisna olmak üzere tek başına iradeyi sakatlayan bir sebep değildir. Gabinin oluşması için, sözleşmenin hileli ya da yanıltıcı yollar kullanarak meydana getirilmiş olması gerekmektedir. Sözleşmelerde, tarafların iradelerinin geçerliliği ve gerçeğe uygunluğu çok önemlidir. Hata, ikrah ve hileligabinle oluşmuş sözleşme geçersizdir. IMK’da, muvazaayı düzenleyen madde hükümlerinin tersine, hata, ikrah ve hileli gabini düzenleyen kanun hükümleri genel kapsamlı değil dar kapsamlıdır. Örneğin, taşınmaz satım sözleşmesinin resmi olarak tescil edilmesinden sonra, bunun söz konusu hata, ikrah ve hileligabin gibi irade bozukluğu sebeplerinden ötürü, iptal edilemesini öngören bir madde hükmü yoktur²⁷⁸.

Irak kanun koyucusu kanunun yapım aşamasında hata kurumunu düzenlerken, İslam Hukuku ve Batı doktrini arasında bağdaştırıcı bir orta yol izlemiştir²⁷⁹. Bundan dolayı Irak hukukunda hataya düşerek yapılan sözleşmelerin geçerliliği, hatanın niteliğine ve şekline göre farklı sonuçlar doğurur. Ayrıca Irak hukukunda hata ile

²⁷⁶ 40 sayılı 1951 tarihli Değiştirilmiş Irak Medenî Kanunu, md: 147-149

²⁷⁷ 40 sayılı 1951 tarihli Değiştirilmiş Irak Medenî Kanunu, md: 112-125

²⁷⁸ Muhammed Yusuf, Ez- Zuğbi, Meda Kuvveti’t- Tescil’l Buyu’ Fi Sicili’l Arazi’l Iraqi, Dirasat; el Mücalleddi’l Salis Aşar, el Adedi’l Tasi, 1986, s. 157–159.

²⁷⁹ Bekir, s. 81

sözleşmeyi geçersiz kılabilmek için bunun esaslı bir hata (Irak hukukunda esaslı hataya hatanın cevheri denir) olması gerekir. Sözleşmenin konusunda meydana gelen bu derecedeki bir hata sözleşmeyi geçersiz kılar. Ancak kişide hata veya sözleşmenin şart unsurlarının herhangi birinde meydana gelen hata sözleşmeyi batıl kılmaz. Sözleşme tarafların iznine bağlı olarak askıda (mevkuf/ durdurulmuş) olur. Fakat sözleşme, sözleşmeyi batıl kılacak bir nitelikli hata ile malul bulunuyorsa, ilgili taraf buna izin vermiş olsa dahi, sözleşme geçerlilik kazanmış olmaz²⁸⁰.

2. Hata

Yukarıda verilen örnek üzerinden devam edilecek olursa, hatadan ötürü batıl olanya da hataya düşen tarafın iptal talebi üzerine geçersiz kılınan, bir taşınmaz satım sözleşmesine istinaden yapılan inşaatın hukukî durumu örnek alınacak olursa; IMK'da bu hususla ilgili açık bir hüküm bulunmamaktadır. Sözleşme hatadan ötürü batılsa, inşaatta bulunan alıcı iyi niyetli olsa dahi, IMK 1120. madde hükmüne dayanarak temlik talebinde bulunması mümkün değildir. Çünkü batıl olan bir taşınmaz satım sözleşmesi hukukî bir sebep niteliğinde değildir. Fakat IMK. m. 1121'e dayanarak inşaatın güncel bedelini talep etme hakkı mevcuttur. İnşaatın yapılmasına dair taşınmaz satım sözleşmesi, hatayla malul olsa dahi, taşınmaz sahibi tarafından verilmiş olan bir izin olarak değerlendirilir²⁸¹.

3. İkraha

Irak Hukukunda ikrahla sakatolan bir sözleşmenin hükmü, ikraha maruz kalan tarafın icazetine bağlı olarak askıda kalmaktadır. IMK 136. madde hükmüne göre, askıda kalan sözleşmelerin geçersizliği üç ay içinde öne sürülmelidir. Üç aylık süre ikrahın ortadan kalktığı andan itibaren başlar. Eğer sözleşme ikrahtan ötürü iptal edilirse, iptal kararı öncesine de uygulanır. Aslında Medenî Kanunu'nda bu hususla alakalı açık bir hüküm yoktur. Fakat IMK'nın ikrah konusunu düzenleyen maddelerin hükümleri genel yorumlandığında, bu sonuca varılması mümkündür²⁸².

Örnek olarak taşınmaz sözleşmesinden devam edecek olursak, sözleşme ikrahtan dolayı iptal edilirse, bir başkasının taşınmazında inşaat kısmen ya da tamamen meydana

²⁸⁰ Ez Zuğbi, s.170

²⁸¹ Ez Zuğbi, s.171

²⁸² Ez Zuğbi, s.172

gelmiş olacaktır. Böylelikle ikrahta bulunan taraf, aynı zamanında inşaatı yüklenen alıcı ise, IMK. 1121. madde hükmüne dayanarak taşınmazın bütününe kendisine devir edilmesini isteyemez. Söz konusu tarafın aynı madde hükmüne dayanarak da yapının güncel bedelini talep etme hakkı yoktur. Fakat şartlar elveriyorsa, IMK. 1119. Madde hükmüne dayanarak yapının kalan bedeli düşüldükten sonra geri kalan bedeli talep etme hakkı vardır. Çünkü ilgili taşınmazın mülkiyetinin kendisine geçmediğini ve başka birinin taşınmazında inşaatla bulunduğu farkındadır. İkrahta bulunan taraf eğer satıcı ise, buna rağmen alıcı, hiçbir itirazda bulunmadan söz konusu taşınmaz üzerinde, inşaatla bulunursa, bu eylem sözleşmeye örtülü bir icazet sayıldığından ötürü artık ikrahtan dolayı geçersizlik iddiasında bulunması mümkün değildir²⁸³.

Irak'ta öğretide, sözleşmenin askıda kalması tabiri, 'mevkuf' yani 'durdurulmuş' olarak adlandırılmaktadır. Yani, ikrahla sakat olan sözleşmelerin hükmü, ikraha maruzkalan sözleşme tarafının iznine bağlı olarak durdurulmuştur yani mevkuttur. Bu durum Türk ve Irak hukuk açısından aynıdır. Öyle ki; Mecelle'nin 1006. maddesinde de ikrahla malul bulunan işlem, ikraha maruz kalan tarafın icazetine bağlı olarak, durdurulmuştur²⁸⁴.

Irak hukukunda gabin, irade bozan sebepler olarak IMK.121 ve 126 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak sadeceyalın gabin, sözleşmenin iptal edilebilmesi için bir neden olarak görülmemektedir. Gabinin sözleşmenin iptaline neden olan bir sebep olarak görülebilmesi için, bunun fahiş yani aşırı bir nitelikte olması ve hileli eylemlerle yapılmış olması gerekmektedir²⁸⁵.

Hileli gabinle sakat olan bir sözleşmenin hükmü iptaldir. Sözleşmenin geçerliliği tarafların icazetine bağlı olarak askıdadır yani durdurulmuştur. IMK. 124. madde 2. ve 3. Bent hükümlerine göre, hileli gabine maruz kalan birey, gabinin öğrenildiği andan itibaren üç aylık sürenin son gününe kadar sözleşmenin iptalini talep etme hakkı vardır. Ancak IMK. 124/II hükmünde, yine İslâm Fıkıhı'nın etkisinde kalarak bir istisna getirilmiştir. Buna göre, gabine maruz kalan kişi, eğer ma kısıtlıysa ya da sözleşmenin konusu, devlet veya vakfa ait olan bir maldan ibaretse, sözleşme batıldır²⁸⁶.

²⁸³ Bekir, s.81

²⁸⁴ Ali Himmet, Berki, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 3. Baskı, Cihan Matbaacılık, 1982, s. 69

²⁸⁵ El Hakim, s. 154

²⁸⁶ El Hakim, s. 162

Irak kanun koyucusu, IMK’da açık gabinle alakalı madde hükmünü Mecelle’den aktarmıştır. Mecelle’nin 356.maddesinin birinci fıkrasına göre, sözleşmenin yalnızca gabinden ötürü iptal edilmesi mümkün değildir. Fakat sözleşmenin gabinden ötürü iptal edilebilmesi için gabinin ancak hileli davranışla birlikte meydana gelmiş olması gerekmektedir. Diğer taraftan, öksüz, devlete ya da vakfa ait olan malları konu edinen sözleşmeler bu hükümden ayrı tutulmuştur²⁸⁷. Bunlar istisnadır. Aynı şekilde Mecellenin 356. maddesinin ikinci fıkrasına göre ise, sözleşmenin konusu öksüz, devlete ya da vakfa ait olan hükümlerden ibaretse, bu sözleşmenin iptal edilebilmesi için, aşırı gabinin bulunması kâfidir²⁸⁸. Burada gabinin hileli davranışla birlikte olması şartı aranmamaktadır.

IMK, İslâm hukukunun etkisinde kalarak, hileyi ve gabini ayrı olarak iradeyi bozan sebep olarak düzenlememiştir. Medeni Kanunda, gabin ve hile ancak birlikte olduklarında iradeyi bozan bir neden olarak görülmektedir. Diğer bir söyleyişle, yalnızca hileli gabin, sözleşmeyi geçersiz kılmaktadır. Hileli gabinin meydana gelebilmesi için, fiili, sözlü ya da susmadan kaynaklanan hile sonucu, karşı tarafın aşırı gabine maruz kalmış olması gerekmektedir. Dolayısıyla sözleşme yapan tarafın, sözleşmeyi iptal edebilmesi için, yalnızca fahiş gabine maruz kalmış olmasını ispatlaması yetmez. Diğer taraftan bu gabinin sözleşmenin karşı tarafının hileli davranışa başvurmamasından ötürü olması gerekmektedir. Karşı tarafın hileli davranışından da söz edebilmek için, kendisinin blerek hile yapması ya da bilebilecek bir halde olması gerekmektedir. Örneğin, satıcı ineğin süt verdiğini göstermemek ve karşı tarafı aldatmak için, ineğin memelerini bağlayarak satışa çıkarırsa ve bu durumda alıcı da buna inanıp ineği gerçek ederinden daha yüksek bir fiyata satın alırsa, söz konusu fiili hileden ötürü alıcı aşırı gabine uğramış olur²⁸⁹.

Fransız ve Mısır hukukunda, gabin ve hile birbirinden ayrı olarak iradeyi sakatlayan iki ayrı bağımsız nedendir. Irak medeni hukukunda ise böyle bir bağımsızlık sadece şu durumda vardır: Gabinle sakat olan bir sözleşmede, gabine maruz kalan taraf kısıtlıysa ya da devlete veya vakfa ait bir eşya söz konusuysa, bu sözleşme batıldır.

²⁸⁷ El Hakim, s. 156

²⁸⁸ Berki, s.70

²⁸⁹ Bekir, s.81

Böyle bir sözleşmeye dayanarak yapılan işlemler batıldır. Çünkü İMK. m 124/II madde hükmü burada gabinin hileyle birlikte olması şartını aramamıştır²⁹⁰.



²⁹⁰ El Hakim, s. 161

SONUÇ

Hukuk sistemleri, temsil ilişkisinden kaynaklanabilecek muhtemel kargaşa ve haksızlıkların önlenmesi amacıyla belirli kurallar koymuş ve insanların bu kurallar çerçevesinden hareket etmelerini sağlamışlardır. Türkve Irak hukuk sistemlerinde sözleşme ilişkisinin temel esasını, sözleşmelerin geçerlilik şartlarına haiz olup olmadığı bakımından kanun hükümleri oluşturmaktadır. Söz konusu hukuk sistemlerinin genel olarak sözleşmelere ve onun sınırlarına ilişkin hükümleri; büyük oranda benzerlik arz etmesine rağmen, bazı noktalarda farklılık göstermektedir.

Bunun sebebi de, adı geçen hukuk sistemlerinin farklı kaynaklara dayanmış olmasıdır. Türk Medenî Kanunu'nun kaynağını İsviçre Medenî Kanunu oluştururken, Irak Medenî Kanunu'nun kaynağını Fransız ve Mısır Medenî Kanunları ile İslam Fıkhnın genel kuralları teşkil etmektedir.

Irak Medeni Kanununun kaynağı Fransız ve Mısır hukuk sistemleridir. Sözleşmeler konusuna da bu hukuk sistemiği temel alınmıştır. Ayrıca, Mecelle'de benimsenen hukuk sistemiğine de atıflar vardır. Irak kanun koyucusu, bazı hüküm ve kavramları Mecelle'den iktibas etmiştir. Örnek olarak, Irak Medenî Kanunu'nda açık gabinle alakalı madde hükmünü Mecelle'den aktarmıştır. Mecelle'nin 356. maddesinin birinci fıkrasına göre, sözleşmenin yalnızca gabinden ötürü iptal edilmesi mümkün değildir.

Irak hukuk sisteminde Türk hukuk sisteminden farklı olarak ayrı bir Borçlar Kanunu bulunmamaktadır. Fakat borçlar kanunu genel düzenlemeleri Irak Medeni Kanunun içinde yer almaktadır. Bu doğrultuda Irak Medeni Kanun'da sözleşmelere ilişkin hükümler 73-185 maddeleri için de düzenlenmiştir. Ayrıca sözleşmelerin muhtevasını düzenleyen bazı hükümler Irak İcar Kanunun'da da düzenlenmiştir. Bu çerçevede Türk Borçlar hukukunda ve Irak Medeni Kanunda (m. 73-185), hukuki ilişkinin tarafları bakımından irade serbestisi prensibi söz konusudur ve taraflar, kanunun öngördüğü sınırlar çerçevesinde diledikleri sözleşmeyi diledikleri şekilde yapma imkanına sahiptir.

Bu irade serbestliği ilkesidir. Irak Medeni Kanunun 130/1 (1). maddesi "Mecburiyetin yerine getirilmesi yasaklanmış değildir" hükmüyle, kanuna göre ve kamu düzenine ve ahlakına aykırı olmayan sözleşmeleri geçerli saymaktadır. Dolayısıyla Türk

Borçlar Kanunu'nda olduğu gibi Irak Medeni Kanun'nda hâkim olan ilke de, irade serbestisi ilkesinden hareketle, sözleşme özgürlüğü ilkesidir.

Irak Medeni Kanunu m.75 düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesi, genel olarak Türk hukuk sisteminin benimsediği prensiplere yakındır. Bu doğrultuda 75. maddedeki tanıma göre sözleşme özgürlüğü: sözleşme yapma, sözleşmeden kaçınma, bir müteahhit (yüklenici ya da genel anlamda taraf) seçme ve sözleşmenin içeriğini belirleme özgürlüğünü içerir. İnsanın iradesine göre, birey sözleşme yapmaya da yapmama konusunda özgürdür. 75. madde ve medeni kanunun genel sözleşme serbestisi prensibinin aksine, gerek genel ve özel kanun hükümlerinde gerekse uygulamada sözleşme özgürlüğü çok kısıtlıdır. Özellikle kamu düzeni kavramı Irak hukuk sisteminde çok geniş yorumlanır ve hâkimin geniş takdir yetkisi vardır.

Sözleşme özgürlüğü, Irak'ta sözleşmenin oluşumunda uzun süre, önemli bir rol oynamıştır. Fakat oluşum aşamasının aksine, sözleşme ilişkilerinin düzenlenmesi, kamu düzeni ve ahlak limitleri ve yükümlülüklerini tanımlamak için kısıtlamalar önemlidir. Irak Medeni Kanununda sözleşmeler irade beyanı temelinde kurulur. Sözleşme, tarafların sahip olduğu irade ve güce dayanıyorsa, irade ilkesinin bir sonucudur. Sözleşmeye dayalı iradenin objektifliği, yalnızca sözleşmenin imzalanması için gerekli değildir, aynı zamanda sözleşmenin toplanmasını ve sonuçlanmasını da kapsar. Bu ilke, vasiyetnamelerin ve sözleşmelerin kurulmasında ve etkilerinin belirlenmesinde en büyük otorite olduğu anlamına gelir.

Türk hukuk sisteminde yetkili, yetkisiz, dolaylı, dolaysız, aktif, pasif, özel, genel, görünüşte, katlanma, birlikte, yalnız, kanunî, iradî temsilinden bahsederken, Irak hukuksistemi sadece kanunî ve iradî temsilden bahsetmektedir. Türk hukuk sisteminde, temsil yetkisi vermede bir şekli yoktur. Açık ya da örtülü olarak da verilmesi mümkündür. Temsilciye şekle bağlı bir hukukî işlem yapılması içinyetki verilse bile bir şart sayılmaz. Ancak Irak Medenî kanunu bazı durumlarda temsil yetkisinin şekle bağlı olarak verilebileceğini kabul etmiştir. Örneğin avukat temsilciliği, hayat boyu bakım sözleşmesinin geçerli olmasını yazılı şekil şartına bağlamı ve taşınmazla ilgili bağışlama, rehin ve mülkiyeti nakil sözleşmelerini resmi şekil şartına bağlamıştır.

2000 yılı için gayrimenkul krallığının devlet tarafından elden çıkarma özgürlüğüne ilişkin yasama kısıtlamaları. Irak yargısı, söz konusu yasanın öngördüğü

organın onayı olmadan Maliye Bakanı'nın onayı olmaksızın yapılan satışı boşa çıkardığı dükkânın ticarete elverişsiz olduğu kabul edildi. Bu, bireylerin kendi istekleri doğrultusunda ve lisanssız olarak bu tür bir sözleşme yapamamaları anlamına gelir.

Bu kısıtlamalar yalnızca sözleşmenin yasaklanması veya içeriğin tanımlanmasıyla sınırlı kalmayacak, aynı zamanda yalnızca her iki tarafın iradesi ile yaratılacak hukuki ilişkilerin kurulması için yasanın müdahalesi anlamına da gelebilir. Sözleşmelerin hukuki zorunluluk temelinde sonuçlandığı "bazı yorumcular tarafından zorunlu sözleşmeler veya sözleşmeler olarak adlandırılır".

Irak'ta öğretilde, sözleşmenin askıda kalması tabiri, 'mevkuf' yani 'durdurulmuş' olarak adlandırılmaktadır. Yani, ikrahla sakat olan sözleşmelerin hükmü, ikraha maruz kalan sözleşme tarafının iznine bağlı olarak durdurulmuştur yani mevkuttur. Bu durum Türk ve Irak hukuk açısından aynıdır. Öyle ki; Mecelle'nin 1006. maddesinde de ikrahla malul bulunan işlem, ikraha maruz kalan tarafın icazetine bağlı olarak, durdurulmuştur.

Irak hukukunda gabin, irade bozan sebepler olarak IMK.121 ve 126 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Ancak TBK'dan farklı olarak sadece yalın gabin, sözleşmenin iptal edilebilmesi için bir neden olarak görülmemektedir. Gabinin sözleşmenin iptaline neden olan bir sebep olarak görülebilmesi için, bunun fahiş yani aşırı bir nitelikte olması ve hileli eylemlerle yapılmış olması gerekmektedir.

Irak hukukuna göre medeni kanunda düzenlenen, irade bozukluğu sebepleri, hata (galat), ikrah ve hileli gabin (el gabin maal tagrir) olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Irak Medeni Kanunu'nda irade bozukluğu sebepleri, IMK. 112 ve 125 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Taşınmaz satım sözleşmesi hususunda, irade sakatlıklarını düzenleyen ayrı ve özel bir hüküm olmadığı için, Medenî Kanunu'nda irade sakatlığı hususunda ve normal satım sözleşmesi için geçerli düzenlenen genel nitelikli hükümler taşınmaz sözleşmelerinde de uygulanır. Benzer durum Türk Borçlar Kanun'da da vardır.

Sözleşmelerden geri dönülmesinin şartları açısından TBK'da olmayan bir hükümde savaş halidir. Şüphesiz Irak'ın içinde bulunduğu durum bunun temel nedenidir. Sözleşme sona ermeden, maddi ya da diğer unsurlar açısından önemli bir biçimde sözleşme işlerini etkileyecek durumlarda Irak Cumhuriyeti sınırları içinde savaş çıkması durumunda, savaş ilanı resmi olarak ilan edilsin ya da ilan edilmesin fark

etmeksizin ya da Irak herhangi bir savaşta taraf olduğu takdirde sözleşmenin sürdürölmesi için en büyük gayret gösterilmelidir. Fakat savaş çıktıktan sonra tarafların illiyet bağı prensibi çerçevesinde herhangi bir zamanda sebebe bağılı kalarak sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı ve yetkisi bulunmaktadır. Bu sona erdirmeye ancak yazılı bir şekilde sözleşmeyi yapan tarafın bilgilendirmesiyle mümkündür.

Borçlar Kanunu'nun 11/2. maddesinde düzenlenen, sıhhat şartı olarak aranan şekle aykırılık özellikleri taşıyan sözleşmeler hükümsüzdür. İsviçre Federal Mahkemesi ve Yargıtay kararlarında da kabul edilen bu hükümsüzlük kesin hükümsüzlüktür. Bu hükümsüzlük zaman aşımı ile ya da icazetle giderilemez, herkes tarafından ve her zaman ileri sürülebilir ve hâkim tarafından kendiliğinden dikkate alınması gerekir.

Irak'ta genel kabul ise bu hükümsüzlük durumunun kesin hükümsüzlük değil, iptal edilebilirlik olduğudur. Borçlar Kanunu'nda ise sadece hata, hile, ikrah ve gabine iptal edilebilirlik sonucu bağlanmıştır. Bunlara şekle aykırılık eklenemez. Diğer taraftan, Borçlar Hukuku sisteminde butlan ve iptal edilebilirlik haricinde üçüncü bir hükümsüzlük şekli bulunmamaktadır.

Şekle aykırı olarak kesin hükümsüzlük hallerinin bazı istisnaları bulunmaktadır:

Şekil kurallarına aykırı yapılan ölüme bağılı tasarruflar da, kendiliğinden hükümsüz olmayıp, sadece açılacak bir iptal davası ile hükümsüz kılınabilirler. Bu durum IMK'da da aynen düzenlenmiştir.

Şekil kurallarına aykırı olarak vücuda getirilmiş bir sözleşmede, hükümsüzlüğün öne sürölmesi, hakkın kötüye kullanılması niteliğini taşıyorsa, öngörölün şekilde yapılmamasına karşın, sözleşme sağık ve geçerlik kazanabilir. Bu durum IMK'da özel hükümle değil, genel hükümlerden çıkarımla aynıdır. Çünkü IMK'da ve öğretide irade ve rıza çok önemlidir.

Irak kanun koyucusu, sözleşmeye taraf olanların hatası veya sözleşmeyi ihlal etmesi sonucunda sözleşmeyi feshetmesindeki yetkisini Medeni kanunun genel ilkelerinde aktarmıştır. Yargı yolu ile fesih kararının resmiyeti ve sözleşme yapan herhangi bir tarafın hatasına uygunluğunun denetlemesi, sözleşmenin yasaya aykırı olmasından kaynaklı tazminat sonucunu doğurur. Sözleşmenin tamamının iptaline kadar varmaz.

“Sözleşme, tarafların hukukudur” ilkesi özel hukuk sözleşmelerinin dayandığı genel ilkelerdendir. Yani sözleşme taraflarından herhangi biri tek taraflı olarak kendi yükümlülüklerini terk edemez. Taraflardan hiçbiri diğer tarafın onayı olmadan sözleşmeyi değiştirmez ya da sonlandıramaz. Fakat idari sözleşmeler burada istisnadır. İdarenin idari sözleşmeyi kendi iradesiyle sonlandırması yetkisi fesihteki idare yetkisinden farklıdır. Bireysel olarak sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi, sözleşmeyi yapan birey tarafından herhangi bir hatanın gerçekleşmesinin ispat edilmesine gerek kalmadan ve kamunun yararı bunu gerektirdiği zaman sadece idare için öngörülmüştür. Dolayısıyla fesih yetkisine göre en önemli unsur hatanın meydana gelmesidir.

Birincisi Özel hukuk idari sözleşmelerdir. Bu sözleşmeler; idarenin, niteliği her ne olursa olsun kamu yetkilerinden arınmış olan kişilerden herhangi biriyle yaptığı sözleşmelerdir. Ayrıca idare karşı tarafla sanki normal bir şahıs olarak sözleşme yapar. Bu sözleşmelere örnek olarak; alım, satım ve diğer sözleşmeler verilebilir. Dolayısıyla bu sözleşmeleri özel hukuk kuralları yönetir. Fakat Irak hukuk sisteminde bu sözleşmelerden kaynaklanan anlaşmazlıklar normal idari yargının yetkilerine girer.

İkincisi ve şekil şartları yönünden önemli olan sözleşmeler ise idare sözleşmeleridir. Bu sözleşmeleri kamu hukuku düzenler. Bu sözleşmelere idari sözleşmeler denir. Bu sözleşmeler kamu tüzel kişinin kamu hizmetini görmek veya düzenlemek amacıyla yaptığı sözleşmelerdir. Kamu hükümlerini almada idare niyeti bu sözleşmelerde görülür. İşte bu sözleşmeler sözleşme serbestliği ilkesini sınırlayan, özellikle de şekli şartları kesin olarak düzenlenmiş sözleşmelerdir. Bunun ispatı sözleşmenin özel hukukta olmayan özel hukuku aşan düzenleyici hükümler içermesidir. Diğer bir deyişle idareyle sözleşme yapan tarafı doğrudan kamu hizmetini yürütmede ortak hale getirmesidir. İdari sözleşmeler, idari yargıya tabi olduğu için özel hukuki sistemle diğer sözleşmelerden ayrılmaktadır. Bu sözleşmeler aynı zamanda konusu, tarafları, faaliyeti ve amaçları açısından da farklıdır.

Fakat Irak'ta idari sözleşmelerin, özel hukuk ve özelinde medeni hukuk yönlendirmesinde yapılan sözleşmelere kıyasla esneklik ayrıcalığı vardır. Yukarıda açıkladığı gibi idare, sözleşmede gerekli olan değişiklik işlemlerini yapma hakkına haizdir. İdareyle sözleşme yapan bir kişinin sözleşme için bağlayıcı olan güçle gerekçe gösterme imkânı da bulunmamaktadır. Kişilerin; idarenin değiştirme yetkisini kullanmasından ötürü sözleşmenin menfi olarak bozulan mali dengesinin iade

edilmesini talep etme hakkı mevcuttur. Fakat Irak'ta idari sözleşmenin mali dengesini oluşturma ilkesi karşılığını bulmaz. Bu düşünce, sözleşmenin ekonomik denge düşüncesinden farklıdır. Biliniyor ki idari sözleşme taraflarını haklar ve yükümlülükleri sözleşmede daha önce belirtildi. Hâkim bu hak ve yükümlülükler arasındaki dengeyi korumak için elinden geleni yapmakla yükümlüdür. Fakat uygulamada ciddi sıkıntılar mevcuttur.

TBK'da eşyayı bağlı hak ve borç kavramları mevcuttur. Dahası eşyaya bağlı borçlar kapalı adet ve sınırlı sayı ilkesine bağlıdır. Irak hukukunda ise, eşyaya bağlı hak ve borç kavramı bulunmamaktadır.

Irak Medenî Kanunun'da, Türk hukukundan ve özelinde borçlar kanunundan farklı olarak, taşınmaz satım sözleşmesi, biri borçlandırıcı ve diğeri tasarruf işlemi olmak üzere ikiye ayrılmamaktadır yani böyle bir ayrım yoktur. Kanunun öngördüğü şekilde yapılmayan taşınmaz satım sözleşmeleri hükümsüz sayılmaktadır. Taşınmazın mülkiyeti tapu sicil memuru huzurunda yapılan tek bir işlemle alıcıya geçer. Bundan dolayı ayrıca satım sözleşmesi, IMK. 1122. maddede sayılan hukukî sebep olarak görülmemektedir. Buna örnek verecek olursak, tescil öncesi inşaat yapan yüklenici alıcıya, söz konusu maddeye dayanarak temlik talep etme hakkı tanınmamaktadır. Ancak borçlandırıcı işlemin Türkiye'de Noteri karşılayan ve mahkemelerin yapısında var olan *katibe'l adil* tarafından, tasarruf işleminin ise, tapu idaresi tarafından yapılması mümkün olur.

Irak Anayasası'nda TC Anayasası'nda olduğu gibi m. 48/II' "*herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetine sahiptir*" şeklinde bir hükümle sözleşme serbestisi anayasal bir koruma altına alınmamıştır. Fakat buna mukabil Irak Medeni Kanun'da sözleşme yapma özgürlüğü temel hak olarak sayılmıştır. Medeni Kanun 93. maddede "*Yasa yetersiz olduğuna karar vermediği veya sınırlandırmadığı sürece herkes sözleşme yapma hakkına sahiptir*" denmektedir. Bu doğrultuda temel haklar Irak Anayasası'nda garanti altına alınmıştır.

KAYNAKÇA

- Abdulmecîd, İsmet, İhtilâlû't-Tevâzüni'l-İktisâdî li'l-Akdi ve Devrû'l-Kâdî fî Mu'âlecetihi, 1978
- Abu Zehra, Şih Muhammed, El-Mülkiye Ve Nazariye-Tül El-Akid, Neşir Mefsuat El-Kaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel El-Arabiye, Mısır, 2001
- Acemoğlu, K. , Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971
- Acemoğlu, K., Malvarlığı ve Ticari İşletmenin Devri, İstanbul, 1971
- Al-Khoei, Abdul Majid, Aloeciz Fi Alnıziriya Alaama Lileltizam Fi Alkanun, Alogiz, Bagdad, 2008
- Alûş, Sa'd, Nazariyyetü'l-Müesseseti'l-Âmme ve Tatbîkâtühâ fî't-Teşri'i'l-İrâkî, Dirâse Arslan, İ. Yılmaz, Ticaret Hukuku, Bursa, 2005
- Âsâruhe'l-Kânûniyye, el-Müessesetü'l-Hadîse, Trablus, Lübnan, 1998
- Asmt Abdul, Majid Bekir, Fikrat Alailtizam Alqanuniu Bialtaequd Watatbiqiha Fi Alqanun Aleiraqii, Aleadad Alththalith Eushara, Alsanat Alttasieat Fi Majalat, Baghdad, 1999
- Bedrî, Ahmed Tallâl Abdulhamîd, Kâidetü el-Akdü Şerî'atü'l-Müte'âkideyn fî Mecâli'l-Ukûdi'lîdâriyye, Dirâse Mukârane, b. 1, Dârü Mektebetü Adnan, Bağdat, 2013
- Bekir, İsmat Abdülmecit, Masadiril İltizam Fil Kanun el-Medenî, el- Mektebe El Kanuniye, Bağdat, 2007
- Berki, Ali Himmet, Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye, 3. Baskı, Cihan Matbaacılık, 1982
- Cebûrî, Mâhir Salih Alâvî, el-Vesîtfi'l-Kânûni, Dârüİbn Esîr li't-Tab' ve'n-Neşr, Camiatü'l-Musul, Musul, 2009
- Çelik N., İş Hukuku Dersleri, Genişletilmiş 15. Bası, Beta Basımevi, İstanbul, 2000
- Dirâse Mukârane, Hukuk ve Siyaset Fakültesi'ne Sunulmuş Bir Doktora Tezi, Bağdat Üniversitesi, 1978

- Dural, M., Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık, İstanbul, 1976
- Ekonomi., M, Ferdi İş Hukuku, C.1, 2.Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1980
- El -Azzavi, Abdullah Gazzay, Hakku'l Musataha Ve'l İcare'l Tavila ve Mevkif'l Kada Minhuma; Mecelletü'l- Adale, C.1, Bağdat, 2000
- El- Senhüri, Abdurlazzak, Ahmet, EL-Vasit Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, EL-Ukud EL-Varide Ale EL-AMEL, Akdül EL-Vekâle, Mısır, 2006
- El-Fazlı, Munzir Abdül Hüseyin, el-Vazife'l İctimaiye Lil Mülkiyye'l Hassa Fi'şŞeriatî'l-İslamiye ve'l Kanuni'l Iraki, Daru'lHurriye Lil Tibaa, Bağdat, 1977
- El-Hâkim, Abdülmecid, EL-Vasit vi Nazariyetül El-Akid, Bağdat, C. I, 1997
- el-Hukûkiyye, Lübnan, Beyrut, 2005
- El-Serhan, Adnan İbrahim, EL-Avzaa EL-Zahira ve Meda Himayetiha Fil-Kanun EL-Medenî EL-Iraki Ve'l Mukaren, Bağdat, 1986
- Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 22. Baskı, İstanbul, 2017
- Esener, T., Borçlar Hukuku, C.1, Ankara, 1969
- Ez- Zuğbi, Muhammed Yusuf, Meda Kuvveti't- Tescil'l Buyu' Fi Sicili'l Arazi'l Iraqi, Dirasat; el Mücalleddi'l Salis Aşar, el Adedi'l Tasi, 1986
- Fehmî, Ömer Hilmi, Temyîzü'l-Akdi'l-İdârî, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Kahire, 1993
- Ferec, Tevfik Hasan, en-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-İltizâm, Nazariyyetü'l-Akd, ed-Dârü'l-fi'l Kanun el-vaz'î ve el-Şeria el-İslamiyye, Dâr el-Fikrû'l-Câmi'î, İskenderiye, 2017
- Gözler, Kemal, Anayasa Hukukunun Genel Esasları, Bursa, 2016
- Gözler, Kemal, Hukukun Temel Kavramları, Bursa, 2003
- Hamam, Mohamed Mahmoud, Mohamed Hussein Mansour, Mabadi Alqanun, Munsha'at Almaearif, Al'iiskandrit, 1986

- Hammâs Faruk, Ahmed, Abdullah, Deylemî Muhammed, el-vecîz fî el-Nazariyyetü'l-Âmme li'l-Ukûdi'l-İdâriyye, Dâr'ül-Kütüb, Musul, 1992
- Hatemi/Serozan/Arpacı, “Borçlar Hukuku: Özel Bölüm” İstanbul, 1992
- Hatemi H. , Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Özellikle BK m.65 Kuralı, İstanbul 1976
- Hicazi, Abdul Hacı, Al Nazariat Aleamat Lila Itizami, Masadir Alailtizami, Mutbaeat Nahdat Musr, C1, Alqahirat, 2002
- Hukûkiyye, Beyrut, Lübnan, 1998
- Hulû, Mâcid Râgib, el-Ukûdü'l-İdâriyye, el-Câmi'atü'l-Cedîde, İskenderiye, 2016
- Hulû, Mâcid Râgib, el-Ukûdü'l-İdâriyye, Matbaat'ül Camiiyyei, 2007
- Kablan, Ali Abdulemir, Eserü'l-Kânûnü'l-Hâs Ale'l-Akdi'l-İdârî, Zeynü'l-Hukûkiye, Lübnan,c. 1, b. 2014
- Kaneti, S., Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi, İstanbul, 1972
- Karahasan, Mustafa Reşit, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2004
- Kılıçoğlu, Ahmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Baskı, Ankara, 2005
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968
- Mağribî, Mahmûd Abdulmecîd, el-Müşkilât ü'l-Letî Yüvâcihühâ Tenfîz ü'l-Ukûdi'l-İdâriyye ve Matbûât el-Câmi'iyye, İskenderiye, 2008
- Memleketi'l-Arabiyye es-Su'ûdiyye, b. 2, Matbaatü'r-Riyad, Riyad, 2008
- Muhammed, Müslümânî Ahmed İbrahim, el-Vesît fî Şerhi'l-Kânûni'l-İdârî, Dirâse Mukârane
- Mukârane, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Bağdat, 1968
- Mukârane, Risale Doktora, Mukaddime ilâ Külliyyet'il-Hukuk ve's-Siyase, Câmiat'ü
- Nomer, Haluk, “Borçlar Hukuku: Genel Hükümler: Ders Notları”, İstanbul, 2000
- Oğuzman K. , Öz T. , Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 17.Bası, İstanbul, 2017

- Oğuzman K., Medeni Hukuk Dersleri, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 6. Bası , İstanbul, 2016
- Oğuzman K., Şekil Noksanı Sebebiyle Butlan Dermeyanı Hakkının Suistimali, İ.B.D., Sayı 6,1955
- Oğuzman, K., Barlas, N, Medeni Hukuk, 22. Bası, İstanbul, 2016
- Özsunay E. , Borçlar Hukuku I , 2. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul,1983
- Postacıoğlu, İ. E., Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul, 1975
- Risale Doktora, Mukaddime ilâ Külliyyet'il Hukuk ve's-Siyase, Câmîat'ü Bağdat,. 1982
- Sanhourî, Abdul Razak, Ahmed, Alwasit Fi Sharah Alqanun Almadanii, Nazariat Alailtizam Biwajh Eami, Masadir Alailtizami, Dar Alnashr Liljamieat Almisriat, Alqahirat, 2002
- Sawar, Muhammed, Wahiduddin, Alaitijahat Aleamat Fi Alqanun Almadanii, Almuktabat Alqanuniat, Amman, 2001
- Selman, Cesim, El-Abbudi, El-Niyebe An El-Gayır vel-Tasaruf El-Kanunî, Bağdat, 1991
- Senhûrî, Abdürrezzâk, el-Vesît fi'l-Kânûnî'l-Medenî, b. 2, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Kahire,1964
- Senhûrî, Abdurrezzak, el-Vesît fi Şerhi'l-Kânûnî'l-Medenî, c. 1, Menşurat el-Halebî el-Suvâdî, Abdülbaki Muhammed, Akdü't-Tevrîd Tabî'atuhu ve Âsâruhu fi Dav'i't-Tahtîti'lİktisâdî,
- Şefîk, Hâtîm, el-Kânûnû'l-İdârî, el-Ehliyye li't-tab' ve't-Tevzi' ve'n Neşr, b. 1, Beyrut, 1985
- Şelmânî, Miftâh Halîfe Hamed Muhammed, el-Ukûdü'l-İdâriyye ve Ahkâmü İbrâmihâ, Dâr'ül-
- Tekinay, S., Eşya Hukuku, 5.Bası, İstanbul, 1989
- Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş Ve Genişletilmiş 7.Baskı, İstanbul, 1993
- Tekmecî, Tâlib, Himâyetü Masâlihi'l-Müte'âkid el-Meşrû'a fi'l-Akdi'l-İdârî, Dirâse

Tunçomağ K./Centel T., İş Hukukunun Esasları, Beta Basımevi, 2.Bası, İstanbul ,1999

Tunçomağ, K., Türk Borçlar Hukuku, I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul, 1976

Vüheybî, Abdullah, el-Kavâidü'l-Münazzama li'l-Ukûdi'l-İdâriyye ve Tatbîkâtühâ fi'l-

2 Sayılı 2008 Yılı Irak Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergeleri

Yavuz, Nihat, Borçlar Hukuku El Kitabı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018

40 sayılı 1951 tarihli Değiştirilmiş Irak Medenî Kanunu



ÖZGEÇMİŞ

Adı Soyadı : KHALID HIKMAT HAJI HAJI

Doğum Yeri ve Yılı : IRAK/01.09.1972

Medeni Hali : EVLİ

Yabancı Dili : TÜRKÇE

E-posta : khaledh78@yahoo.com

Eğitim Durumu : AL-Turath University College-Law