



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Zmnako MOHAMMED SHARI

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN KURULMASI

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2025



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Zmnako MOHAMMED SHARI

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN KURULMASI

Danışman

Doç. Dr. Agah Kürşat KARAUZ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2025

Akdeniz Üniversitesi

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Zmnako MOHAMMED SHARI'nin bu çalışması, jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Süleyman YILMAZ (İmza)

Üye (Danışman) :Doç. Dr. Agâh Kürşat KARAUZ (İmza)

Üye : Doç. Dr. Mehmet ALTUNKA (İmza)

Üye :Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY (İmza)

Üye :Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY (İmza)

Tez Başlığı:	Türk ve Irak hukukunda sözleşmenin kurulması
--------------	--

Onay: Yukarıdaki imzaların, adı geçen öğretim üyelerine ait olduğunu onaylarım.

Tez Savunma Tarihi : 05.08.2025

Mezuniyet Tarihi : 05.10.2025

(İmza)

Doç. Dr. Agâh Kürşat KARAUZ

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “ Türk ve Irak hukukunda sözleşmenin kurulması” adlı bu çalışmanın, akademik kurallar ve etik değerlere uygun bir biçimde tarafımcı yazıldığını, yararlandığımı bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir, bunu şerefimle doğrularım.

Zmnako MOHAMMED SHARI





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU BEYAN BELGESİ

Öğrenci Bilgileri	
Adı-Soyadı	ZMNAKO NOORI MOHAMMED SHARI
Öğrenci Numarası	20185226012
Anabilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Danışman Öğretim Üyesi Bilgileri	
Unvanı, Adı-Soyadı	Doç. Dr. Agah Kürşat KARAUZ
Doktora Tez Başlığı	Türk ve Irak hukukunda sözleşmenin kurulması
Turnitin Bilgileri	
Ödev Numarası	2772521452
Rapor Tarihi	06-Eki-2025 11:36
Benzerlik Oranı	Alıntılar hariç: %14 Alıntılar dahil: %17
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜNE, Yukarıda bilgileri bulunan öğrenciye ait tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 206 sayfalık kısmına ilişkin olarak Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orjinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esaslarında belirlenen filtrelemeler uygulanarak yukarıdaki detayları verilen ve ekte sunulan rapor alınmıştır. Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir: (X) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orjinallik Raporunun doğruluğunu onaylarım. () Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise: Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orjinallik Raporunun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esaslarında öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.	
Gerekçe:	

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlere uygun olarak tarafımca yapılmıştır. İlgili tezin orjinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

Danışman Öğretim Üyesi
Unvanı, Adı-Soyadı

Doç. Dr. Agah Kürşat KARAUZ

İmza

İÇİNDEKİLER

İÇİNDEKİLER.....	i
ÖZET.....	v
ABSTRACT.....	vi
KISALTMALAR LİSTESİ.....	vii
ÖNSÖZ.....	ix
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA SÖZLEŞME İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

1.1. Sözleşme Kavramı.....	4
1.1.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Sözleşme Kavramı.....	4
1.1.2. Irak Medeni Kanunu'nda Sözleşme Kavramı.....	7
1.2. İrade Açıklaması Kavramı.....	10
1.2.1. İrade Açıklamasının Unsurları.....	11
1.2.2. Sözleşme Kurulmasında İrade Açıklamasının Değerlendirilmesi.....	13
1.2.3. Irak Medeni Kanunu'nda İrade Beyanının Sözleşmelerdeki Değeri.....	15
1.3. TBK ve IMK'da Sözleşme Serbestisi/ Özgürlüğü İlkesi.....	17
1.3.1. Türk Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü İlkesi.....	18
1.3.1.1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü.....	18
1.3.1.2. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü.....	19
1.3.1.3. Sözleşmenin Tipini ve İçeriğini Seçme Özgürlüğü.....	20
1.3.1.4. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü.....	21
1.3.1.5. Sözleşmeyi Değiştirme veya Tamamen Ortadan Kaldırma Özgürlüğü.....	22
1.3.2. Irak Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü İlkesi.....	23
1.3.2.1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü.....	24
1.3.2.2. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü.....	25
1.3.2.3. Sözleşmenin Tipini ve İçeriğini Seçme Özgürlüğü.....	27
1.3.2.4. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü.....	28
1.3.2.5. Sözleşmeyi Değiştirme veya Tamamen Ortadan Kaldırma Özgürlüğü.....	29
1.4. Sözleşmelerde Nisbilik İlkesi.....	30
1.4.1. Sözleşmelerde Nisbilik İlkesinin Sonuçları.....	31
1.4.1.1. Alacak Hakkının Yalnızca Borçlu Tarafından İhlal Edilebilmesi.....	32
1.4.1.2. Alacak Hakkının Yalnızca Borçluya Karşı İleri Sürülebilmesi.....	32
1.4.1.3. Alacak Hakkının Borçlu Tarafından İhlal Edilmesinin Üçüncü Kişilere Hak Talebi Olanağı Sağlamaması.....	32
1.4.1.4. Alacak Hakkının Dolaylı Olarak Alacaklıya Yetki Vermesi.....	33

1.4.2. Sözleşmelerde Nisbilik İlkesinin İstisnaları.....	33
1.4.3. Irak Medeni Kanunu'nda Sözleşmelerde Nisbilik İlkesi.....	34

İKİNCİ BÖLÜM

İRDE AÇIKLAMASININ KARŞILIKLI VE BİRBİRİNE UYGUN OLMASI

2.1. Sözleşmenin Unsurları	36
2.1.1. En Az İki Tarafın Mevcudiyeti.....	37
2.1.2. Tarafların Karşılıklı İrade Açıklamasında Bulunmaları.....	39
2.1.2.1. Öneri.....	40
2.1.2.1.1. Önerinin Unsurları.....	42
2.1.2.1.2. Önerinin Bağlayıcılığı.....	51
2.1.2.1.3. Önerinin Hukuki Niteliği.....	57
2.1.2.1.4. Önerinin Bağlayıcılığının Sona Ermesi.....	58
2.1.2.2. Kabul.....	62
2.1.2.2.1. Açık Kabul.....	64
2.1.2.2.2. Örtülü Kabul.....	70
2.1.3. Tarafların İrade Açıklamalarının Birbirine Uygun Şekilde Olması.....	76
2.1.3.1. İrade Açıklaması Yorum Yöntemleri.....	78
2.1.3.2. İptal Öncesi Yorum İlkesi.....	82
2.1.4. Sözleşmenin Kurulması Bakımından İrade Açıklamalarının Uygunluğu.....	84
2.1.5. Sözleşmenin Kurulması Bakımından İrade Açıklamalarında Uyuşmazlık.....	88
2.1.5.1. Uyuşmazlık Kavramı.....	88
2.1.5.2. Uyuşmazlık Türleri.....	89
2.1.5.2.1. Gerçek Uyuşmazlık- Gerçek Olmayan Uyuşmazlık.....	89
2.1.5.2.2. Açık Uyuşmazlık- Gizli Uyuşmazlık.....	90
2.1.5.2.3. Tam Uyuşmazlık- Kısmi Uyuşmazlık.....	93
2.2. İMK'ya Göre Sözleşmenin Unsurları.....	94
2.2.2. Sözleşmenin Konusu.....	97
2.2.3. Sözleşmenin Sebebi.....	98
2.2.4. Sözleşmenin Şekli.....	98
2.3. İMK'da Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İdari Sözleşmeler Ayrımı.....	99

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU VE HÜKÜM DOĞURMAYA BAŞLADIĞI AN, SÖZLEŞMENİN KURULAMAMASINI DOĞURAN SEBEPLER

3.1. Sözleşme Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesi	103
3.1.1. Türk Hukukunda Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı Anın Belirlenmesi.....	108

3.1.1.1. Kabulün Hazırlar Arasında Karşı Yöneltilmiş Olması.....	108
3.1.1.2. Kabulün Hazır Olmayana Karşı Yöneltilmiş Olması.....	111
3.1.1.3. Kabulün Yöneltilmemiş Olması.....	114
3.1.2. Irak Hukukunda Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı Anın Belirlenmesi.....	117
3.1.2.1. Irak Hukukunda Sözleşmenin Kurulması.....	117
1) Yazılı Şekil İhtiyacı.....	107
2) Hüküm Doğurma ve İcraya Başlama.....	118
3) Kabulün Hazır Olmayana Karşı Yöneltilmiş Olması.....	120
4) Irak Hukukunda Kabulün Geçerliliği ve İslam Hukuku Etkisi.....	121
3.1.2.2. Sözleşmenin Kurulması ve Tarafların Yükümlülük Başlangıcı.....	122
3.1.3. Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı An Ayrımının Uygulama Alanı	126
3.1.3.1. Başlangıçtaki ve Sonraki İmkânsızlık Ayrımının Belirlenmesi	127
3.1.3.2. Borcun Doğumu ve Muaccel Olması.....	128
3.1.3.3. Faizin Başlangıcı.....	129
3.1.3.4. Faizin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği.....	130
3.1.3.5. Faiz Alacağının Başlangıcı ve Zamanaşımı ile İlişkisi	131
3.1.3.6. Birden Fazla Tasarruf İşlemi Arasındaki Sıranın Belirlenmesi.....	132
3.1.3.7. Sözleşmenin Kurulduğu Yerin Belirlenmesi.....	133
3.1.3.7.1. Hazır Olanlar ve Hazır Olmayanlar Arasında Kurulması	133
3.1.3.7.2. Sözleşmenin Önerilerin Kesişmesi ile Kurulması	134
3.1.3.7.3. Irak Medeni Hukuku'nda Sözleşmenin Kurulduğu Yerin Belirlenmesi.....	134
3.1.3.8. Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Başlangıcı.....	135
3.1.3.9. Gerçek Kişi Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Sürenin Başlangıcı.....	136
3.2. Sözleşmenin Kurulamamasını Doğuran Sebepler	137
3.2.1. Sözleşmenin Kurulamamasında Geçersizlik ve Yokluk Kavramları.....	138
3.2.2. Geçersizlik ve Yokluk Uygulamaları Irak Hukukunda	139
3.2.3. Geçersizlik ve Yokluk Kavramlarının Uygulama Alanları.....	140
3.3. Sözleşmelerin Kurulmasında Geçersizlik.....	141
3.3.1. Tam Geçersizlik/Hükümsüzlük.....	143
3.3.2. Kısmi Geçersizlik/Hükümsüzlük.....	145
3.4. Geçersizlik Türleri.....	146
3.4.1. Yokluk.....	146
3.4.2. İptal Edilebilirlik.....	148
3.4.3. Butlan (Kesin Hükümsüzlük).....	150
3.4.4. Nisbi Etkisizlik.....	152
3.4.5. Tek Taraflı Bağlamazlık (Askıda Hükümsüzlük).....	153

3.5. Hukuki İşleme İlişkin Geçersizlik Nedenleri	154
3.5.1. Başlangıçta İmkânsızlık	155
3.5.2. Emredici Hükümlere Aykırılık	157
3.5.3. Şekle Aykırılık	158
3.5.4. Ahlaka Aykırılık	160
3.5.5. İrade ile İrade Beyanı Uyumsuzluğu	161
3.5.6. Aşırı Yararlanma	163
3.5.7. İrade Oluşumuna İlişkin Bozukluklar	165
 SONUÇ	 165
KAYNAKÇA	171



ÖZET

Borç ilişkilerinin temel kaynaklarından biri olan sözleşmeler, taraflar arasında hukuki ilişki kurulmasına hizmet eden önemli işlemlerden biridir. Bu bağlamda, çalışmanın ana konusunu Türk ve Irak hukuk sistemlerinde sözleşmenin kurulma süreci oluşturmaktadır. İsviçre hukukundan esinlenerek oluşturulan Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nda, sözleşmelerin kurulmasına dair düzenlemeler yer almakta olup; özellikle Türk Borçlar Kanunu'nun 1 ila 11. maddeleri arasında bu konuda açık hükümlere rastlanmaktadır.

Irak Medeni Kanunu'nda ise sözleşmelere ilişkin hükümler 73'üncü madde ile 185'inci madde arasında düzenlenmiş olup, bu hükümler; Mısır ve Fransız hukuk sistemlerinin yanı sıra İslam hukukunun genel ilkelerine dayanmaktadır. Her ne kadar Irak hukukunda müstakil bir Borçlar Kanunu bulunmasa da, Medeni Kanun kapsamında sözleşme kurulması hukuken mümkündür.

Her iki sistemde de sözleşme, tarafların irade beyanlarıyla meydana gelmektedir. Bu beyanlar karşılıklı ve birbirine uygun şekilde ortaya konan öneri (icap) ve kabul niteliğindedir. Sözleşmenin geçerli şekilde kurulması için tarafların bu beyanlarının örtüşmesi gereklidir. Türk hukukunda, genel hükümlere ek olarak, öneri konusuna ilişkin bazı özel düzenlemelere de yer verilmiştir. Buna karşılık Irak hukukunda, bu konu daha çok genel ilke ve hükümlere bırakılmıştır.

Sözleşme ehliyeti açısından Irak Medeni Kanunu daha açık ve ayrıntılı düzenlemeler içermektedir. Bu bağlamda, sözleşme yapabilme ehliyeti için tarafların reşit olması, ayırt etme gücüne sahip bulunması ve hacir altında olmamaları gerekmektedir. Bu şartlardan herhangi birinin eksikliği halinde sözleşme geçersiz sayılmakta, yani batıl kabul edilmektedir. Türk hukukunda ise genel hükümler düzeyinde ehliyeteye dair açık bir düzenleme yer almaz. Ancak öğretide yaygın olarak benimsenen görüşe göre, borç altına giren kişinin fiil ehliyetine sahip olması, alacaklı tarafın ise hem fiil ehliyetine hem de alacak üzerinde tasarruf yetkisine sahip bulunması gerekmektedir.

Sonuç olarak, sözleşmenin kurulması hususunda Türk ve Irak hukukları genel ilkeler bakımından önemli benzerlikler taşımaktadır. Bununla birlikte, özellikle öneri ve sözleşme ehliyeti gibi bazı konularda sistematik ve içeriksel farklılıkların varlığı dikkat çekmektedir.

Anahtar Kelimeler: Türk Hukuku, Irak Hukuku, Sözleşme, Sözleşmenin Kurulması, irade açıklaması, karşılıklılık, birbirine uygunluk.

ABSTRACT

FORMATION OF CONTRACT IN TURKISH AND IRAQI LAW

The contract, which is among the debt sources, is generally a legal transaction that enables the establishment of a contractual relationship between the parties. In this study, the issue of contract establishment in Turkish Law and Iraqi Law is discussed. There are provisions regarding the establishment of the contract in the Turkish Civil Code and the Turkish Code of Obligations, which take their main source from Swiss law. Article of the Turkish Code of Obligations. Provisions 1-11 regulate the establishment of the contract. In the Iraqi Civil Code, provisions regarding contracts are regulated between Articles 73 and 185. In Iraqi Law, which takes its source from the Egyptian and French legal systems and the general rules of Islamic Law, it is possible to establish a contract within the limits set by the Iraqi Civil Code, even though there is no independent Code of Obligations. According to the provisions of the Turkish Code of Obligations and the Iraqi Civil Code, the establishment of the contract is realized by declaration of will. The contract is essentially established by the parties' mutual declarations of intent, which are described as mutually compatible proposals and acceptances. In terms of general provisions, some special provisions are included in Turkish law, apart from Iraqi law, regarding the proposal. In Iraqi law, in terms of contractual capacity, the parties must be of legal age, have the power of discernment and not be under confiscation. When one or both of the parties do not have the capacity to contract, the contract becomes void. In Turkish law, there is no specific provision regarding the capacity of the parties in the general provisions. However, it is stated in the doctrine that the person assuming the debt must have actual capacity, and the creditor must have the authority to dispose of the receivable in addition to his actual capacity. As a result, it has been determined that there are important similarities in the general provisions in Turkish and Iraqi law in terms of the establishment of the contract, but there are differences in some issues.

Key Words: Turkish Law, Iraqi Law, Contract, Establishment of the Contract, Declaration of Will, Reciprocity, Conformity to Each Other.

KISALTMALAR LİSTESİ

A.g.e.: Adı Geçen Eser

A.g.m.: Adı Geçen Makale

AYM: Anayasa Mahkemesi

Bkz: Bakınız

Bs: Bası

BM: Birleşmiş Milletler

CISG: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması

C: Cilt

c: Cümle

Çev: Çeviren

DİK: Devlet İhale Kanunu

E: Esas

Ed: Editör

HMK: Hukuk Muhakemeleri Kanunu

HD: Hukuku Dairesi

HGK: Hukuk Genel Kurulu

IBK: İçtihadı Birleştirme Kararı

IAY: Irak Anayasası

IMK: Irak Medenî Kanunu

İİK: İcra İflas Kanunu

KİK: Kamu İhale Kanunu

K: Karar

Karş: Karşılaştırınız

KDK: Yargıtay Kararlar Dergisi

MÖHUK: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

m: Madde

MÖHUK: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun

N: Numara

S: Sayı

s: Sayfa

T: Tarih

TAAD: Türkiye Adalet Akademisi Dergisi

TBBD: Türkiye Barolar Birliği Dergisi

T.C.: Türkiye Cumhuriyeti

TCK: Türk Ceza Kanunu

TBK: Türk Borçlar Hukuku

TKHK: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun

TMK: Türk Medeni Kanun

TTK: Türk Ticaret Kanunu

Vb: Ve benzeri

Vd: Ve devamı

Y: Yıl

Yarg: Yargıtay

YHGK: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu

YİBGK: Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu

YKD: Yargıtay Kararlar Dergisi

WLR: Weekly Law Reports

ÖNSÖZ

Atalarımızın dediği gibi, “Teşekkür ederim” sözü mütevazı bir ifadedir; ancak gerçek anlamını, minnettarlık duygusunu içtenlikle yansıtan bir eylemle kazanır. Bu bağlamda, bu doktora çalışmasına danışmanlık yapmayı kabul eden, bilgi, tecrübe ve rehberliğiyle beni her aşamada destekleyen Prof. Dr. Mehmet ALTUNKAYA hocama en derin şükranlarımı sunarım.

Ayrıca, tez yazım sürecinde danışmanlık yapmayı kabul ettiği için ve akademik yönlendirmeleriyle çalışmama değerli katkılarda bulunan Doç. Dr. Agah Kürşat KARAUZ ve Dr. Öğr. Üyesi Osman Levent ÖZAY hocalarıma içten teşekkür ederim. Tez savunma jürimde yer alarak beni onurlandıran Prof. Dr. Süleyman YILMAZ ve Dr. Öğr. Üyesi Faruk Barış MUTLAY hocalarıma da teşekkürlerimi ve saygılarımı sunarım. Yoğun akademik çalışmalarına rağmen bu tezi inceleyip, kıymetli eleştirileriyle çalışmamı zenginleştiren tüm jüri üyelerine minnettarım.

Bu çalışmayı seçmemin temel nedeni, Irak hukuk sisteminin gelişimine mütevazı bir katkı sunmak ve Türkiye ile Irak arasındaki hukuki ilişkilerin karşılaştırmalı bir perspektiften değerlendirilmesine olan ilgidir. Her iki ülke, ortak bir tarih, kültür ve coğrafyayı paylaşmakta olup; bu bağlamda hukuk sistemleri de birbirini etkileyen derin bağlara sahiptir. Dolayısıyla, sözleşmenin kurulması konusunu Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Irak Medeni Kanunu (IMK) çerçevesinde karşılaştırmalı olarak incelemek, bu iki hukuk düzeni arasındaki yakınlık ve farklılıkları ortaya koyma imkânı sunmuştur.

Bu tezin hazırlanma sürecinde karşılaşılan en büyük zorluk, şüphesiz yabancı bir ülkede akademik araştırmayı Türkçe gibi zengin ve esnek bir dilde yürütmenin güçlükleridir. Ancak tüm bu zorluklara rağmen, hukuki açıdan özgün, karşılaştırmalı ve bilimsel bir çalışma ortaya koymanın mutluluğunu yaşamaktayım. Bu çalışmanın, hem Türk hem de Irak hukukunda sözleşme yapan taraflar için yararlı bir kaynak olmasını temenni ederim.

Tez boyunca bana her zaman inanan ve dualarıyla yanımda olan sevgili babam Noori'ye ve sevgili annem Qadiya'ya, desteğini hiçbir zaman esirgemeyen kardeşlerime en derin teşekkürlerimi sunarım. Ayrıca, bu zorlu süreçte moral ve motivasyon kaynağım olan değerli arkadaşlarıma içtenlikle minnettarım. Manevi destekleri olmasaydı, bu çalışmayı tamamlamak çok daha güç olurdu. Bunun yanı sıra, sevgili eşime ve oğullarım Ahmed ile Lass'a, sabırları, sevgileri ve bana sağladıkları destek için ayrıca teşekkür ederim; her biri bu çalışmada bana önemli ölçüde yardımcı olmuştur. Bu çalışmanın, Türk ve Irak hukuk

sistemleri arasında bilimsel bir köprü oluşturması ve iki ÷lke hukukunun karşılıklı gelişimine katkıda bulunması en büyük dileğimdir.

Zmnako MOHAMMED SHARI

Antalya, 2025



GİRİŞ

Sözleşmeler, iki taraf arasında hukuki sonuç doğurmak amacıyla kurulan temel işlemlerdir. Bu sonuçların gerçekleşebilmesi, tarafların karşılıklı ve birbiriyle örtüşen irade beyanlarında bulunmalarına bağlıdır. Örneğin, satış sözleşmesinde satıcının malı belirli bir bedel karşılığında devretme; alıcının da bu bedeli ödeme yönündeki açık beyanları, sözleşmenin kurulması için zorunlu irade uyumunu ortaya koyar¹.

Türk hukukunda sözleşmelerin kurulması, geçerliliği, ifası ve sona ermesi Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) düzenlenmiştir. TBK, Türk Medeni Kanunu'nun tamamlayıcısı niteliğinde olup, özel borç ilişkileriyle ilgili ek yasalarla desteklenmektedir². Irak hukukunda ise sözleşmelere dair temel hükümler, Irak Medeni Kanunu'nun (IMK) 73 ila 185. maddeleri arasında yer almakta; bu düzenlemeler, Batı hukuk sistemlerinden çok İslam hukukuna, özellikle Mecelle'ye dayanmaktadır³. Bununla birlikte Irak hukukunda da özel borç ilişkileri için farklı kanunlar mevcuttur. Örneğin, Irak Ticaret Kanunu ticari sözleşmeleri düzenlerken, özel düzenlemelerle desteklenen kiracılık ve tüketici ilişkilerine yönelik hükümler de yürürlüktedir⁴.

Her iki hukuk sisteminde de sözleşme özgürlüğü ilkesi esastır. TBK'nın çoğu hükmü emredici değil, tamamlayıcı ve yorumlayıcı niteliktedir. Aynı durum IMK'nın ilgili hükümleri için de geçerlidir⁵. Bu, taraflara sözleşmenin içeriğini belirlemede serbesti sağlar. Ancak bu özgürlük, kamu düzeni, genel ahlak ve kanunun emredici hükümleri ile sınırlıdır⁶.

Araştırmanın Temeli ve Literatürle İlişkisi

Sözleşmenin kurulması, sözleşme hukukunun temel konularından biri olarak geniş akademik ilgi görmüştür. Bu bağlamda, üçüncü kişilerin sözleşmeye etkisi konusu öğretide özellikle ele alınmıştır. Derya Ateş, bu kişilerin sözleşmeye doğrudan taraf olmamalarına rağmen, ekonomik ve sosyal ihtiyaçlar nedeniyle sözleşmeye müdahil olabileceklerini ve bu müdahalenin geçerlilik sorunları yaratabileceğini ortaya koyar⁷.

¹ Mustafa Alper Gümüş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Baskı, Ankara Yetkin Yayınları: Beta, 2021, s. 113., Fikret, Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler. 29. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 61.

² Eren, Genel Hükümler, s. 61.

³ Sanhuri, Abdülaziz. Vasî fî Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, Beyrut: el-Halebî, 1998, s. 118.

⁴ Al-Hâkim, Abdülmecid. Borçlar Hukuku Açıklaması, Bağdat: Al-Ahlia, 1967, s. 95.

⁵ TBK md. 26; IMK md. 73.

⁶ Oğuzman M. Kemal/Barlas, Nami, Medeni Hukuk, 30. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024. , s. 78.

⁷ Ateş, Derya. "Sözleşme ilişkilerinin kurulmasında ve borç ilişkilerinde üçüncü Kişi", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 151, 2020, s. 331.

Diğer taraftan, Haluk Nami Nomer'in çalışmasında karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde ivazın (bedelin) belirlenip belirlenmemesi konusu analiz edilmiştir. Sözleşmenin kurulması için esaslı noktalarda mutabakat aranmasının sözleşme özgürlüğünü sınırlayabileceğini; bu nedenle asgari uyumun bulunması hâlinde sözleşmenin geçerli kabul edilmesi gerektiğini savunur⁸.

Sözleşme kurumu yalnızca borçlar veya ticaret hukukunun değil, tüketici, iş ve kamu hukukunun da temel yapı taşlarından biridir. Bu nedenle, birçok hukuk sisteminde ayrıntılı düzenlemelere konu olmuştur. En genel tanımıyla sözleşme, “iki ya da daha fazla kişinin karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla gerçekleştirdiği hukuki işlem” olarak kabul edilmektedir. Bu tanım, sözleşme hukukunun temel ilkeleri olan karşılıklılık, irade açıklaması ve bu açıklamaların örtüşmesi esaslarına dayanır⁹.

Araştırmanın Amacı ve Kapsamı

Hukuk sistemleri tarihsel, sosyal ve ekonomik yapılarına göre şekillendiğinden; sözleşme ve sözleşmenin kurulması kavramları da sistemler arasında farklılık gösterebilmektedir. Bu çalışmanın amacı, sözleşmenin kurulmasına ilişkin düzenlemeleri Türk ve Irak hukukları açısından karşılaştırmalı olarak incelemektir. Bu çerçevede şu araştırma sorularına yanıt aranacaktır:

- Sözleşmenin kurulma süreci Türk ve Irak hukuklarında nasıl yapılandırılmıştır?
- Her iki hukuk sistemi bu süreçte hangi benzerlikleri ve farkları içermektedir?
- Mevcut düzenlemelerde ne tür yapısal eksiklikler bulunmaktadır?
- Bu eksikliklere karşılık önerilebilecek hukuki revizyonlar nelerdir?

Bu sorular çerçevesinde sözleşmenin kuruluş biçimi ve geçerliliği, sistematik bir değerlendirme ile ortaya konulacak; ayrıca sonuçlar doğrultusunda somut öneriler geliştirilecektir.

Araştırmanın Önemi ve Özgünlüğü

Literatür taraması neticesinde, Türk ve Irak hukuklarını doğrudan karşılaştıran sistematik bir çalışma bulunmamaktadır. Bu nedenle çalışma hem konu hem yöntem bakımından özgünlük taşımaktadır. Ayrıca kuramsal yaklaşımlar ile uygulamadaki sorunları

⁸ Ferhat Canbolat, Sözleşme Hukuku ve Eser Sözleşmesi, İstanbul Teknik Üniversitesi Mezunları Birliği Vakfı Yayınları, İstanbul 2021, s. 20.

⁹ Soliman, Morcos / Farag, Wadie / Farag, (Çev. Coşkun Üçok), “Yeni Mısır Medeni Kanunu...”, AÜHFD, Cilt 10, Sayı 1, 1953, s. 743..

birlikte değerlendirerek yasa koyucular ve uygulayıcılar için öneriler sunmayı amaçlamaktadır.

Araştırmanın Sınırları

Bu çalışma yalnızca Türk ve Irak hukuk sistemlerinde sözleşmenin kurulmasına ilişkin normatif düzenlemelerle sınırlıdır. Karşılaştırmalı inceleme TBK ve IMK hükümleri ile birlikte akademik literatür ve yargı kararları temelinde yürütülmüştür.

Bölümler Hakkında Genel Bilgi

Birinci bölümde sözleşme kavramı, irade açıklaması, sözleşme özgürlüğü ve nisbilik ilkesi ele alınmaktadır.

İkinci bölümde irade beyanlarının uyuşması çerçevesinde sözleşmenin kurulma süreci, TBK ve IMK çerçevesinde incelenmekte; özel ve idari sözleşme ayrımı da bu bölümde ele alınmaktadır.

Üçüncü bölümde ise sözleşmenin geçerliliği, yokluk ve hükümsüzlük halleri ile birlikte sözleşmenin hüküm doğurduğu an değerlendirilmekte; geçersizlik nedenleri açıklanmaktadır.

Sonuç bölümünde iki hukuk sistemi karşılaştırmalı olarak değerlendirilecek, çözüm önerileri sunulacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA SÖZLEŞME İLE İLGİLİ GENEL BİLGİLER

1.1. Sözleşme Kavramı

Günlük yaşamda insanlar pek çok sosyal ve ekonomik faaliyette bulunmaktadır. Örneğin marketten alışveriş yapmak, doktora muayene olmak, ev kiralamak ya da bir cihazın onarımı gibi pek çok işlem, bireylerin birbirleriyle hukuki ilişkiler kurmasına neden olmaktadır. Bu tür ilişkilerde taraflar karşılıklı olarak yükümlülük altına girmekte ve bu da bir borç ilişkisinin doğmasına sebep olmaktadır¹⁰.

Borç ilişkileri belirli bir hukuki düzen çerçevesinde anlam kazanır ve bu düzenin sunduğu araçlardan biri de sözleşmedir. Hukuki bağlayıcılığı olan bu tür işlemler, tarafların rızasına dayanan birer sözleşme olarak kabul edilir. Borçların doğumuna neden olan kaynaklar arasında sözleşme hem uygulamada hem de hukuk sistemlerinde en yaygın ve temel kaynaklardan biri olarak öne çıkmaktadır. Uygulamada ise "sözleşme", "anlaşma", "protokol" veya "kontrat" gibi farklı kavramlarla ifade edilebilmektedir¹¹.

1.1.1. Türk Borçlar Kanunu'nda Sözleşme Kavramı

Türk Borçlar Kanunu'nda sözleşmenin kurulmasına ilişkin esaslar düzenlenmiş olup, doktrinde ise sözleşme kavramı ayrıntılı şekilde ele alınmıştır. Genel kabul gören tanıma göre sözleşme, hukuki bir sonucu meydana getirme amacıyla iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarından oluşan bir hukuki işlemdir¹². Bir başka tanıma göre sözleşme, iki tarafa borç yükleyen bir hukuki ilişkinin kurulması amacıyla, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarının birleşmesiyle meydana gelen hukuki işlem olarak tanımlanır. Türk Borçlar Kanunu öğretisinde bu yaklaşım, sözleşmenin borç ilişkilerinin doğmasında temel kaynak olduğu vurgusuyla

¹⁰ Oğuzman / Barlas, Medeni , s. 179.

¹¹ "Sözleşme" kavramı, 6098 sayılı TBK ve 6102 sayılı TTK ile birlikte tamamen benimsenmiştir. Mülga 818 sayılı BK ile mülga 6762 sayılı TTK döneminde ise sözleşme kavramı yerine kanunların ilk halinde "akit" veya "mukavele" kavramları yer almış, daha sonra yapılan kanun değişiklikleri ile bunların kavramların yanına "sözleşme" kavramı da eklenmişti. Bu kavramların yanında, öğretide ve uygulamada, "'kontrat" bağit" veya "protokol" kavramları da sıklıkla kullanılmaktaydı. Bunun yanı sıra bahsi geçen ve hatta günümüzde de kullanılan bütün bu kavramların eş anlamlı oldukları, doğurdukları hukuki sonuç bakımından ise kavramlar arasında herhangi bir farklılık olmadığı kabul edilmektedir. Bkz. Şahin, Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler , 14. bs., Sayram Yayınları, Konya, 2024, s. 63.

¹² Eren, Genel Hükümler, 2024, s. 185.

ele alınırken¹³, Irak Medeni Kanunu'nda da benzer şekilde sözleşme, iki iradenin birleşmesi suretiyle taraflar arasında hukuki sonuç doğuran işlem olarak tanımlanmakta ve m. 73-185 arasında düzenlenmektedir¹⁴.

Daha kapsamlı bir tanıma göre ise sözleşme, bir şeyi yapmak, yapmamak, vermek ya da vermemek biçiminde yükümlülük doğuran; iki ya da daha fazla tarafın karşılıklı ve örtüşen irade beyanlarıyla gerçekleştirdiği hukuki bir işlemidir¹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi, sözleşmeyi "tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulan hukuki işlem" olarak tanımlar^{16,17}. Daha geniş bir yaklaşımda ise sözleşme, kişilerin farklı menfaatleri ve amaçları doğrultusunda hukuki sonuç doğuracak şekilde borç ilişkisi tesis etmek, mevcut borcu sona erdirmek ya da değiştirmek amacıyla yaptıkları anlaşma olarak değerlendirilir¹⁸.

Sözleşmelerin iki taraflı hukuki işlemler olduğu öğretide de vurgulanmakta; ayrıca bu işlemlerin icap (öneri) ve kabul şeklinde tezahür eden karşılıklı ve uygun irade açıklamaları ile kuruldukları kabul edilmektedir.

Sözleşmeler yalnızca borçlar hukukunu değil, özel hukukun tamamını ilgilendiren ve Medeni Kanun'un 5. maddesi uyarınca tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanabilecek temel bir kavram niteliğindedir¹⁹. Dolayısıyla sözleşme, hem dar anlamıyla bir "hukuki işlem", hem de geniş anlamıyla bu işlemten doğan "hukuki ilişkiyi" ifade etmektedir²⁰.

Sözleşme kavramı Türk hukukunda doğrudan bir tanıma kavuşmamış olsa da, TBK'nın 1 ila 11. maddeleri arasında sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler yer almakta ve öğretide yaygın olarak, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla oluşturulan hukuki işlem şeklinde tanımlanmaktadır²¹.

¹³ Ahmet, M., Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2023, s. 37., Eren, Genel Hükümler, s. 227.

¹⁴ Al-Hakim, Medeni Hukukun Kısa Açıklaması, s. 215.

¹⁵ Mustafa Reşit, Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2004, s. 103.

¹⁶ Selahattin Sulhi, Tekinay / Sermet, Akman / Haluk, Burcuoğlu/ Atila, Altop, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul, 2021, s. 65.

¹⁷ Köksal Kocağa, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 21, S. 79, 2008, s. 867., Hüseyin, Hatemi/Rona, Serozan/Abdülkadir, Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s.9.

¹⁸ Hatemi/Serozan/Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, s.9.

¹⁹ TBK m.5 hükmünün kapsamı için Bkz. Osman Berat, Gürzümar, "Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, C. 1, S. 1, Y. (2004), İstanbul, s. 111.

²⁰ Rona Serozan/ Kerem Cem Sanlı./ Başak Baysal., Borçlar Hukuku Genel Bölüm – İfa, İfa Engelleri, Haksız Zenginleşme, 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, Şubat 2022, s.314.

²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2021, s.51; Eren, Genel Hükümler, s.258.

Sözleşmenin kurulması, yalnızca taraflar arasında bir hukuki işlemin ortaya çıkmasını değil; aynı zamanda bu taraflar arasında sürekli veya geçici bir “sözleşme ilişkisi”nin doğmasını da ifade eder²². Örneğin, kira veya satış sözleşmesi yapıldığında yalnızca işlem değil, işlemten kaynaklanan süreklilik arz eden borç ilişkisi de doğmuş olur. Bu noktada öğretide “sözleşme ilişkisi” terimi kullanılmaktadır.

TBK m.1/1 hükmü, sözleşmenin kurulmasına ilişkin temel ilkele²³ri ortaya koymakla birlikte, aynı zamanda sözleşmenin kurucu unsurlarını da belirlemektedir. Bu bağlamda, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerini açıklamış olmaları, bu beyanların karşılıklı olması ve birbirleriyle örtüşmesi gereklidir.

1.1.2. Irak Medeni Kanunu’nda Sözleşme Kavramı

Sözleşme soyut ve genel bir kavram olup, karşılıklı olarak en az iki tarafın birbirlerine söz vermeleri keyfiyeti olarak ele alınmaktadır²⁴. Fakat hukuk alanında sözleşme kavramına yüklenen anlamın daha farklı olduğu görülmektedir. Sözleşmenin hukuki bir kavram şeklinde ele alınması durumunda “belirli bir hukuki sonuç doğurmaya yönelik olarak iki tarafın karşılıklı birbirine uygun irade beyanlarından oluşan hukuki bir işlem” şeklinde ifade edildiği söylenebilir²⁵. Sözleşme kavramı genel olarak Borçlar Hukuku kavramı olsa da genel ve soyut bir kavram olduğundan Eşya Hukuku, Şahıs ve Aile Hukuku, Miras Hukuku gibi özel hukuk alanları ile Kamu Hukuku alanındaki disiplinlerin kapsamında da kullanılmaktadır²⁶. Bununla birlikte pek çok hukuk sisteminde sözleşme Borçlar Hukuku bünyesinde düzenlenmiştir. Türk Hukukunda TBK m.1 ve devamındaki maddeleri sözleşmenin kurulması, içeriği, şekli ve türleri gibi kavramla ilgili olan muhtelif konular ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Irak Hukukunda ise ayrı bir Borçlar Kanunu’nun bulunmaması nedeniyle sözleşmeye ilişkin hükümlerin IMK’nın 73.ve 185.maddeleri arasında düzenlendiği görülmektedir²⁷.

Türk Hukukunda TBK, sözleşme yaparak borç ilişkilerinin doğması, borcun ifası ve sona ermesi gibi hususları düzenleyen TMK’nın bir anlamda tamamlayıcısıdır. TBK’nın yanı sıra borç ilişkileri bazı özel kanunlar çerçevesinde de düzenlenmiştir. Örnek olarak Finansal Kiralama Kanunu gösterilebilir.

²² Oğuzman M. Kemal / Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024., s.151.

²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel, s. 61-62; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, 2024., s. 78.

²⁴ Al-Janabi, Ahmed. Irak Medeni Kanun’u: Yapısı ve Kaynakları, Bağdat Hukuk Dergisi, 2021, s. 66.

²⁵ Al-Samarrai, H. Irak Hukukunda Sözleşme Kavramı, Musul Hukuk Dergisi, 2019, s. 55.

²⁶ Abdurlazzak 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. 17.

²⁷ Irak Medeni Kanun’u, md. 73–185.

Hukuki ilişkide bir tarafın ticari işletme olması durumunda, bu hususta TTK'nın ilgili düzenlemeleri dikkate alınmaktadır²⁸. Benzer şekilde Irak Hukukunda da IMK'da 73.ve 185. maddeleri arasında sözleşmenin düzenlenmesi haricinde Irak Kiracılık Yasası, Irak Ticaret Kanunu gibi yasalarda da sözleşme özel düzenlemeleri bulunmaktadır²⁹.

Sözleşmeler hukuki açıdan iki taraflı hüküm doğuran hukuki işlemlerdir. Sözleşmelerde istenen hukuki sonucun oluşabilmesi için, iki tarafın karşılıklı olarak birbirine uygun şekilde irade beyanında bulunmalıdırlar. Örneğin, bir sözleşme olan satım işleminde alıcı ve satıcı belirli bir bedel mukabilinde mülkiyetin alıcı tarafa geçmesi için karşılıklı olarak arzularını açıklamaları gerekmektedir³⁰.

Sözleşme, normal olarak iki taraflı hukuki bir işlemdir. TBK'nın m.1'deki hükmünde sözleşmeler esas itibarıyla ele alınmış, diğer hükümlerdeki düzenlemeler ise buna uygun yapılmıştır. Ancak bazı sözleşme tiplerinin oluşumu daha farklıdır. Buna göre (TBK m.620) ikiden daha fazla sayıda kişinin irade beyanı ile kurulan adi ortaklık sözleşmesi veya (TBK m.676) ikiden fazla sayıda mirasçının miras paylaşım sözleşmesi TBK'daki sözleşmelerle ilgili olan tüm hükümler değil, o tip sözleşmeye uygun hükümler kıyasen uygulanabilir.

Türk Medeni hukukunun her alanında sözleşmelere rastlanabilir. TBK'daki genel kısımda ise sözleşmelere karşı uygulanabilecek genel hükümler bulunmaktadır. Ancak söz konusu hükümler elverdiği oranda ve özel bir hüküm bulunmaması halinde Medeni Hukuk ile özel hukuk alanındaki sözleşmelere uygulanabilirler³¹. IMK'da ise bundan farklı olarak özel hukuk alanındaki sözleşmelerin tümüne uygulanır. Irak Hukukunda da hukuken geçerli bir sözleşme olmalıdır. IMK'da bu ilke “Geçerli sözleşme kendisi ve nitelikleri açısından ehil kişiler tarafından hükmüne uygun alanlarda yapılmalı, meşru bir sebebi bulunmalı ve nitelikleri ihlalden uzak ve geçerli bulunmalıdır” şeklinde belirtilmiştir³². Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) ise durum farklıdır. IMK'da yer alan genel hükümler, özel hukuk alanındaki tüm sözleşmelere doğrudan uygulanır; ayrıca kanun, hukuken geçerli bir sözleşmenin varlığı için gerekli şartları açıkça tanımlar. IMK'ya göre “Geçerli sözleşme, kendisi ve nitelikleri açısından ehil kişiler tarafından, kanuna uygun alanlarda yapılmalı, meşru bir sebebe dayanmalı ve nitelikleri ihlalden uzak olmalıdır.” Bu ifade, Irak hukukunda geçerlilik şartlarının kanun metninde daha sistematik ve doğrudan biçimde ortaya konduğunu göstermektedir. Türk hukukunda genel hükümlerin uygulanmasının “özel düzenleme

²⁸ İ. Yılmaz, Arslan, Ticaret Hukuku, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005, s. 121.

²⁹ Majid Al-Khoei, Abdul, Aloeciz Fi Alnızırıya Alaama Lileltizam Fi Alkanun, Alogiz, Bagdad, 2008, s.121.

³⁰ Oğuzman/Barlas, Medeni, s.180; Eren, Genel Hükümler, s.258; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s.50.

³¹ Oğuzman/Barlas, Medeni, s.181.

³² 1951 tarihli ve 40 sayılı Irak Medeni Kanunu'nun 133. maddesi ve tadilleri.

bulunmaması” şartına bağlı olması ve geçerlilik şartlarının kanun metninde bu kadar açık şekilde formüle edilmemiş olmasına karşılık, Irak hukukunda hem genel hükümlerin kapsamının daha geniş tutulması hem de geçerlilik şartlarının doğrudan kanun maddesi içinde ayrıntılı biçimde sayılmasıdır.

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin serbestçe ve gerçek bir şekilde oluşmuş olması gerekir. Bu bağlamda, sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilecek irade sakatlıklarına—örneğin hata, hile (aldatma), ikrah (zorlama), aşırı yararlanma (gabîn) ve benzeri iradeyi sakatlayan durumlara—yer verilmemiş olması gereklidir. Taraflar arasında şekillenen rızanın bu tür irade bozukluklarından arî olması, sözleşmenin hukuken geçerli ve bağlayıcı olmasının önkoşuludur. Bu durumlar sözleşmenin geçersizliğine neden olabilir olur. Sadece Aşırı yararlanma durumunda taraf sözleşmeye bağlı kalmakla devam eder. Ancak sözleşme tarihinden başlayarak bir yıl içerisinde kendisinden faydalanılmış olan tarafa sözleşme ile bağlı olmadığını diğer tarafa bildirilmesi veya sözleşmeye bağlı kalarak edimler arasındaki oransızlığın giderilmesi yönünde talep hakkı getirir³³.

Sözleşme, hukuk sistemlerinde bireyler arasındaki borç ilişkilerini düzenleyen temel araçlardan biridir. Irak Medeni Kanunu’na (IMK) göre sözleşme, tarafların karşılıklı irade beyanlarıyla belirli bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla gerçekleştirdikleri bir hukuki işlemdir. Bu yönüyle sözleşme, soyut bir kavram olmaktan öte, hukuken sonuç doğurucu iradelerin birleşimi ile oluşan somut bir düzenlemeyi ifade eder³⁴. Sözleşmenin tanımı IMK m. 73’te yer almakta olup, burada sözleşme "icap ile kabul arasında oluşan bağın, sözleşmenin konusu üzerinde etkisini doğrulayan bir şekilde kurulması" olarak tanımlanmıştır³⁵.

Irak hukuk sisteminde sözleşme, yalnızca borçlar hukukunun konusu olmayıp, aynı zamanda eşya hukuku, kişiler hukuku, aile hukuku ve miras hukuku gibi özel hukuk alanlarında da uygulama alanı bulmaktadır³⁶. Bu yönüyle sözleşme, çok disiplinli bir karakter arz etmektedir. Irak’ta bağımsız bir Borçlar Kanunu bulunmadığı için, sözleşmeye dair düzenlemeler IMK’nın 73 ila 185. maddeleri arasında yer almaktadır. Bu düzenlemeler, esas olarak Mısır ve Fransız hukuk sistemlerinden ve İslam hukukunun genel ilkelerinden esinlenmiştir³⁷.

³³ Bkz. Irak Medeni Kanun’u 125. Madde.

³⁴ Al-Hâkim, Mustafa. Arap Dünyasında Sözleşme Hukuku, Amman: Arap Hukuk Forumu, 2022, s. 122.

³⁵ Bkz. Irak Medeni Kanun’u 125. Madde.

Al-Janabi, Ahmed. Irak Medeni Kanun’u: Yapısı ve Kaynakları, Bağdat Hukuk Dergisi, 2021, s. 66.

³⁶ Al-Janabi, Ahmed. Irak Medeni Kanun’u: Yapısı ve Kaynakları, Bağdat Hukuk Dergisi, 2021, s. 67.

³⁷ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, El-Ukud El-Varide Ale El-

IMK'da geçerli bir sözleşmenin kurulabilmesi için bazı temel unsurların varlığı aranmaktadır. Bunlar, tarafların hukuki ehliyeteye sahip olması, sözleşmenin meşru ve hukuka uygun bir konuya sahip bulunması, şeklen kanuna aykırılık taşımaması ve taraflar arasında irade uyuşmasının sağlanmış olmasıdır. IMK m. 74 ve devamındaki hükümler, geçerli bir sözleşmenin taşınması gereken nitelikleri düzenlemektedir. Özellikle tarafların rızalarının serbestçe ortaya konmuş olması, sözleşmenin geçerliliği açısından hayati öneme sahiptir. Zorlama, aldatma, hata gibi irade sakatlıkları sözleşmenin iptaline ya da askıya alınmasına yol açabilir. IMK m. 97 ve 98 bu tür irade bozukluklarına açıkça yer vermektedir³⁸.

Irak Medeni Hukuku'nda sözleşmenin geçerliliği ayrıca kamu düzenine, ahlaka ve hukukun temel ilkelerine uygunluk şartına bağlanmıştır. IMK m. 77'ye göre, konusu imkânsız veya gayri meşru olan sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır. Sözleşmenin şekli konusunda genel bir şekil şartı öngörülmemekle birlikte, bazı özel sözleşme türleri için yazılılık şartı aranabilir. Özellikle taşınmaz alım-satım sözleşmeleri gibi işlemlerde şekil unsuru önem arz etmektedir.

Irak hukukunda sözleşmenin kurulması açısından Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK) sistematığe benzer bir yapı söz konusudur. TBK m. 1/1 hükmü uyarınca, sözleşme, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Benzer şekilde, IMK'da da sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların irade beyanlarının karşılıklı olarak örtüşmesi gerekmektedir. İrade açıklaması açık veya zımni şekilde yapılabilir. IMK m. 61'de irade açıklaması; sözlü, yazılı ya da fiili davranışlarla gerçekleştirilebilir.

Bununla birlikte, Irak hukukunda irade beyanının geçerli olması için özgürlük, ciddiyet ve belirli bir hukuki sonuç doğurma amacı taşınması gerekmektedir. Örneğin IMK m. 64, şaka veya ciddi olmayan beyanların sözleşme doğurmayacağını belirtmektedir. Ayrıca, IMK m. 87'de yer alan hüküm gereğince, aldatma veya zorlama altında yapılan beyanlar geçersiz olup, mağdur tarafa sözleşmenin iptalini talep etme hakkı tanınmıştır.

Son olarak, teknolojik gelişmelerin etkisiyle ortaya çıkan yeni sözleşme türleri, örneğin elektronik sözleşmeler, Irak hukuk sisteminde de kendine yer bulmuştur³⁹. IMK m. 88, bilgi teknolojileri vasıtasıyla yapılan irade beyanlarının, niyetin açıkça ifade edilmesi şartıyla geçerli olacağını düzenlemektedir. Bu gelişmeler, sözleşme hukukunun dinamik yapısını ve değişen toplumsal ihtiyaçlara uyum sağlama kabiliyetini ortaya koymaktadır.

Amel, Akdül El-Vekâle, Mısır 2006, s. 16.

³⁸ Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 112.

³⁹ Al-Hamudi, Kadhim. Irak Hukukunda Taşınmaz Satışı ve Kiracılık, Bağdat Hukuk Dergisi, 2021, s. 201.

Aslında, sözleşme bir iki taraflı hukuki işlemdir ve bu, Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinde ele alınmıştır. Ancak, bazı sözleşme türleri daha fazla taraf gerektirir. Örneğin, basit ortaklık sözleşmesi (TBK m. 620) veya mirasçılar arasında mirasın paylaşılmasına ilişkin sözleşme (TBK m. 676) daha fazla irade ile kurulmakta olup, bu tür sözleşmelere özel hükümler uygulanır⁴⁰. Irak Medeni Kanunu'na göre, sözleşme, " tarafların hukuki işlem yapma ehliyetine sahip olmaları, yasal ve meşru bir amaçla yapılması ve genel ahlaka ya da yasal kurallara aykırı olmaması" gibi temel ilkelere dayanır⁴¹.

Sonuç olarak, Irak Medeni Kanunu'nda sözleşme kavramı, taraflar arasında hukuki sonuç doğuracak şekilde irade beyanlarının uyuşması esasına dayanmaktadır⁴². Sözleşmenin geçerliliği için tarafların ehliyetli olmaları, rızalarının sakatlanmamış olması ve sözleşmenin meşru bir konu ile sebebe dayanması gerekir. Bu çerçevede Irak Medeni Kanunu, sözleşmelerin kurulmasına dair ayrıntılı ve sistemli hükümler içermekte olup, sözleşmenin hem bireyler arasındaki ilişkilerin düzenlenmesinde hem de hukuki güvenliğin sağlanmasında temel bir araç olduğunu göstermektedir⁴³.

1.2. İrade Açıklaması Kavramı

Bir kişinin hukuki sonuç doğurmaya elverişli düşüncelerinden kaynaklanan niyeti, onun iradesini oluşturur⁴⁴. Ancak bu irade, yalnızca bireyin zihninde kalır ve dış dünyaya herhangi bir biçimde yansıtılmazsa, tek başına hukuki sonuç doğurmaya yeterli kabul edilmez. Dolayısıyla hukuk düzeni açısından belirleyici olan, bu iradenin açık, anlaşılabilir ve dışa yansıtılabilir şekilde ortaya konmasıdır⁴⁵. Bu çerçevede, "irade açıklaması" kişinin iç dünyasında oluşan hukuki niyetini, bir hukuki ilişki kurmak, değiştirmek veya sona erdirmek amacıyla dış dünyaya aktarması anlamına gelir⁴⁶.

İrade açıklaması hem beyan edilen iradeyi hem de bu beyanın dışa vurulmasını kapsayan bir kavramdır. İradenin dışa yansıtılması; sözlü veya yazılı ifadelerle ya da beden diliyle (örneğin baş sallama, el kaldırma) gerçekleştirilebilir. Bazı durumlarda ise işlem

⁴⁰ Al-Qadri, Hassan. Irak'ta Ticaret Hukuku: Kavramlar ve Uygulamalar, Musul Hukuk Yayınları, 2019, s. 113.

⁴¹ Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 112.

⁴² Abdul-Razzaq, Jasim. Irak Hukukunda Kamu Düzeni ve Kamu İntifai, Karbala Hukuk Dergisi, 2020, s. 89.

⁴³ Abdul-Razzaq, Jasim. Irak Hukukunda Kamu Düzeni ve Kamu İntifai, Karbala Hukuk Dergisi, 2020, s. 89., Al-Tamimi, Aziz. Irak Medeni Kanun'unda Sözleşme Serbestisi ve İstisnalar, Kerkük Hukuk Dergisi, 2022, s. 143.

⁴⁴ Caner, Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021, s.8.

⁴⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 62; Ferit Hakkı, Saymen / Halid K., Elbir, Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler C. 1, İstanbul, 1966, s. 68.

⁴⁶ Şener, Akyol, Sözleşmenin Yorumu, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010, s. 11.

iradesi, doğrudan eylemlerle dışa vurulur. Örneğin bir ürünün ambalajından çıkarılarak kullanılmaya başlanması, fiili bir irade açıklamasına örnek teşkil eder⁴⁷.

Irak Medeni Kanunu'nda da irade beyanı, hukuki işlemlerin ve sözleşmelerin kurulmasında temel bir unsur olarak kabul edilmektedir. Bu beyan, hukuki bir ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya sona erdirmek amacıyla bireyin niyetini dış dünyaya aktarması anlamına gelir. Irak Medeni Kanunu'nun 73. maddesine göre, bir hukuki işlemin geçerli olabilmesi için iradenin beyan edilmesi şarttır. Bu beyan açık (yazılı veya sözlü) ya da örtülü şekilde olabilir. Ancak, irade dış dünyaya açıklanmadıkça hukuk düzeni tarafından dikkate alınmaz.

Türk Borçlar Kanunu açısından da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. TBK m. 1'e göre, sözleşme tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklamalarıyla kurulur. Bu bağlamda, irade açıklaması her iki hukuk sisteminde de sözleşmenin kurulması bakımından temel yapı taşı olarak kabul edilmektedir.

1.2.1. İrade Açıklamasının Unsurları

İrade açıklaması, kişinin düşüncelerinde şekillenen soyut iradenin dışa yansıtılarak somut hale gelmesi sürecini ifade eder. Bu sürecin sonunda irade, hukuki anlamda geçerlilik kazanır. Bu nedenle irade açıklaması hem bireyin içsel iradesini hem de bu iradenin dışa yansıtılma biçimini içerir⁴⁸. Ancak bu iki unsurdan biri eksik olduğunda, ortaya çıkan hukuki sonuçlar geçersizlik veya yokluk gibi durumlara yol açabilir. Bu bağlamda irade açıklamasının iki temel unsurdan oluştuğu kabul edilir: subjektif unsur (irade) ve objektif unsur (açıklama)⁴⁹.

a) Subjektif Unsur (İrade)

Subjektif unsur, yalnızca açıklamayı yapan kişinin zihninde mevcut olan niyeti ifade eder. Bu unsur, öğretilerde üç alt başlıkta incelenmektedir⁵⁰:

⁴⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 63; Akyol, Sözleşmenin Yorumu, s.11; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, 2021, s. 11.

⁴⁸ Necip, Kocayusufpaşaoğlu, Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı, İstanbul, 1968, s. 16; Werner, Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, BerlinHeidelberg, 1992, s. 50.

⁴⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 22; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s. 9 vd.; Peter, Gauch/ Walter R., Schulep/ Jörg, Schmid, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 10. Auflage, Zurich-Basel-Genf, 2014, 169.

⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 22.

İşlem İradesi: Kişinin, belirli bir hukuki sonucu meydana getirme niyetini ifade eder⁵¹. Örneğin, bir malın kiralanması ya da bir alacağın devredilmesi işlem iradesi kapsamında değerlendirilir⁵². İşlem iradesi, işlemin içeriğini ve konusunu belirler⁵³. Bu irade, işlemin doğrudan etkilerini kapsamakla birlikte dolaylı sonuçları da doğurabilir⁵⁴.

Beyan İradesi: Bu irade, bireyin işlem iradesini dış dünyaya yansıtma ve muhatabına bildirme isteğini ifade eder⁵⁵. Kişi, bu irade ile hukuki işlemi yürürlüğe koymayı amaçlar⁵⁶. Beyan iradesi, kişinin yaptığı açıklamanın sonuçlarını bilerek ve isteyerek dışa vurmasını gerektirir⁵⁷.

Fiil İradesi: Bu, kişinin belirli bir davranışı bilinçli şekilde gerçekleştirme niyetidir⁵⁸. Yazı yazmak, söz söylemek, baş sallamak gibi eylemler fiil iradesi kapsamında değerlendirilir^{59, 60}. Fiil iradesi olmadan yapılan açıklamaların hukuki bir değeri olmayabilir⁶¹. Örneğin, zorla imzalatılan bir belge fiil iradesi taşımadığı gerekçesiyle geçersiz sayılabilir^{62, 63}.

b) Objektif Unsur (Açıklama)

Açıklama, bireyin içsel iradesinin dış dünyaya yansıtılmasıdır⁶⁴. Görünmez ve içsel nitelikteki iradenin, diğer kişilerce anlaşılabilir hale gelmesi ancak açıklama ile mümkündür. Açıklama çeşitli yollarla yapılabilir⁶⁵:

⁵¹ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 22.

⁵² Eren, Genel Hükümler, s. 120; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.11.

⁵³ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 24.

⁵⁴ Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern, 2018, Art. 1, s. 18.

⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 23; Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 1, s. 17; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s. 12; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 665; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıparmak, Genel, s.63; Eren, Genel Hükümler, s. 354.

⁵⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 122; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 23., Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.12., Akıncı, Borçlar, s. 47.

⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 23; Müller, a.g.e., Art. 1, s. 17.

⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 22-23; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 2; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s. 12; Eren, Genel Hükümler, s. 349; Antalya, Genel, s. 451; Murat, Sarıkaya, Sözleşmenin Yorumu, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019, s. 59; Mustafa Tolga, Özer, Medeni Hukukta Hata Kavramı, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 27.

⁵⁹ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 16; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.3.

⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 22; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.12., Akıncı, Borçlar, s. 47.

⁶¹ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 16; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.13.

⁶² Claire, Huguenin, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, 3. Auflage, ZürichBasel-Genf, 2019, s. 170.

⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 23; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.15.

⁶⁴ Gauch/Schluep/Schmid, a.g.e., s. 177; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.14.

⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 358; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s. 11; Akıncı, Borçlar, s. 47.

Sözlü Beyan: Özellikle yüz yüze ilişkilerde tercih edilen bu yöntem, iletişim hızını artırsa da ispat açısından güçlük yaratabilir⁶⁶.

Yazılı Beyan: İspat kolaylığı sağladığı için en çok tercih edilen yöntemdir. Belgelenebilir olması önemli bir avantaj sağlar.

İşaret Yoluyla Beyan: Baş sallama, el kaldırma gibi beden dili unsurlarını içerir. Teamüllerle şekillenmiş bu davranışlar, geçerli bir beyan oluşturabilir.

Bazı durumlarda irade, açık bir beyan yerine davranış yoluyla da ifade edilebilir. Örneğin, bir ürünün kullanılması, sözleşmenin kabul edildiğini gösterebilir⁶⁷. Bu tür davranışlar yorumlanarak hukuki bir sonuca ulaşılabilir.

Irak Medeni Kanunu'na Göre Unsurlar

Irak Medeni Kanun'un (IMK) da irade açıklamasını iki temel unsur üzerinden değerlendirir:

İçsel İrade:

İşlem İradesi: Kişinin bir hukuki sonuç yaratma niyetidir (örneğin kira sözleşmesi yapma arzusu).

Beyan İradesi: Bu niyetin dış dünyaya açık biçimde aktarılmasıdır.

Fiil İradesi: Hukuki işlem doğuracak fiilin bilinçli bir şekilde yapılmasıdır (örneğin imza atmak).

Dışa Vurumu:

Açık Beyan: Yazılı, sözlü ya da işaret yoluyla iradenin açıkça ifade edilmesidir.

Dolaylı Beyan: İradenin belirli bir eylemle dolaylı biçimde ortaya konmasıdır. Örneğin, satın alınan bir ürünün kullanılmaya başlanması.

IMK m. 74'e göre, irade beyanı hangi biçimde olursa olsun, hukuki niyeti açıkça ortaya koymalı ve karşı tarafça anlaşılabilir olmalıdır⁶⁸. Bu ilke, irade açıklamasının sadece şekli değil, maddi unsurlarıyla da hukukten değerlendirileceğini ortaya koymaktadır.

⁶⁶ Sözlü açıklamanın bant kaydı ile sesin kaydedilmesi gibi bir araçta somutlaştırılması mümkün olmaktadır. Ancak bunun bir ispat aracı olarak kullanılabilmesi için, kaydın hukuka uygun olarak elde edilmesi koşulu bulunmaktadır. Bu konuda bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi T. 15.10.2018 E. 2016/23960 K. 2018/10956 (Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, 2022)

⁶⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 3.

⁶⁸ Abdurlazzak 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. 17.

1.2.2. Sözleşme Kurulmasında İrade Açıklamasının Değerlendirilmesi

Borçlar Hukuku bakımından sözleşme, borcun en önemli kaynaklarından biridir.⁶⁹ Ayrıca, Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesinde yer alan atıf dolayısıyla özel hukukun temel kavramları arasında da ilk sıralarda yer alır⁷⁰. Sözleşme kavramının merkezinde yer alan irade açıklaması, özel hukukun temel ilkelerinin belirlenmesinde önemli bir rol üstlenmektedir⁷¹. Türk hukukunda irade açıklamasına dair doğrudan bir yasal düzenleme bulunmasa da, sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler aracılığıyla bu ilkelere ulaşmak mümkündür⁷². Bu bağlamda, sözleşmenin özel hukuktaki yeri ile irade açıklamasının bu süreçteki önemi birbirini tamamlayan olgular olarak değerlendirilmelidir⁷³.

İrade, sözleşmenin kurucu unsurudur ve anlamını ancak beyan edilerek açıklanmasıyla kazanır. Yalnızca zihinde var olan, dışı vurulmamış iç irade hukuk düzeni bakımından sonuç doğurmaz; zira bu tür iradelerin başkalarının bilinmesi mümkün değildir. İradenin açıklanması, sosyal bir görünüm kazanmasını sağlar ve bu andan itibaren hukuk düzeni devreye girerek hukuki sonuçlar bağlar⁷⁴.

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrasında, sözleşmenin kurulması “ tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamaları” şartına bağlanmıştır. Bu hüküm, geçmişten günümüze sözleşme ilişkilerinin temelini oluşturmaya devam etmektedir⁷⁵. Gerek geçmişteki mal/ürün trampaları gerekse günümüzdeki ticari işletme devri, bilgisayar yazılımı satışı gibi modern işlemler, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelir⁷⁶.

Bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların objektif ve subjektif esaslı noktalarda anlaşmaları gerekmektedir. Bu iki unsurdan herhangi birinde ya da her ikisinde anlaşma sağlanamazsa veya anlaşmanın belirli unsurları ileriki bir zamana ertelenmişse, sözleşmenin kurulmasından söz edilemez.

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin ikinci fıkrasında, irade açıklamasının açık veya örtülü şekilde olabileceği düzenlenmiştir. Sözleşmenin kurulmasında irade beyanı çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir:

⁶⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 29.

⁷⁰ Bilgili /Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.27.

⁷¹ Oğuzman / Barlas, Medeni Hukuk, 2024 , s. 32.

⁷² Eren, Genel Hükümler , s. 35., Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.16.

⁷³ Oğuzman / Barlas, Medeni Hukuk, 2024 , s. 35.

⁷⁴ Saymen/Elbir, Borçlar, s. 90.

⁷⁵ Mesut Serdar, Çekin, “Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var Mı?”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 77(1), (2019): 318.

⁷⁶ Rıza, Ayhan, “Teyit Mektubu”, Journal of Istanbul University Law Faculty, C.71, S. 2, 2013 s. 52.

(i) Taraflar, diledikleri kişiyle ve diledikleri içerikte bir sözleşme yapma veya yapmama konusunda özgürdür. Bu özgürlük, tarihsel olarak Fransız İhtilali ile ortaya çıkan birey hak ve özgürlükleri anlayışına dayanmaktadır ve TBK ile İsviçre Borçlar Kanunu'nun temel ilkelerinden biridir⁷⁷. Ancak olağanüstü durumlar (savaş, doğal afet vb.) bu özgürlüğü kısıtlamıştır. Özellikle kamu hizmeti sunan ya da tekel niteliğindeki işletmeler, kendileriyle sözleşme yapmak isteyen kişileri haklı bir neden olmaksızın geri çeviremezler. Bu yükümlülük, TMK m.2'de yer alan dürüstlük kuralından kaynaklanır⁷⁸. Ayrıca, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi gibi düzenlemeler, bazı sözleşmelerin kurulması yönünde doğrudan yasal zorunluluklar getirmektedir⁷⁹.

(ii) Taraflar, ileride bir borç doğuracak asıl sözleşmeyi kurmak amacıyla ön sözleşme yapabilirler⁸⁰. Uygulamada sıkça karşılaşılan taşınmaz satış vaadi sözleşmeleri bu duruma örnektir⁸¹. Ancak taraflar bazen bu ön sözleşmeye rağmen asıl sözleşmeyi kurmaktan kaçınabilir. Bu durumda, öğretide ve yargı içtihatlarında hâkimin vereceği kararın, irade açıklamasının yerine geçebileceği kabul edilmektedir⁸². Irak Medeni Kanunu'nda ise TBK'daki gibi "genel işlem koşulları" kavramı aynı başlık altında düzenlenmemekle birlikte, m.150 ve devamında yer alan hükümler uyarınca, sözleşme hükümlerinin karşı tarafa açıkça bildirilmesi ve onun serbest iradesiyle kabul edilmiş olması şartı aranır. Ayrıca IMK'da, sözleşme hükümlerinin "adalet, iyi niyete ve sözleşmenin amacına aykırı" olması hâlinde hâkim tarafından iptal veya tadil edilebileceği öngörülmüştür. Dolayısıyla, müzakere edilmeksizin kurulan standart sözleşmelerin geçerliliği, hem Türk hem de Irak hukukunda, taraf iradelerinin serbestçe oluşması, hükümlerin açıkça bildirilmiş olması ve içerik denetimi bakımından kanunda öngörülen koşulların sağlanmasına bağlıdır.

1.2.3. Irak Medeni Kanunu'nda İrade Beyanının Sözleşmelerdeki Değeri

İrade, sözleşmenin kurulmasında temel unsur olarak kabul edilmekte olup, Irak Medeni Kanunu'na (IMK) göre sözleşmenin oluşumu için vazgeçilmez bir öğedir. IMK'nın 73. maddesi uyarınca, bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için tarafların iradelerini açık veya

⁷⁷ Erhan, Kanışlı, İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018, s. 64; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.51.

⁷⁸ Osman Berat, Gürzumar, Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2006, s. 53.

⁷⁹ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, m. 6.

⁸⁰ Ece, Baş Süzel, "Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu", Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 13, S. 167-168, (2018), s. 12; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması,, 52; Eren, Genel Hükümler, s. 959.

⁸¹ Eren, Genel Hükümler, s. 972; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması,, 52; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 586.

⁸² Yargıtay 15. HD., 27.06.2017, E. 2016/1305, K. 2017/3764.

örtülü bir biçimde beyan etmeleri gerekmektedir. Bu çerçevede, yalnızca bireyin iç dünyasında kalan irade, dışa yansıtılmadıkça hukuki geçerlilik kazanamaz.

i. İrade Beyanının Sözleşmelerdeki Yöntemleri

IMK'nın 79. maddesi, sözleşmelerin tarafların açık veya örtülü irade beyanlarıyla kurulabileceğini öngörmektedir. Bu doğrultuda irade beyanı çeşitli yollarla gerçekleştirilebilir:

Açık Sözleşmeler: Tarafların yazılı bir sözleşme imzalaması veya sözlü olarak onay vermesiyle kurulan sözleşmelerdir.

Dolaylı Sözleşmeler: Açık bir sözlü veya yazılı beyan olmaksızın, tarafların davranışlarıyla, örneğin sözleşme hükümlerini ifa etmeleriyle oluşan sözleşmelerdir.

Elektronik Sözleşmeler ve Modern Gelişmeler: IMK'nın orijinal metninde elektronik sözleşmelere ilişkin açık bir düzenleme bulunmasa da, güncel yargı kararları ve hukuki gelişmeler doğrultusunda elektronik ortamda da sözleşme kurulabilmektedir. Bu kapsamda, e-posta, çevrim içi uygulamalar veya internet siteleri üzerinden yapılan açık beyanlar da geçerli sayılmakta, ancak her durumda teklif ve kabulün belirgin olması aranmaktadır.

ii. İrade Özgürlüğü

IMK'nın 75. maddesi, sözleşme özgürlüğünü hukukun temel ilkelerinden biri olarak tanımlamaktadır. Bu maddeye göre taraflar, kamu düzeni ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla istedikleri konuda sözleşme yapma hakkına sahiptirler⁸³. Ancak bazı durumlarda, kamu hizmetlerinin ifası veya zorunlu sözleşmelerin varlığı gibi nedenlerle bu özgürlük yasal düzenlemelerle sınırlandırılabilir.

iii. İrade Beyanı ile Sözleşme Kurulması Arasındaki İlişki

IMK'da içsel iradenin hukuki sonuç doğurabilmesi için mutlaka dışa vurulması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. İfade edilen bu beyan, yalnızca sözleşmenin kurulmasında bir araç değil, aynı zamanda hukuki ilişkilerde şeffaflık ve denge sağlayan bir mekanizma olarak değerlendirilmektedir⁸⁴.

Her iki hukuk sistemi olan Türk ve Irak hukukları, sözleşmenin irade beyanına dayanması bakımından benzer yaklaşımlar sergilese de uygulama biçimlerinde bazı

⁸³ Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021. Al-Hamudi, Kadhim. Irak Hukukunda Taşınmaz Satışı ve Kiracılık, Bağdat Hukuk Dergisi, 2021, s. 201.

⁸⁴ Al-Qadri, Hassan. Irak'ta Ticaret Hukuku: Kavramlar ve Uygulamalar, Musul Hukuk Yayınları, 2019, s. 113.

farklılıklar görülmektedir. Türk Medeni Kanunu, teknolojik gelişmelere daha uyumlu ve esnek bir yapıya sahipken, IMK daha çok içsel iradenin dışı vurulması ve şekle bağlılık konularında titiz bir yaklaşım sergileyerek adaletin korunmasını ön plana çıkarmaktadır.

1.3. TBK ve IMK’da Sözleşme Serbestisi/ Özgürlüğü İlkesi

Borçlar hukuku, Türk Medeni Hukuku’nun diğer alanlarına kıyasla emredici kurallardan çok, yorumlayıcı ve tamamlayıcı nitelikteki kurallara dayanır. Aynı yaklaşım, Irak Medeni Kanunu’nun 73 ila 185. maddeleri arasında düzenlenen sözleşmelere ilişkin hükümler açısından da geçerlidir. Her iki hukuk sisteminde de, taraflar arasındaki borç ilişkileribakımından temel ilke sözleşme serbestisidir⁸⁵. Kanun tarafından öngörülen sınırlar içinde taraflar, diledikleri kişiyle ve diledikleri içerikte sözleşme yapma özgürlüğüne sahiptirler⁸⁶.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 26’da “Sözleşme Özgürlüğü” başlığı altında, sözleşmenin içeriğinin taraflarca serbestçe düzenlenebileceği hüküm altına alınmıştır⁸⁷. Benzer şekilde, Irak Medeni Kanunu’nun (IMK) 75. maddesi de bu ilkeyi benimsemekte ve tarafların, kamu düzenine ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla diledikleri sözleşmeyi yapabileceklerini belirtmektedir⁸⁸.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, genel olarak aşağıdaki alt başlıklar altında incelenmektedir:

a) Sözleşme Yapma Özgürlüğü: Tarafların sözleşme yapıp yapmama konusunda serbest olması anlamına gelir.

b) Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü: Tarafların, sözleşmenin hükümlerini kendi iradeleriyle belirleme hakkıdır.

c) Şekil Serbestisi: Kanunda aksi belirtilmediği sürece, tarafların sözleşmeyi diledikleri şekilde yapabilme serbestliğini ifade eder.

Sözleşme serbestisi hem TBK hem de IMK açısından bireylerin hukuki işlem yapma iradesinin en güçlü yansımasıdır⁸⁹. Ancak bu özgürlük sınırsız değildir. Türk hukukunda,

⁸⁵ Abdurlazzak 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. 18.

⁸⁶ M. Kemal, Oğuzman/ M. Turgut, Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 19. Baskı, İstanbul, 2024, s. 19; Eren, Genel Hükümler, s. 16.

⁸⁷ Münir, Ekonomi, Ferdi İş Hukuku, C.1, 2.Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1980, s. 86.

⁸⁸ Selahattin Sulhi, Tekinay, Eşya Hukuku, 5.Bası, İstanbul, 1989 s. 363.

⁸⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, a.g.e., s. 362.

TBK m. 27 uyarınca kamu düzenine, ahlaka veya emredici hükümlere aykırı sözleşmeler geçersizdir⁹⁰. Irak hukukunda da benzer şekilde, özellikle zorunlu kamu hizmetlerine ilişkin sözleşmelerde sözleşme serbestisinin sınırlanabileceği kabul edilmektedir⁹¹.

Özellikle savaş, ekonomik kriz gibi olağanüstü durumlar veya kamu hizmetlerinin kesintisiz sunulması gerekliliği gibi nedenlerle bazı hallerde sözleşme yapma zorunluluğu gündeme gelebilmektedir. Bu bağlamda, sözleşmeden kaçınmanın dürüstlük kuralına (TMK m. 2) aykırı sonuçlar doğurabileceği kabul edilmektedir⁹².

1.3.1. Türk Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Sözleşme özgürlüğü, bireylerin hukuken korunmaya değer iradeleri doğrultusunda, hukuk düzeni sınırları çerçevesinde hukuki işlem yapabilme yetisini ifade eder. Bu ilke, bireylere kendi aralarındaki özel hukuki ilişkileri diledikleri şekilde kurabilme serbestisini tanıır. Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve ilgili özel mevzuat tarafından çizilen sınırlar dahilinde, sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, karşı tarafı seçme, sözleşmenin içeriğini, şeklini ve türünü belirleme, sözleşmeyi değiştirme veya sona erdirmeye gibi görünümlemlerle somutlaşmaktadır. Modern hukuk sistemlerinde temel bir ilke olarak kabul edilen sözleşme özgürlüğü, mutlak nitelikte olmayıp bazı sınırlamalara da tabidir⁹³.

1.3.1.1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü

Sözleşme yapma ya da yapmama özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün ilk ve en temel görünümüdür. Bu kapsamda bireyler, istedikleri kişiyle istedikleri konuda sözleşme akdedebilir veya tamamen sözleşme yapmaktan imtina edebilir. Hiç kimse, sözleşme yapmaya zorlanamaz⁹⁴. Her ne kadar TBK’da bu özgürlük açıkça düzenlenmemiş olsa da bu hakka sahip olunmaksızın anayasal düzeyde korunan sözleşme özgürlüğünden söz edilemez⁹⁵.

⁹⁰ Ferit Hakkı, Saymen, Türk İş Hukuku, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954, s. 463.

⁹¹ Abdurlazzak 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. 19.

⁹² Kemal, Tunçomağ/Tankut, Centel, İş Hukukunun Esasları, 2. Basım, Beta Basımevi, İstanbul 1999, s.781; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 364; Eren, Genel Hükümler, s. 229-300.

⁹³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 364.

⁹⁴ Cevdet, Yavuz/Faruk, Acar/Burak, Özen, Türk Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014, s. 14; Eren, Genel Hükümler, s. 301; Mehmet, Ayan, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 6; İbrahim, Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s.19; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024, s. 50; Aydın, Zevkliler/Emre, Gökyayla, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 18. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi Yayınları, 2018, s.8.

⁹⁵ Hasan, Ayrancı, “Sözleşme kurma zorunluluğu”, AÜHFD, C. 52, S. 3, (2003): 234; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 23.

Ancak bazı özel durumlarda yasa koyucu, sözleşme yapılmasını zorunlu kılmakta ya da belirli sözleşmeleri yasaklayarak bu özgürlüğü sınırlandırmaktadır. Bu zorunluluk kanuni düzenlemelerden, önceden verilmiş bir taahhülden ya da dürüstlük kuralından kaynaklanabilir. Örneğin, kamu hizmeti sunan kuruluşlar veya imtiyazlı işletmeler, kamu hukuku gereği belirli koşulları sağlayan herkesle sözleşme yapmakla yükümlüdür⁹⁶. Keza Kamu İhale Kanunu (KİK) ve Devlet İhale Kanunu (DİK) kapsamında yapılan ihaleler sonucunda, ihaleyi kazanan kişi ile sözleşme yapılması bir yükümlülük haline gelir.

Özel hukuk alanında ise bu tür zorunluluklar daha sınırlı biçimde karşımıza çıkar. Komşuluk hukukunda kaynak ve geçit hakkına ilişkin zorunluluklar⁹⁷ (TMK m.747, 761), paylı mülkiyetin⁹⁸ (TMK m.698) ya da terekenin (TMK m.642) paylaşımı gibi durumlar örnek olarak verilebilir⁹⁹. Ayrıca, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 6. maddesi uyarınca, satıcı ya da sağlayıcılar, mal veya hizmet satmaktan haklı bir sebep olmaksızın kaçınamazlar. Aynı düzenlemede, ticari veya mesleki faaliyette bulunanların, belirli koşulları karşılayan talepler karşısında sözleşme yapma yükümlülüğü altına girdiği hüküm altına alınmıştır.

1.3.1.2. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün bir diğer tezahürü, sözleşmenin karşı tarafını serbestçe seçme hakkıdır. Bu ilke, bireyin istemediği kişiyle hukuki ilişkiye girmeme özgürlüğünü güvence altına alır. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda bu özgürlük açıkça düzenlenmemişse de sözleşme yapma serbestisinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edilmektedir¹⁰⁰. Sözleşme tarafını seçme özgürlüğü, yalnızca özel hukuki ilişkilerde değil, kamu ihale düzenlemelerinde de önem taşımaktadır¹⁰¹.

Nitekim, KİK ve DİK gibi kamu ihale düzenlemeleri kapsamında, idarelerin ihale sonucunda sözleşme imzalama zorunluluğu bulunmaktadır. Aynı şekilde, tekel niteliği taşıyan bazı özel sektör işletmeleri, yasal yükümlülük gereği belirli şartları karşılayan her başvuruyla sözleşme yapmakla yükümlüdür. Bu gibi durumlarda, kamu hizmetinin

⁹⁶ Ayan, Genel, s. 8; Eren, Genel Hükümler, s. 305; Kılıçoğlu, Genel, s. 76; Ayrancı, "Sözleşme kurma zorunluluğu", s. 236.

⁹⁷ Eren, Fikret, Mülkiyet Hukuku, 8. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2024., s. 388.

⁹⁸ M. Kemal Oğuzman/Özer Seliçi/Saibe Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar, Filiz Kitabevi, 13. Bası, İstanbul, 2011, s. 274.

⁹⁹ Rona Serozan/Baki İlkey Engin, Miras Hukuku, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024, s. 638.

¹⁰⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 315; Nagehan, Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 45; Ayrancı, "Sözleşme kurma zorunluluğu", s. 236.

¹⁰¹ Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006, s. 47; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 79.

aksaması veya kişi zararına yol açılmaması adına, sözleşmeden kaçınmanın yol açabileceği zararların tazmini söz konusu olabilmektedir¹⁰².

1.3.1.3. Sözleşmenin Tipini ve İçeriğini Seçme Özgürlüğü

Sözleşme taraflarının, akdedecekleri sözleşmenin hem türünü hem de içeriğini özgürce belirleyebilmesi, sözleşme özgürlüğünün diğer önemli bir görünüm biçimidir. TBK m.26'da tarafların sözleşme içeriğini kanunda öngörülen sınırlar çerçevesinde serbestçe düzenleyebilecekleri belirtilmiştir. Bu düzenleme, TBK hükümlerinin çoğunlukla tamamlayıcı veya yorumlayıcı nitelikte olduğunu göstermektedir¹⁰³.

Ayrıca, TBK m.17 uyarınca, kanunda açıkça bir şekil şartı öngörülmemişse, taraflar sözleşmelerini sözlü, yazılı veya resmi şekilde yapma konusunda serbesttir. Taraflar, aralarındaki anlaşmayla, yasal şekil şartından daha ağır bir şekli de kararlaştırabilirler¹⁰⁴. Örneğin, adi yazılı şekil yeterliyken, taraflar sözleşmeyi noterde düzenleme şartına bağlayabilir¹⁰⁵.

Sözleşme içeriğini belirleme serbestisi tüm taraflara tanınmıştır; bir tarafın sunduğu şartların sözleşme halini alabilmesi, diğer tarafın da açık rızasıyla mümkündür. Bu bağlamda, genel işlem koşulları düzenlemesi önemlidir¹⁰⁶. TBK m.20 ve devamı maddelerinde, önceden hazırlanmış ve çok sayıda sözleşmede kullanılmak üzere tasarlanan hükümler ile ilgili sıkı geçerlilik koşulları öngörülmüştür. Tüketici sözleşmelerinde ise TKHK m.5 kapsamında “haksız şartlar” denetlenmektedir¹⁰⁷.

Bunun yanı sıra, taraflar, TBK'da düzenlenmiş sözleşme türlerinin dışında kalan isimli (atipik) sözleşmeler de akdedebilirler¹⁰⁸. Bu tür sözleşmeler; kendine özgü (sui generis), karma (melez) ya da birleşik (kompozit) nitelikler taşıyabilir^{109, 110}. Örneğin, otel işletmeleriyle yapılan sözleşmeler karma yapıda sözleşmelere örnek teşkil ederken; bir üretim

¹⁰² Nihat, Yavuz, Borçlar Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2024, s. 4.

¹⁰³ Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023., s. 16; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 23.

¹⁰⁴ Yavuz, Borçlar Hukuku El Kitabı, s. 5.

¹⁰⁵ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 73 Reisoğlu, Safa, Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014., s. 63.

¹⁰⁶ Saibe, Oktay, “İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması” İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. 55, S. 1-2, (1995-1996): 274; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 56.(<https://chatgpt.com/c/687e18b7-e360-800c-a629-9e64214e4b7a>).; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 47; Yavuz/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 22.

¹⁰⁷ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 24.

¹⁰⁸ Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 70.

¹⁰⁹ Rona, Serozan, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2006. s. 45.

¹¹⁰ Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, s. 129; Yavuz/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 22; Eren, Özel Hükümler, s. 36; Haluk, Tandoğan, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C, I/1, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 76.

sözleşmesi ile kira sözleşmesinin birleşimi sonucu oluşan sözleşmeler, birleşik nitelikli sözleşmelerdir^{111, 112}. Kendine özgü sözleşmeler ise, mevcut sözleşme tiplerinin unsurlarını taşımayan ve tamamen özgün nitelikler barındıran akitlerdir¹¹³.

Sözleşme içeriğini düzenleme serbestisi, mutlak bir özgürlük değildir¹¹⁴. Bu özgürlük, TBK m.27’de açıkça belirtildiği üzere, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır¹¹⁵. Bu tür sözleşmelerin geçersizliği, hukuki güvenliği sağlamayı hedefleyen temel bir ilkedir¹¹⁶.

1.3.1.4. Sözleşmenin Şeklini Belirleme Özgürlüğü

Sözleşmenin şeklini belirleme özgürlüğü, sözleşme içeriğini düzenleme serbestisinin doğal bir uzantısıdır¹¹⁷. Türk Borçlar Kanunu m.12 uyarınca, kural olarak, sözleşmelerin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir; kanunda aksi öngörülmediği sürece taraflar, sözlü veya yazılı şekilde sözleşme yapabilirler. Bu ilke, şekil serbestisi (form özgürlüğü) olarak adlandırılmakta ve modern sözleşme hukukunun esnek yapısını yansıtmaktadır.

Ancak bu serbesti mutlak değildir. TBK m. 12/2 gereğince, kanunun bazı sözleşmeler için öngördüğü şekil şartına uyulmadan yapılan sözleşmeler geçersizdir. Örneğin, kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılması zorunludur (TBK m.583). Şekil şartı kanundan doğduğu durumlarda, tarafların bu şekil zorunluluğunu bertaraf etmesi mümkün değildir; aksi halde sözleşme kesin hükümsüz sayılır (TBK m.12/2) ¹¹⁸.

¹¹¹ Eren, Özel Hükümler, s. 50; Ateş, Derya, “Sözleşme ilişkilerinin kurulmasında ve borç ilişkilerinde üçüncü kişi”, s. 42; Necip, Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 526; Kaplan, İbrahim, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, s. 20.

¹¹² Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 48; Aydoğdu/Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, s. 18; Zevkliler/Gökyayla, Özel, s. 12.

¹¹³ Mustafa Alper Gümüş Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, 3. Baskı, C. 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013, s. 4; Eren, Özel Hükümler, s. 18.

¹¹⁴ Yavuz/Acar/Özen, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, s. 19; Eren, Özel Hükümler, s. 18; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 56.

¹¹⁵ Gümüş, Özel Hükümler C. 1, s. 13; Aydoğdu/Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, s. 34.

¹¹⁶ Oktay, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması”, s. 275

¹¹⁷ Sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğü borç sözleşmelerindeki temel ilkeler olsa da kişiler, miras, aile ve özellikle eşya hukuku alanındaki sözleşmelerde bu ilkeler geçerli olmamaktadır. Örneğin; aynı haklar TMK’da sınırlı bir şekilde sayılmıştır ve bunların yanı sıra yeni bir aynı hak türü yaratmak mümkün değildir. Ancak kanunda sınırlı bir şekilde belirlenen aynı hakların içeriğinin belirlenmesi bakımından kişilerin daha serbest bırakıldıkları görülmektedir. Bazı aynı hakların (örneğin irtifaklarda) içeriğinin belirlenme özgürlüğü daha geniş iken, bazılarında (taşınmaz yükü) daha dardır. Mülkiyet ve rehinde ise içeriği belirleme özgürlüğü sadece belirli hususlara özgüdür. Lale, Sirmen, Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2017, s. 40; Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, Şekli Eşya Hukuku, 5. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2010, s. 112-113.

¹¹⁸ Hüseyin Altaş, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 143-147; Eren, Genel Hükümler, s.391.

Taraflar, şekle bağlı olmayan sözleşmelerde ise kendi aralarında daha ağır bir şekil şartı belirleyebilirler. Bu durum, sözleşme serbestisinin taraflar arasında ne derece geniş yorumlandığını göstermektedir. Örneğin, adi yazılı şekil yeterli iken, taraflarca noterlikte düzenleme şartı getirilebilir.

1.3.1.5. Sözleşmeyi Değiştirme veya Tamamen Ortadan Kaldırma Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün bir diğer uzantısı, kurulan sözleşmenin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi konusundaki serbestidir. Hukuk düzeni, sözleşmenin kurulmasına serbesti tanıdığı gibi, tarafların karşılıklı mutabakatıyla sözleşmeyi sona erdirmeye veya içeriğini değiştirme yetkisini de tanımaktadır. Bu hak, esas itibarıyla irade serbestisi ilkesine dayanmaktadır¹¹⁹.

Kural olarak, bir sözleşmede değişiklik ya da sona erdirmeye ancak tarafların karşılıklı rızasıyla mümkündür. Taraflardan birinin tek taraflı olarak sözleşme hükümlerini değiştirmesi veya sözleşmeyi sona erdirmesi, sadece yasal bir düzenleme ile veya sözleşmeden doğan özel bir yetki ile mümkündür¹²⁰. Özellikle vekâlet sözleşmesinde, TBK m.512 gereğince, taraflar diledikleri zaman tek taraflı olarak sözleşmeyi sona erdirebilirler¹²¹. Bu durum, sözleşmenin güven ilişkisine dayalı niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Bununla birlikte, kanun bazı durumlarda sözleşmeyi sona erdirmeye veya değiştirme hakkını sadece bir tarafa tanımıştır. Örneğin, TBK m.347 uyarınca, belirli süreli konut ve çatılı işyeri kiralalarında, kiracı sözleşme süresinin bitiminden en az 15 gün önce bildirimde bulunmazsa, sözleşme kendiliğinden bir yıl uzar. Kiraya verenin ise bu süre sonunda sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisi bulunmamaktadır¹²².

Benzer şekilde, TBK m.343'te yer alan düzenlemeye göre, konut ve çatılı işyeri kiralalarında kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine sözleşme koşullarının değiştirilmesi yasaklanmıştır. Bu hükümle birlikte, kamu ihale sözleşmeleri bakımından da (4735 sayılı Kanun m.4 ve m.15) idarenin, ihale dokümanına aykırı şekilde sözleşme hükümlerini değiştiremeyeceği belirtilmiştir.

¹¹⁹ Kırkbeşoğlu, Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük, s. 24; Aydoğdu/Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, s. 15; Yavuz, Borçlar Hukuku El Kitabı, s. 5.

¹²⁰ Mustafa, Dural/Suat, Sarı, Türk Özel Hukuku C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, s. 240; Eren, Özel Hükümler, s. 51.

¹²¹ Bkz. Suat, Sarı, Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2004, s. 64.

¹²² Hükümün üçüncü cümlesine göre, kiraya veren ancak, on yıllık uzama süresi sonunda, bu süreyi izleyen her uzama yılının bitiminden en az üç ay önce bildirimde bulunmak koşuluyla, herhangi bir sebep göstermeksizin sözleşmeye son verebilir.

Bazı durumlarda ise değişiklik ancak mahkeme kararıyla mümkündür. TBK m.344/2'ye göre, tarafların kira bedeli üzerinde anlaşamaması halinde hâkim, bir önceki dönemdeki üretici fiyat endeksi artış oranını aşmamak koşuluyla, hakkaniyete uygun bir kira bedeli tespit eder. Ayrıca, TBK m.138 çerçevesinde, borçlunun ifa sırasında aşırı zorluk yaşaması durumunda hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını talep etme hakkı bulunmaktadır¹²³.

1.3.2. Irak Hukukunda Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

Irak hukuk sisteminde, Türk hukukundan farklı olarak Borçlar Hukuku'na özgü bağımsız bir kanun bulunmamakta, bu alandaki düzenlemeler Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) 73 ila 185. maddeler arasında yer almaktadır. Bununla birlikte bazı sözleşme ilişkilerine dair hükümler Irak İcar Kanunu'nda da yer almaktadır¹²⁴. Bu yapı, borçlar hukukuna dair hükümleri medeni hukukun ayrılmaz bir parçası haline getirmiştir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, IMK m.75 ile açık bir biçimde güvence altına alınmıştır. İlgili madde uyarınca bireyler, iradelerine dayanarak ister sözleşme yapabilir, isterse yapmaktan kaçınabilirler. Bu bağlamda, sözleşme özgürlüğü; sözleşme yapıp yapmama, taraf seçme, sözleşme türünü ve içeriğini belirleme gibi hakları içermektedir¹²⁵. Ancak söz konusu ilkenin uygulamadaki yansıması, yazılı normların sunduğu serbestliğe kıyasla oldukça sınırlıdır¹²⁶. Zira Irak hukuk sisteminde hâkimin takdir yetkisi geniştir ve kamu düzeni kavramı oldukça geniş yorumlanmaktadır¹²⁷.

IMK'ya göre sözleşmelerin kurulması, tarafların karşılıklı ve örtüşen irade beyanlarıyla gerçekleşir. Bu durum, irade serbestisinin Irak hukukunda temel bir kurucu unsur olduğunu ortaya koymaktadır¹²⁸. Sözleşmelerin sadece kurulması değil, devam ettirilmesi ve sona erdirilmesi aşamaları da taraf iradesine dayanmaktadır. Bu çerçevede, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerini serbestçe düzenleyebilmeleri mümkündür. Ancak, bu serbesti; kamu düzeni, ahlâk kuralları ve kamu yararı gibi anayasal ve kanuni sınırlarla çevrilidir¹²⁹.

¹²³ Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkı da mevcuttur. Sürekli edimli sözleşmelerde ise borçlu, kural olarak dönme hakkı yerine fesih hakkına sahiptir (TBK m. 138).

¹²⁴ Sanhuri, Abdülaziz. Vasit fi Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, Beyrut: el-Halebî, 1998, s. 121.

¹²⁵ Abdülmecid. Borçlar Hukuku Açıklaması, s. 95.

¹²⁶ Sanhuri, Abdülaziz. Vasit fi Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, Beyrut: el-Halebî, 1998, s. 121.

¹²⁷ Şih Muhammed, Abu Zehra, El-Mülkiye ve Nazariye-Tül El-Akid, Neşir Mefsuat El-Kaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel El-Arabiye, Mısır, 2001, s. 58.

¹²⁸ Abdul-Baki el-Bekri, al-Ahkam al-Madaniyya al-'Iraki, Irak Yüksek Eğitim ve Araştırma Bakanlığı yayını, Bağdat, 3. Baskı, 2. cilt, 1980, s. 160., IMK md. 73, 75.

¹²⁹ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, El-Ukud El-Varide Ale

Sözleşme yapma serbestliği, yalnızca sözleşme yapma hakkının tanınmasıyla sınırlı değildir; aynı zamanda tarafların iradeleri doğrultusunda sözleşme türlerini belirleyebilmelerini de içerir. Ancak bu özgürlük mutlak değildir. IMK’da düzenlenen sözleşme tiplerinin, yeni geliştirilecek sözleşme türlerine örnek teşkil etmesi beklenmektedir. Nitekim Irak doktrininde, “sözleşme özgürlüğü, kanun tarafından tanınan sözleşme tiplerinin sınırları içinde geçerlidir” anlayışı hâkimdir¹³⁰.

İrade serbestisi, aynı zamanda bireyin özgürlük ve eşitlik temelinde hareket edebilmesini gerektirir. Irak hukuk anlayışında, özgür irade sahibi iki tarafın karşılıklı rızasıyla kurulan bir sözleşmenin, bireysel menfaatlerin ortak bir zeminde bulunduğu kamu yararını da sağladığı kabul edilmektedir¹³¹. Bu bağlamda eşitlik ilkesi, hukuki eşitlik olarak algılanmakta ve tarafların hukuki statülerine bağlı olarak değil, yasalar karşısındaki eşitliklerine göre değerlendirme yapılmaktadır¹³².

Irak Anayasası’nda (IAY) doğrudan “sözleşme özgürlüğü”ne ilişkin açık bir hüküm yer almamakla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin genel koruma çerçevesinde bu özgürlük dolaylı olarak güvence altına alınmaktadır. IAY m.15’e göre her birey yaşam, güvenlik ve özgürlük hakkına sahiptir; bu haklara ancak yasayla ve mahkeme kararıyla müdahale edilebilir. Ayrıca m.46’da, hak ve özgürlüklerin sadece yasa ile sınırlanabileceği ve bu sınırlamaların hakkın özüne dokunamayacağı hükme bağlanmıştır. Bu hükümler, sözleşme özgürlüğünün anayasal temellere dayandığını ortaya koymaktadır¹³³.

Öte yandan, IMK m.93, açıkça “yasaklanmadıkça herkesin sözleşme yapma hakkına sahip olduğunu” belirtmektedir. Bu hüküm, Anayasa’da yer almayan sözleşme özgürlüğünün dolaylı bir yasal dayanağını oluşturur ve hukuk sistemindeki irade serbestisini kuvvetlendiren bir normatif araç niteliği taşır¹³⁴.

1.3.2.1. Sözleşme Yapıp Yapmama Özgürlüğü

Sözleşme yapma veya yapmama özgürlüğü, sözleşme özgürlüğünün temel tezahürlerinden biri olarak kabul edilmekte olup, bireylerin hukuki muameleye girme

El-Amel, Akdül El-Vekâle, Mısır 2006, s. 20., Abdülhamid, Miftâh Halîfe. İnâhû’l-Akdi’l-İdârî, Dirâse Mukârane, İskenderiye: Dârü’l-Matbûât el-Câmi’iyye, 2014, s. 114.

¹³⁰ Muhammed Vahideddin, Suvar, Şerh’L Kanun EL-Medenî, EL-Nazariye EL-Amme Lil İltizam, Masadir EL-İltizam, s. 348.

¹³¹ Adnan İbrahim, El-Serhan, EL-Avzaa EL-Zahira ve Meda Himayetiha Fil-Kanun EL-Medenî EL-İraki Ve’l Mukaren, Bağdat 1986, s. 111., Irak Anayasası m. 15, m. 46.

¹³² Abdülmecid, İsmet. İhtilâlü’t-Tevâzüni’l-İktisâdî li’l-Akd, Kahire: Dârü’l-Nahda, 2016, s. 41., Abdülmecid. Borçlar Hukuku Açıklaması, s. 108.

¹³³ El-Serhan, EL-Avzaa EL-Zahira ve Meda Himayetiha Fil-Kanun EL-Medenî EL-İraki Ve’l Mukaren, s.112.

¹³⁴ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhûri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, El-Ukud El-Varide Ale El-Amel, Akdül El-Vekâle, Mısır 2006, s. 24., IMK md. 93.

konusunda serbestçe karar verme yetisini ifade eder¹³⁵. Bu çerçevede, kişiler ne başkalarıyla sözleşme yapmaya zorlanabilir ne de başkalarını bu tür bir işlem yapmaya icbar edebilir. Irak Medeni Kanunu'nda bu ilkeye doğrudan yer verilmemekle birlikte, sözleşme özgürlüğü anlayışının bir uzantısı olarak uygulamada geçerliliğini koruduğu görülmektedir. Ne var ki, bu özgürlük, kamu yararı, ekonomik denge ve sosyal gereklilikler gibi sebeplerle sınırlanabilmektedir¹³⁶.

Irak hukuk sisteminde, Türk hukuk sistemine kıyasla sözleşme yapma zorunluluğuna daha geniş bir yer verildiği göze çarpmaktadır. Özellikle kamusal nitelik taşıyan hizmetlerde, mal veya hizmet temininde tekel konumunda bulunan taraflara sözleşme yapma yükümlülüğü getirilmektedir. Bu tür durumlarda sözleşme serbestisi yalnızca şekli olarak varlığını sürdürebilmekte, fiilen ise kamu düzeni adına sınırlanmaktadır. Bu bağlamda taşımacılık sözleşmeleri özel bir örnek teşkil eder. Taşıyıcının sözleşme yapmaktan kaçınma iradesi olsa dahi, hizmetin niteliği gereği bu kaçınma hakkı sınırlandırılabilir. Böylece taşıyıcı, talepte bulunan kişiye karşı sözleşme yapma yükümlülüğü altına sokulmaktadır.

Bu duruma ilişkin yasal dayanak, Irak Medeni Kanunu'nun 150. maddesinin ikinci fıkrasında bulunur. İlgili hüküm şu şekildedir:

"Sözleşme, yükleniciyi yalnızca tarafların belirlediği yükümlülüklerle sınırlı tutmaz; aynı zamanda yürürlükteki kanunlardan doğan şartlara da tâbi kılar." (IMK m.150/2) ¹³⁷.

Bu düzenleme, sözleşme ilişkilerinde sadece taraf iradesine değil, aynı zamanda kanunun emredici hükümlerine de bağlı kalınması gerektiğini ortaya koymaktadır. Özellikle kamu hizmeti sunan işletmelerin, bu kapsamda sözleşme yapmaktan kaçınmalarına hukuk düzeni tarafından müsaade edilmemektedir. Aksi halde, bireylerin temel hak ve özgürlüklerinden biri olan hizmet alma hakkı ihlal edilmiş olur.

Sonuç olarak, Irak hukukunda sözleşme yapmama özgürlüğü teorik olarak kabul edilmiş olsa da, bu özgürlüğün uygulamada geniş sınırlamalara tabi olduğu söylenebilir. Özellikle kamu yararının ön planda tutulduğu alanlarda bu ilkeye yapılan müdahaleler meşru kabul edilmektedir¹³⁸.

¹³⁵ Gümüş, Genel Hükümler, s. 45., Akıncı, Borçlar, 2024, s. 60–62; Eren, Genel Hükümler, 2024, s. 81 vd.; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 53 vd.; Tandoğan, Genel Hükümler, 2000, s. 65 vd.

¹³⁶ Abu Zehra, El-Mülkiye ve Nazariye-Tül El-Akid, Neşir Mefsuat El-Kaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel El-Arabiye, s. 65.

¹³⁷ Abdülhamid, Miftâh Halîfe. İnhâü'l-Akdi'l-İdârî, Dirâse Mukârane, İskenderiye: Dârü'l-Matbûât el-Câmi'iyye, 2014, s. 101.

¹³⁸ Sanhuri. Vasîf fî Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, Beyrut: el-Halebî, s. 137. ., 40 Sayılı 1951 Tarihli Değiştirilmiş Irak Medeni Kanun'u.

1.3.2.2. Sözleşmenin Karşı Tarafını Seçme Özgürlüğü

Sözleşme özgürlüğünün temel unsurlarından biri olan sözleşmenin karşı tarafını seçme serbestisi, tarafların hukuki ilişki kurmak istedikleri kişileri özgürce belirleyebilmeleri anlamına gelir¹³⁹. Bu ilke, kişisel iradeye ve bireysel özerkliğe dayanan özel hukuk sistemlerinin temel taşlarından biridir. Nitekim, Irak Medeni Kanunu'nda bu ilke açıkça düzenlenmemiş olsa da, sözleşme özgürlüğünün bir uzantısı olarak kabul edilmektedir. Bu çerçevede, kural olarak hiç kimse belirli bir kişiyle sözleşme yapmaya zorlanamaz¹⁴⁰.

Bununla birlikte, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü de mutlak değildir. Özellikle kamu hizmeti niteliği taşıyan bazı alanlarda, bu özgürlüğün kamu yararı doğrultusunda sınırlandırılması mümkündür. Elektrik, su, doğalgaz gibi zorunlu temel hizmetleri sunan kamu kurumları ya da bu alanda fiili veya hukuki tekel konumuna sahip kişi ve kuruluşlar, hizmetten yararlanmak amacıyla başvuran kişilerle sözleşme yapmaktan kaçınamazlar. Bu tür durumlarda kamu hizmetinin sürekliliği, erişilebilirliği ve eşitliği ilkesel olarak öncelik kazandığından, sözleşme karşı tarafını seçme özgürlüğü, kamu yararı gerekçesiyle kısıtlanmış olur.

Irak Medeni Kanunu'nda bu tür sözleşmeler “zorunlu sözleşmeler” (العقود الإلزامية) olarak nitelendirilmiştir¹⁴¹. Zorunlu sözleşmelerde taraflardan biri için sözleşme yapma yükümlülüğü Kanun'dan kaynaklanmakta olup, bu yükümlülük kamu hizmetinin doğasından ileri gelir¹⁴². Bu tür sözleşmelerde hizmet sağlayıcı, hizmetten yararlanmak isteyen kişi ile sözleşme yapmak zorundadır¹⁴³. Zira sözleşme özgürlüğünün bu tür alanlarda mutlak şekilde tanınması, toplumun temel ihtiyaçlarını karşılayan sistemlerin istikrarsızlaşmasına neden olabilir.

Ayrıca bu tür sözleşmelerin kurulması ve sona erdirilmesi süreci, kanuni düzenlemelere ve belirli idari prosedürlere bağlıdır. Bu nedenle tarafların karşılıklı memnuniyetine dayalı bir irade uyumu, özellikle hizmet sağlayıcının taraf olduğu zorunlu sözleşmelerde her zaman aranmaz. Bunun yerine, kamu hizmetinin sürdürülebilirliği ve

¹³⁹ Eren. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 78.

¹⁴⁰ Sanhuri. Vasit fî Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, s. 245.

¹⁴¹ Abu Zehra, El-Mülkiye ve Nazariye-Tül El-Akid, Neşir Mefsuat El-Kaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel El-Arabiye, s. 66.

¹⁴² Abdurlazzak 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. 24.

¹⁴³ Hasan, Ali. Irak Medeni Hukuku: Genel Hükümler, Bağdat Üniversitesi, 2020, s. 49.

Kocayusufpaşaoğlu, Necip. Sözleşme Hukukunda Yöntem Sorunları, İstanbul: Legal, 2015, s. 58.

hukuka uygunluk esas alınır. Nitekim Irak hukukunda bu tip sözleşmelerin sona erdirilmesi de ancak Kanun'da öngörülen resmî usullere uygun şekilde mümkündür¹⁴⁴.

Sonuç itibarıyla Irak hukukunda sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü prensip olarak tanınmakla birlikte, kamu hizmetleri gibi belirli sektörlerde bu özgürlük kamu yararı ve eşit erişim gerekçesiyle sınırlandırılmıştır. Böylece bireysel sözleşme serbestisi ile toplumsal gereklilikler arasında bir denge kurulması hedeflenmiştir¹⁴⁵.

1.3.2.3. Sözleşmenin Tipini ve İçeriğini Seçme Özgürlüğü

İrade serbestisinin bir yansıması olarak, Irak Medeni Kanunu'na (IMK) göre sözleşme tarafları, sözleşmenin konusu, kapsamı, süresi, yerine getirilme zamanı ve biçimi gibi temel unsurlarını kendi aralarında serbestçe kararlaştırabilirler. Tarafların sözleşmeye dair hak ve yükümlülükleri, Kanun'da aksi belirtilmediği sürece özgür irade çerçevesinde şekillenir¹⁴⁶. Örneğin, kira sözleşmesinde taraflar sözleşmenin süresini, kullanım amacını, bedelini ve diğer koşulları özgürce belirleyebilir. Aynı şekilde imtiyaz ve bayındırlık sözleşmeleri gibi uygulamalarda da taraflar, yükümlülüklerini belirli bir süreyle sınırlandırarak sözleşmeye yön verebilirler. Bu tür sözleşmelerde, sürenin sona ermesi sözleşmenin doğal olarak son bulması sonucunu doğurur¹⁴⁷.

Irak Medeni Kanunu'nda sözleşme tipi bakımından taraflara sadece Kanun'da yer alan sözleşme türleriyle sınırlı kalmaları yönünde bir zorunluluk getirilmemiştir. Başka bir ifadeyle, taraflar istedikleri takdirde Kanun'da açıkça düzenlenmeyen yeni bir sözleşme türü de oluşturabilirler. IMK'daki bu yaklaşım, hukuk kurallarının genel ve soyut nitelikte olmasının bir sonucudur¹⁴⁸. Ancak bu özgürlük sınırsız değildir. Tarafların düzenleyeceği yeni veya karma sözleşmeler, emredici hukuk kurallarına, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olmamalıdır¹⁴⁹. Bu bağlamda, Irak Medeni Kanunu'nda düzenlenmiş sözleşme tipleri, oluşturulacak yeni sözleşmelere örnek veya model teşkil edebilir¹⁵⁰.

IMK m.130/1'de yer alan "Mecburiyetin yerine getirilmesi yasaklanmış değildir" hükmü, tarafların serbest iradelerine dayanarak düzenledikleri sözleşmelerin geçerliliğini

¹⁴⁴ TBK m. 27; IMK m. 93.

¹⁴⁵ Eren, Genel Hükümler, 2024, s. 135–137., Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 302–305., Akıncı, Borçlar, 2024, s. 318–320., Tandoğan, Genel Hükümler, s. 315–316.

¹⁴⁶ Yavuz, Borçlar Hukuku El Kitabı, s. 5.

¹⁴⁷ Bilgili/Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 83

¹⁴⁸ Abdullah, Vüheybî, el-Kavâidü'l-Münazzama li'l-Ukûdi'l-İdâriyye ve Tatbikâtühâ fi'l-Memleketi'l-Arabiyye es-Su'ûdiyye, b. 2, Matbaatü'r-Riyad, Riyad, 2008, s. 415–417.

¹⁴⁹ Sanhuri. Vasît fi Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, s. 122.

¹⁵⁰ Yavuz, Borçlar Hukuku El Kitabı, s. 6.

açıkça ortaya koymaktadır¹⁵¹. Bu hüküm, hukuk sisteminde sözleşme özgürlüğünün temel ilke olarak kabul edildiğini göstermektedir¹⁵². Tarafların iradeleri doğrultusunda oluşturdukları sözleşmeler, Kanun'da öngörülen sınırlara uygun olmak şartıyla geçerli kabul edilir¹⁵³.

Irak hukukunda da Türk Borçlar Kanunu'na benzer şekilde¹⁵⁴, sözleşme özgürlüğü ilkesinin yalnızca sözleşmenin içeriğiyle sınırlı olmadığı, aynı zamanda Kanun'un müdahalesinin kapsamını da belirlediği görülmektedir. Özellikle kamu düzenini ilgilendiren alanlarda devletin müdahale yetkisi daha geniştir. Bu durum, taraf iradesiyle oluşturulan sözleşme ilişkilerinin sınırlarını belirlemede Kanun'un yönlendirici ve koruyucu rolünü ön plana çıkarmaktadır¹⁵⁵.

Sonuç olarak, Irak Medeni Kanunu'nda da sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğü, irade serbestisinin doğal bir sonucu olarak kabul edilmekte; ancak bu özgürlük, kamu yararını, ahlakı ve hukuki düzeni koruma amacıyla sınırlandırılmaktadır.

1.3.2.4. Sözleşmenin Şekli Belirleme Özgürlüğü

Irak Medeni Kanunu'na (IMK) göre, sözleşmelerin geçerliliği kural olarak herhangi bir şekle bağlı değildir. IMK'da aksi belirtilmedikçe, taraflar sözleşmelerini yazılı, sözlü ya da zımni şekilde gerçekleştirme özgürlüğüne sahiptirler. Bu durum, sözleşme özgürlüğünün temel bir yansıması olarak kabul edilmektedir. Ancak, bazı özel hallerde Kanun sözleşmenin belirli bir şekle tabi tutulmasını zorunlu kılmıştır. Özellikle gayrimenkul alım-satım sözleşmeleri gibi işlemlerde, sözleşmenin resmi senetle düzenlenmesi şarttır. Bu tür sözleşmeler, yalnızca noter veya yetkili resmi kurumlar nezdinde geçerlilik kazanabilir. Aksi hâlde, sözleşme geçersiz sayılır¹⁵⁶.

¹⁵¹ Abdülmecid. Borçlar Hukuku Açıklaması, s. 97.

¹⁵² I-Khoei, Abdul Majid. Aloeciz Fi Alnızırıya Alaama Lileltizam Fi Alkanun, Bağdat: Alogiz, 2008, s. 134.

¹⁵³ Abdullah, Vüheybî, el-Kavâidü'l-Münazzama li'l-Ukûdî'l-İdâriyye ve Tatbikâtühâ fi'l-Memleketi'l-Arabiyye es-Su'ûdiyye, b. 2, Matbaatü'r-Riyad, Riyad, 2008, s. 418.

¹⁵⁴ Irak Medeni Kanunu'na benzer biçimde Türk Borçlar Kanunu çerçevesinde sözleşmenin tipini ve içeriğini belirleme özgürlüğüne ilişkin Yargıtay içtihadı yer almaktadır. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi'nin 2014/13539 E., ... K. kararında, sözleşme türü seçimi serbestisinin kapsamı şu şekilde vurgulanmıştır:

“Bu sözleşme özgürlüğü çerçevesinde kişiler, kanun tarafından düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden ayrı karma veya nev'i şahsına münhasır (kendine özgü) sözleşmeler de hukuken geçerli kabul edilmektedir.”

Bu karar, tarafların yalnızca kanunda mevcut klasik sözleşmelerle sınırlı kalmayıp, kendi iradelerine dayanarak yeni veya özel isimli sözleşmeler de kurabilecekleri yönünde güçlü bir içtihadî yaklaşım sunar. Kararda açıkça ifade edildiği gibi: Atipik ya da karma sözleşmelerin geçerliliği, taraf iradelerinin sınırlarını belirlemektedir.

Bu özgürlük, sadece sözleşme içeriğini değil, aynı zamanda sözleşme tipinin özgürce seçilmesini sağlar. Ancak, bu seçimin TBK'daki emredici kurallara, ahlaka, kamu düzenine ve kişilik haklarına uygun olması gerektiği vurgulanmıştır.

¹⁵⁵ Senhürî, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, s. 725.

¹⁵⁶ Senhürî, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, s. 724.

Kanun koyucunun bu tür düzenlemelerle amaçladığı, hem taraflar arasında güvenin tesis edilmesi hem de üçüncü kişilerin haklarının korunmasıdır. Bu tür zorunlu şekil şartları, özellikle taşınmazlara ilişkin işlemlerde şeffaflığı ve kayıt sisteminin güvenilirliğini sağlamaya yöneliktir.

Ancak Irak uygulamasında, sözleşmenin resmi bir makam önünde yapılması zorunluluğu bazı pratik sorunlara yol açabilmektedir. Zira, sözleşmenin gerçekleştirilmesi için yetkili kurumun onayı gerekmekte olup, bu kurumlar kimi zaman keyfi gerekçelerle sözleşme düzenlemeyi reddedebilmekte veya işlemleri geciktirebilmektedir. Bu tür uygulamalar, sözleşmenin serbestçe kurulması ilkesine zarar verebilmekte ve tarafların hukuk güvenliğini zedeleyebilmektedir¹⁵⁷.

Bu bağlamda, şekil serbestisi ilkesi Irak hukuk sisteminde geçerli olmakla birlikte, kamu düzeni, şeffaflık ve üçüncü kişilerin korunması amacıyla bazı önemli sınırlamalara tabi tutulmuştur. Özellikle devletin “üçüncü katılımcı” gibi davranarak sözleşme sürecine dâhil olması, sözleşme özgürlüğü kavramını sınırlayıcı bir etki doğurabilmektedir.

1.3.2.5. Sözleşmeyi Değiştirme veya Tamamen Ortadan Kaldırma Özgürlüğü

IMK, sözleşme özgürlüğü ilkesinin bir devamı olarak, taraflara sözleşmenin içeriğini değiştirme veya sözleşmeyi tamamen sona erdirmeye yetkisi tanımaktadır. Bu kapsamda, tarafların karşılıklı rızaları ile sözleşmenin hükümlerinde değişiklik yapılabileceği gibi, sözleşmenin tümüyle ortadan kaldırılması da mümkündür¹⁵⁸. Bu durum, Irak hukukunda “irade serbestisi” ilkesinin doğal bir yansımasıdır¹⁵⁹.

IMK’ya göre, taraflarca kurulan bir sözleşme, tarafların özgür iradeleriyle sona erdirilebilir ya da revize edilebilir. Bu bağlamda, sözleşmenin feshi ya da değiştirilmesi de ilk baştaki kurucu irade kadar hukuken geçerli bir irade beyanına dayanmak zorundadır (IMK m.179).

Irak hukukunda, “irade gücü” (quwwat al-irāda) ilkesi, kişilerin kendi yükümlülüklerini kendi iradeleriyle üstlendikleri anlayışına dayanır. Bu çerçevede kişi, hukuki işlem gerçekleştirdiğinde, bu işlemle bağlı kalmayı da kabul etmiş olur. Ancak, bu özgürlük mutlak değildir. Kanun, bazı durumlarda sözleşmenin feshi veya tek taraflı

¹⁵⁷ Senhürî, el-Vesît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî, c. 1, s. 724.

¹⁵⁸ Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021. Al-Hamudi, Kadhim. Irak Hukukunda Taşınmaz Satışı ve Kiracılık, Bağdat Hukuk Dergisi, 2021, s. 205.

¹⁵⁹ Yavuz, Borçlar Hukuku El Kitabı, s. 5.

değiştirilmesi konusunda sınırlandırmalar getirmiştir¹⁶⁰. Özellikle kamu hizmetleriyle ilgili sözleşmelerde, sözleşmeden tek taraflı dönme hakkı, kamu düzeni gereği sınırlı tutulabilir.

Ayrıca, sözleşmenin feshine ilişkin bazı durumlarda kanuni gerekçelerin varlığı aranır. Örneğin, temerrüt, ifa imkânsızlığı veya esaslı edim ihlali gibi durumlar sözleşmeden dönme veya sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı doğurabilir. Bu tür durumlarda taraflardan biri, mahkeme kararıyla sözleşmenin feshedilmesini talep edebilir. Bu yönüyle IMK, tarafların mutlak serbestliği yerine, hukuki denge ve dürüstlük kuralını önceleyen bir yaklaşım benimsemektedir (IMK m.177-178).

Sonuç olarak, Irak hukukunda sözleşmenin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi mümkündür; ancak bu durum, tarafların açık rızasına veya Kanun'da belirtilen haklı sebeplere dayanmak zorundadır. Bu da irade serbestisinin Kanun'un çizdiği sınırlar çerçevesinde işlediğini göstermektedir.

1.4. Sözleşmelerde Nisbilik İlkesi

Borçlar hukukunun temel ilkelerinden biri olan nisbilik ilkesi (relativität des Schuldverhältnisses), sözleşmelerin sadece tarafları arasında hüküm ve sonuç doğuracağını ifade eder¹⁶¹. Bu ilke, Roma Hukuku'nda "res inter alios acta aliis neque nocet neque prodest" (başkaları arasında yapılan işlem, üçüncü kişileri ne yararlandırır ne de bağlar) kuralı ile ifade edilmiştir¹⁶². Söz konusu ilke, sözleşme ilişkilerinin üçüncü kişiler üzerinde doğrudan hukuki sonuç doğurmamasını amaçlar¹⁶³.

Bu bağlamda, sözleşme ile doğan hak ve borçlar yalnızca taraflar arasında hüküm ifade eder; üçüncü kişilere yönelik borç yüklenilmesi yahut hak kazandırılması kural olarak mümkün değildir. Hukuki ilişkinin niteliği gereği, sözleşmelerde yalnızca ilişkiye katılanlar lehine ya da aleyhine hak ve yükümlülük doğar. Sözleşmeden doğan alacak, sadece borçluya karşı ileri sürülebilir; üçüncü kişiler üzerinde doğrudan bir etki yaratmaz. Bu durum, öğretide "üçüncü kişi aleyhine sözleşme yasağı" (contrat au détriment d'un tiers) olarak tanımlanır.

¹⁶⁰ Abu Zehra, El-Mülkiye ve Nazariye-Tül El-Akid, Neşir Mefsuat El-Kaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel El-Arabiye, s. 65.

¹⁶¹ Şener, Akyol, Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, 2. Bası, Vedat Kitapçılık Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2008, s. 1.

¹⁶² Akyol, Üçüncü Şahıs, s. 2., Eren, Genel Hükümler, 2024, s. 489 vd.

¹⁶³ Yavuz Can, Aslan, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 5., Eren, Genel Hükümler, 2024, s. 489 vd.; Oğuzman / Tekinay / Seliçi, Genel Hükümler, 2017, s. 256–258.; Akıncı, Genel Hükümler, 2020, s. 321–324.; Aslan, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, 2020, s. 5 vd.; Haluk, Genel Hükümler, 2000, s. 316–318.

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) bu ilkeye ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, sistematik yorumla kabul edildiği açıktır. Ancak bazı özel kanun hükümleri nisbilik ilkesine istisna teşkil etmektedir.¹⁶⁴ Bu durum, "üçüncü kişi lehine sözleşme" (stipulatio alteri) olarak bilinen istisnai hukuki işlemlerdendir.¹⁶⁵

Borç ilişkisinden doğan alacak hakkı, mutlak hak farklı olarak yalnızca belirli kişiler arasında hüküm doğuran nisbi hak niteliğindedir.¹⁶⁶ Bu hak, borçlunun bir edimi ifa etme yükümlülüğüne karşılık alacaklıya tanınan bir talepten ibarettir.¹⁶⁷ Alacaklı, bu hakkı yalnızca borçluya karşı ileri sürebilir.¹⁶⁸ Ne var ki bu hak, Anayasa'dan kaynaklanan temel insan hakları ile sınırlı olup¹⁶⁹; borçlunun kişi özgürlüğü üzerinde doğrudan bir baskı ya da zorlama oluşturamaz.¹⁷⁰ Borçlu, edimini yerine getirmediği takdirde yalnızca hukuk yollarıyla ve devletin yetkili organları aracılığıyla sorumlu tutulabilir.¹⁷¹

Sözleşme özgürlüğü ilkesi ile nisbilik ilkesi birbirini tamamlayan niteliktedir. Sözleşme özgürlüğünün pozitif yönü, kişilerin dilediği kişilerle sözleşme yapabilmesi, içeriğini belirleyebilmesi ve sözleşmeyi sona erdirebilmesi anlamına gelirken; negatif yönü ise, kimsenin zorla sözleşmeye taraf kılınmamasını ifade eder. Bu çerçevede, nisbilik ilkesi, sözleşme özgürlüğünün doğal bir uzantısı olarak kişilerin yalnızca kendi iradeleri ile taraf oldukları hukuki ilişkilerle bağlı olmalarını garanti altına alır.

Sonuç olarak, borçlar hukukunda alacak hakkı nisbi bir nitelik taşımakta olup, yalnızca borç ilişkisine taraf olan kişiler arasında hüküm doğurur. Üçüncü kişiler, sözleşmeden doğan haklara ya da yükümlülöklere kural olarak taraf olamaz; ancak bu durumun, Kanun'un öngördüğü açık istisnalarla sınırlı olarak aşılabildiği unutulmamalıdır.

1.4.1. Sözleşmelerde Nisbilik İlkesinin Sonuçları

Sözleşmelerde nisbilik ilkesi, sözleşmenin yalnızca tarafları arasında hüküm ve sonuç doğurması ilkesine dayanır. Bu prensip, borç ilişkisinden doğan alacak hakkının yalnızca

¹⁶⁴ Türk Ticaret Kanunu m. 1191/3; m. 1257/3.

¹⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, 2024, s. 603–610; Nomer, Genel Hükümler, 2023, s. 331–334., Gediz, Kocabaş, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı, 1. Bası, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı), İstanbul, C. 22, (2016): s. 1798.

¹⁶⁶ Ayşen, Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020, s. 7.

¹⁶⁷ Çilenti Konuralp, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme, s. 7.

¹⁶⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 19.

¹⁶⁹ Andreas, von Tuhr, Borçlar Hukuku Cilt 1-2., Çev. Cevat Edege, 1. Bası, Olgaç Matbaası, Ankara 1983, s. 9.

¹⁷⁰ Necip, Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku Genel Bölüm 1. Cilt, 4. Basıdan 7. Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2017, s. 15-16.

¹⁷¹ Eren, Genel Hükümler, s. 19., Sabah Altay, "Üçüncü Kişi Lehine Sözleşmelerin Hukuki Yapısı", GÜHFD, C. 3, 2009, s. 89–112., Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri, İstanbul: Marmara Kitabevi, 2020, s. 378–382., Özen, özel Hükümler, 2023, s. 446–448; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 274–278.

borçluya karşı ileri sürülebileceğini, üçüncü kişilere karşı herhangi bir hak talebinde bulunulamayacağını ve üçüncü kişilerce ihlalin doğrudan dava konusu yapılamayacağını ifade eder. Ancak bu mutlak yapıya rağmen bazı istisnalar söz konusu olabilmektedir.

1.4.1.1. Alacak Hakkının Yalnızca Borçlu Tarafından İhlal Edilebilmesi

Alacak hakkı, nisbi nitelikte bir hak olup yalnızca borçlu tarafından ihlal edilebilir. Bu bağlamda, borç ilişkisi dışındaki üçüncü kişilerin söz konusu hakkı ihlal etmesi, kural olarak hukuki sonuç doğurmaz¹⁷². Nisbi hakların en temel özelliği, yalnızca taraflar arasında ileri sürülebilmesidir. Buna karşılık mutlak haklar, herkes tarafından ihlal edilebilir ve herkese karşı ileri sürülebilir niteliktedir.

1.4.1.2. Alacak Hakkının Yalnızca Borçluya Karşı İleri Sürülebilmesi

Nisbilik ilkesinin doğal sonucu olarak, sözleşmeden doğan alacak hakkı yalnızca borç ilişkisine taraf olan borçluya karşı ileri sürülebilir. Alacaklı, borcun ifasını yalnızca borçludan talep edebilir. Sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiler, bu sözleşmeden hareketle herhangi bir alacak hakkı ileri süremez¹⁷³. Aynı şekilde, üçüncü kişiler de borç ilişkisine dayanarak borçluyu sorumluluk altına sokamaz. Bu durum, medeni usul hukukunda da yansımaları bulmuş ve husumet ehliyeti bağlamında, sözleşme dışı kişilere karşı açılan davalar reddedilmiştir¹⁷⁴.

1.4.1.3. Alacak Hakkının Borçlu Tarafından İhlal Edilmesinin Üçüncü Kişilere Hak Talebi Olanağı Sağlamaması

Borç ilişkisinin yalnızca borçlu ve alacaklı arasında hüküm doğurması, üçüncü kişilere sözleşme kapsamında doğrudan hak tanınmasını engeller. Bu kapsamda, borçlunun edimini ifa etmemesi, yalnızca alacaklıyı ilgilendirir¹⁷⁵. Üçüncü kişiler, bu edimsizlikten dolayı sözleşmeden doğan herhangi bir hak talebinde bulunamaz. Zira sözleşmenin kurucu unsuru olan karşılıklı ve uygun irade beyanları yalnızca taraflar arasında gerçekleşmiştir. Üçüncü kişinin sözleşmeye müdahil olmaması, onun bu ilişkinin sonuçlarından doğrudan etkilenmesini de engeller¹⁷⁶.

¹⁷² Haluk N. Nomer, Genel Hükümler, 2023, s. 31-34., Eren, Genel Hükümler, 2024, s. 149-152.

¹⁷³ Şebnem Akipek/Erkan Küçükgüngör, Sözleşmeler Rehberi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2002, s. 35.

¹⁷⁴ Aydın, "Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi", s. 44.

¹⁷⁵ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 28.

¹⁷⁶ Rona, Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, 6. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul 2014, s. 31.

1.4.1.4. Alacak Hakkının Dolaylı Olarak Alacaklıya Yetki Vermesi

Alacak hakkı, borçlunun ifada bulunma yükümlülüğüne karşılık olarak alacaklıya tanınan talep hakkıdır. Bu hak, kapsamı itibarıyla alacaklıya sadece borçluya karşı yöneltebileceği bir ifa talebi yetkisi verir. Alacak hakkının bir sonucu olarak borçlu, alacaklıya veya onun yetkili temsilcisine ifada bulunmakla yükümlüdür. Ancak borcun konusunun üçüncü bir kişiye teslim edilmiş olması halinde, alacaklı bu üçüncü kişiye karşı doğrudan bir talepte bulunamaz¹⁷⁷. Zira bu durumda mülkiyet artık üçüncü kişiye geçmiştir. Alacaklı, yalnızca borçlunun edimini zamanında ve gereği gibi ifa etmediği gerekçesiyle borçluya karşı temerrüt hükümlerine dayalı olarak hukuki yollara başvurabilir. Bu bağlamda, alacak hakkı dolaylı biçimde alacaklıya yalnızca sözleşme tarafı olan borçluya yönelik yetki tanır; üçüncü kişilere yönelik doğrudan bir hak doğurmaz¹⁷⁸.

1.4.2. Sözleşmelerde Nisbilik İlkesinin İstisnaları

Borçlar hukukunun temel prensiplerinden biri olan sözleşmenin nisbiliği ilkesi, istisnai durumlarda alacak hakkının üçüncü kişilere karşı ileri sürülmesini mümkün kılmaktadır. Bu istisnai durumlardan en önemlileri; alım (iştirâ), önalım, geri alım hakları ve taşınmaz kiralının tapu siciline şerh verilmesidir. Tapuya yapılan bu şerh sayesinde kiracı veya Alacaklı, taşınmazın daha sonra malik olan üçüncü kişilere karşı da hak iddiasında bulunabilmektedir¹⁷⁹.

Nisbilik ilkesine göre borç ilişkisi yalnızca sözleşmenin tarafları arasında hüküm doğurur. Ancak hukuk sistemimizde bu ilkeye çeşitli istisnalar tanınmıştır. Bu istisnalar arasında özellikle tapuya şerh verilmiş kişisel hakların, şerh sonrasında mülkiyeti edinen yeni maliklere karşı da ileri sürülebilmesi ve üçüncü kişi lehine yapılan sözleşmeler yer alır. Örneğin üçüncü kişi, sözleşmenin ifasını doğrudan talep edebilir¹⁸⁰.

Nisbilik ilkesine getirilen istisnalar, iki ana başlıkta incelenebilir: Birincisi, borç ilişkisine üçüncü kişilerin etki ettiği hâller; ikincisi ise borç ilişkisinin üçüncü kişiler üzerinde sonuç doğurduğu durumlardır. Borç ilişkisine üçüncü kişilerin etkisi bakımından, üçüncü kişinin borcu ifa etmesi bu kapsamdadır. Bu durumda, borcun ifası ile birlikte borç sona erer.

¹⁷⁷ Şener, Akyol, Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi, 2. Bası, Vedat Yayınları, İstanbul 2007, s. 6., Eren, Genel Hükümler, 2024, s. 141–145.

¹⁷⁸ Aydın, “Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi”, s. 47., Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 296–297., Kılıçoğlu, Genel Hükümler, 2023, s. 358–360.

¹⁷⁹ von Tuhr, Borçlar, s. 10.

¹⁸⁰ Akipek/Küçükgüngör, Sözleşmeler Rehberi, s. 35., Eren, Genel Hükümler, s. 140–145., Gürzumar, Genel Hükümler, 2022, s. 312–318.

Borç ilişkisine üçüncü kişilerin etkili olduğu bir diğer hâl ise, TBK m.201’de düzenlenen borca katılma hâlidir. Bu maddeye göre, alacaklı ile borca katılan arasında yapılan sözleşme sonucunda, borca katılan kişi, asıl borçlu ile birlikte müteselsilen sorumlu olur¹⁸¹.

1.4.3. Irak Medeni Kanunu'nda Sözleşmelerde Nisbilik İlkesi

Irak Medeni Kanunu’nda (IMK) da sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmasının yalnızca taraflar arasında geçerli olduğu kabul edilmektedir. IMK m.132 hükmü, bu durumu “Akit, akdi yapanları bağlar” biçiminde ifade etmektedir¹⁸². Bu hükme göre, bir sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükler sadece sözleşmenin taraflarını bağlar; üçüncü kişilere bu etkiler ancak Kanun’un açıkça öngördüğü istisnai hâllerde yansır.

i. Nisbilik İlkesinin Genel Uygulama Alanı

IMK’nın genel düzenlemesine göre, sözleşmeler yalnızca taraflar arasında hüküm ve sonuç doğurur. Tarafların açık rızası bulunmaksızın üçüncü kişilerin lehine hak ya da yükümlülük doğması mümkün değildir¹⁸³.

ii. Borç İlişkilerinde Nisbi Hakların Özellikleri

Türk Medeni Kanunu’nda olduğu gibi IMK’da da mutlak haklar ile nisbi haklar arasında temel bir ayırım yapılmıştır. Nisbi haklar, yalnızca borç ilişkisi içinde yer alan taraflar arasında ileri sürülebilir; bu haklar üçüncü kişiler üzerinde doğrudan bir etki yaratmaz.

iii. Nisbilik İlkesinin İstisnaları (IMK)

Irak hukukunda da nisbilik ilkesine çeşitli istisnalar tanınmıştır:

- Üçüncü Kişi Lehine Sözleşmeler: Tarafların, üçüncü bir kişi lehine hak doğuracak nitelikte sözleşme yapmaları mümkündür. Hayat sigortası sözleşmeleri bu kategoriye örnek olarak verilebilir¹⁸⁴.

¹⁸¹ Gamze, Turan Başara, “Türk Borçlar Kanunu’yla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”, AÜHFD, C. 63, S. 2, (2014): s. 421.

¹⁸² El- Abdul-Baki el-Bekri, Irak Medeni Kanunu’na Giriş, Al-Maktaba al-Qanuniyya “Hukuk Kütüphanesi”, Bağdat, 1989., s. 140.

¹⁸³ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu’na Giriş, s. 141., Al-Hakim / Al-Bekri, Ahkâm el-Medeniyye ve’l-İltizâmât, s. 207–215.

¹⁸⁴ El-Mülkiye ve Nazariye-Tül El-Akid, Neşir Mefsuat El-Kaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel El-Arabiye, s. 68.

¹⁸⁴ IMK m.151; bkz. El-Khoei, Abdul Majid. Aloeciz Fi Alnıziriya Alaama Lileltizam Fi Alkanun, Bağdat: Alogiz, 2008, s. 139.

- Üçüncü Kişi Şartı (İştira): IMK m.151, tarafların üçüncü kişi lehine yükümlülük doğuracak hükümler içeren sözleşmeler yapabileceklerini düzenlemektedir¹⁸⁵.
- Taşınmazlara İlişkin Şahsi Haklar: Kira sözleşmeleri gibi bazı şahsi hakların tapuya şerh edilmesi durumunda, bu haklar üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hale gelir¹⁸⁶.

iv. IMK’da Nisbilik İlkesinin Sonuçları

- Alacak Hakkının Sınırlandırılması: Alacak hakkı sadece borçluya karşı ileri sürülebilir, üçüncü kişilere karşı bu hak ileri sürülemez¹⁸⁷.
- Üçüncü Kişilere Karşı Hak Talebinde Bulunulamaması: Alacaklı, borç ilişkisine taraf olmayan üçüncü kişilere karşı doğrudan hak ileri süremez.
- İstisnai Hâllerde Üçüncü Kişinin Hak Kazanımı: Ancak yukarıda belirtilen gibi özel düzenlemeler çerçevesinde üçüncü kişiler de sözleşmeden doğan hakları ileri sürebilirler¹⁸⁸.

Her iki hukuk sistemi açısından değerlendirildiğinde, sözleşmenin yalnızca taraflar arasında hüküm doğurması ilkesi ortak bir prensip olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte, Türk hukukunda tapuya şerh edilen kişisel haklara daha fazla koruma tanınmakta iken, Irak hukukunda üçüncü kişi lehine sözleşmelerin düzenlenmesi daha belirgin şekilde öne çıkmaktadır.

¹⁸⁶ Senhürî, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, s. 28.

¹⁸⁷ El- Bekri, Irak Medenî Kanunu'na Giriş, s. 142.

Abdûlmecid. Borçlar Hukuku Açıklaması, s. 147.

¹⁸⁸ El- Bekri, Irak Medenî Kanunu'na Giriş, s. 142., Abdûlmecid. Borçlar Hukuku Açıklaması, s. 147.

İKİNCİ BÖLÜM

İRDE AÇIKLAMASININ KARŞILIKLI VE BİRBİRİNE UYGUN OLMASI

2.1. Sözleşmenin Unsurları

Sözleşme, iki taraf arasında kurulan ve taraflara borç yükleyen hukuki bir işlemdir. Bu hukuki ilişkide taraflardan biri (borçlu), diğer taraf (alacaklı) lehine bir şeyi verme, yapma ya da yapmama borcu altına girmektedir¹⁸⁹. Borçlar hukuku öğretisinde, sözleşmeden doğan borç ilişkilerinde üç temel unsurun varlığı kabul edilmektedir: borçlu, alacaklı ve edim¹⁹⁰.

Borçlu, alacaklıya karşı edimi ifa etmekle yükümlü olan kişidir. Alacaklı, borçludan edimi yerine getirmesini talep etme hakkına sahip olan taraftır. Edim, borçlunun hukukten yerine getirmekle yükümlü olduğu ve alacaklının da bu ifayı talep edebileceği davranışı ifade eder. Bu davranış bir şeyi verme, yapma veya yapmaktan kaçınma şeklinde olabilir. Edim, borç ilişkisinin konusunu oluşturur¹⁹¹.

Borç ilişkisinden doğan hak, yalnızca belirli bir kişiye karşı ileri sürülebilmesi nedeniyle nisbi hak niteliği taşır. Mutlak hakların aksine, nisbi haklar herkese karşı ileri sürülemez; yalnızca borç ilişkisinin taraflarına yöneltilebilir. Nisbi haklar, belirli bir kişiden hukukten tanınmış bir davranış beklentisini içeren haklardır; bu davranış belirli bir edimi yerine getirme veya ondan kaçınma şeklinde olabilir¹⁹².

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesinin birinci fıkrası, sözleşmenin kurulması için tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklamaları gerektiğini düzenler: "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur." Bu hüküm, sözleşmenin kurulmasına ilişkin temel ilkedir ve aynı zamanda sözleşmenin kurucu unsurlarını da ortaya koyar¹⁹³.

¹⁸⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 611., Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 13–15; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, s. 6; S. Sulhi Tekinay vd., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 17; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 22., Akıncı, Genel Hükümler, s. 45., Arslan, Ticaret Hukuku, s. 144.

¹⁹⁰ Güvenç, Özgür, Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu, Adalet Yayınevi, Ankara, 202, s. 149, Arslan, Ticaret Hukuku, s. 144; Eren, Genel Hükümler, s. 611., Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 15; Ahmet M. Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 23.

¹⁹¹ Eren, Genel Hükümler, s. 613., Akıncı, Genel Hükümler, s. 47., Filiz Kitabevi, 8. Bası, 2021, s. 30 vd., Eren, Genel Hükümler, s. 7-8., Taştan, Sözleşmenin Kurulması, s. 18., Arslan, Ticaret Hukuku, s. 144., Tekinay, S. Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler.

¹⁹² Eren, Genel Hükümler, s. 6-7; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku – Genel Bölüm, 7. Bası, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010, s. 4-5., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 6.

¹⁹³ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 5; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 62; Taştan, Sözleşmenin Kurulması, s. 56; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 49-50; Kılıçoğlu, Genel, s. 78., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması,

Irak Medeni Kanunu'na göre de sözleşme, borçların temel kaynaklarından biridir ve geçerliliği için birtakım asli unsurların mevcut olması gerekir: taraf iradelerinin geçerliliği, konu, sebep, şekil (bazı durumlarda) ve taraf ehliyeti¹⁹⁴. IMK m.56, sözleşmeye taraf olanların iradelerinin gerçek ve sakatlıktan (hata, hile, ikrah) arı olmasını şart koşar. Nitekim m.97'ye göre "İrade beyanı ikrah altında yapılmışsa, bu beyan geçersizdir." Aynı şekilde, sözleşmenin ciddi bir irade ile yapılması gerekir; şaka ya da yanıltma gibi hallerde sözleşme geçersiz sayılır (IMK m.64)¹⁹⁵.

Sözleşmenin konusu, belirli veya en azından belirlenebilir olmalı; imkânsız, hukuka aykırı veya kamu düzenine karşı olmamalıdır. IMK m.57, "Sözleşmenin konusu hukuken mümkün olmalıdır" hükmünü getirmektedir¹⁹⁶. Sebebin de meşru ve hukuka uygun olması şarttır; zira hukuka aykırı veya ahlaka aykırı bir nedene dayalı sözleşmeler geçersiz sayılır (IMK m.58). Sözleşme şekle tabi ise, bu şekil şartına riayet edilmemesi halinde geçersizlik söz konusu olur. IMK m.61, irade beyanının yazılı, sözlü veya zımni olabileceğini ifade etmekle birlikte, şekle tabi sözleşmelerde bu şartın ihlali sözleşmenin geçerliliğini ortadan kaldırır¹⁹⁷.

Ayrıca tarafların hukuki işlem ehliyetine sahip olmaları gerekir. IMK m.81'e göre "Ehliyetsiz kişiler tarafından yapılan sözleşmeler hukuki sonuç doğurmaz." Bu kapsamda küçükler ya da akıl hastaları gibi sınırlı ehliyete sahip kişilerin taraf olduğu sözleşmeler ya geçersiz ya da iptal edilebilir niteliktedir. Taraf iradelerinin sakat olması durumunda, zarar gören taraf, IMK m.87 uyarınca sözleşmenin iptalini talep edebilir. İlgili madde, "Sözleşme hata, hile veya ikrah sonucu yapılmışsa geçersizdir" hükmünü içermektedir¹⁹⁸.

Sonuç olarak, geçerli bir sözleşmenin kurulabilmesi için hem Türk hem de Irak hukukunda ortaklaşan şu temel unsurların bulunması gereklidir:

- a) En az iki tarafın bulunması,
- b) Bu tarafların karşılıklı olarak irade beyanında bulunmaları,
- c) Bu irade beyanlarının içerik itibarıyla birbirine uygun olması.

s.6.

¹⁹⁴ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 148.

¹⁹⁵ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş,, s. 142.

¹⁹⁶ Abdul Majid. Aloeciz Fi Alnıziriya Alaama Lileltizam Fi Alkanun, s. 129.

¹⁹⁷ Al-Hâkim, Abdülmecid. Borçlar Hukuku Açıklaması, s. 164.

¹⁹⁸ Sanhuri. Vasît fî Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, s. 274.

2.1.1. En Az İki Tarafın Mevcudiyeti

Sözleşme, hukuki niteliği itibarıyla en az iki tarafın karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla meydana gelen bir hukuki işlemdir. Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 1. maddesi açıkça, “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklamalarıyla kurulur” hükmünü getirerek bu ilkeyi pozitif hukuk düzeyinde düzenlemiştir¹⁹⁹. Bu hükümden hareketle, sözleşmenin kurulabilmesi için, taraf sayısının asgari olarak iki olması ve bu tarafların irade beyanlarının uyuşması şarttır. Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) ise, m. 73 ve devamı hükümlerinde akdin kurulması için “iki iradenin karşılıklı ve uyumlu şekilde açıklanması” şartı aranmış; ayrıca bu beyanların hukuken geçerli olması gerektiği vurgulanmıştır²⁰⁰.

Sözleşme, taraflar arasında bir borç ilişkisi doğurur. Borç ilişkisi, bir tarafın (borçlu) diğer taraf (alacaklı) lehine belirli bir edimi ifa etmeyi, diğer tarafın ise bu ifayı talep etmeyi üstlendiği hukuki ilişkidir²⁰¹. Bu bağlamda borç ilişkisi, yapma, yapmama veya verme borcunu içerebilir²⁰². TBK m. 1–2 ile IMK m. 73–75, edimin sözleşmenin esaslı unsurlarından biri olduğunu ortaya koyar.

Borç ilişkisi kural olarak çift taraflıdır; ancak taraflardan biri birden fazla kişi olabileceği gibi, her iki taraf da birden fazla kişiden oluşabilir. Örneğin, alacaklı taraf birden çok gerçek veya tüzel kişiden meydana gelebilir; borçlu taraf ise müşterek borçluluk veya müteselsil borçluluk şeklinde birden çok kişi olabilir²⁰³. Bu durumda borç ilişkisi çok taraflı bir yapıya bürünür ve tarafların hak ve yükümlülükleri, aralarındaki hukuki bağın niteliğine göre değişkenlik gösterir.

Türk hukukunda ehliyet, sözleşmenin geçerlilik şartlarından biridir. TBK m. 9–16, medeni hakları kullanma ehliyeti için ayırt etme gücü, erginlik ve kısıtlı olmama şartlarını düzenlemiştir. Ehliyetsiz kişiler tarafından yapılan sözleşmeler kural olarak hükümsüzdür²⁰⁴. Irak hukukunda ise IMK m. 93–98, sözleşmenin taraflarının medeni hakları kullanma ehliyetine sahip olmalarını şart koşar. Ehliyet eksikliği hâlinde, sözleşme hükümsüz veya iptal edilebilir hale gelir; ancak bu durumda dahi tarafların kusur sorumluluğu gündeme gelebilir²⁰⁵.

¹⁹⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 62.

²⁰⁰ Sanhuri. Vasî fî Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, s. 88-90.

²⁰¹ Nomer, Genel Hükümler, s. 35.

²⁰² Akıncı, Genel Hükümler, s. 39.

²⁰³ Eren, Genel Hükümler, s. 68.

²⁰⁴ Oğuzman/ Barlas, Borçlar Hukuku, s. 48.

²⁰⁵ Sanhuri. Vasî fî Şerh el-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, C. I, s. 92., İsmail, s. 91-94.

Dolayısıyla hem Türk hem Irak hukuk sistemleri, sözleşmenin kurulabilmesi için asgari olarak iki tarafın varlığını ve bu tarafların hukuken geçerli irade beyanında bulunabilmesini arar. Ancak Irak hukukunda, sözleşmenin meşru bir sebebe dayanması ve kamu düzenine aykırı olmaması da ayrıca geçerlilik şartları arasında açıkça ifade edilmiştir (IMK m. 73)²⁰⁶.

2.1.2. Tarafların Karşılıklı İrade Açıklamasında Bulunmaları

Sözleşme hukukunun temel dayanaklarından biri olan sözleşme özgürlüğü ilkesi gereğince²⁰⁷, “sözleşmenin kurulması, tarafların sözleşme ilişkisi kurma yönündeki karşılıklı ve açık irade açıklamalarına bağlıdır ”²⁰⁸. Bu bağlamda, “taraflarca açıklanan iradelerin hukuki sonuç doğurmaya elverişli ve birbirini tamamlayıcı nitelikte olması sözleşmenin varlığı açısından zorunludur ”²⁰⁹.

Her ne kadar irade açıklaması sözleşmenin kurulmasının ön koşulu olsa da yalnızca iradenin açıklanması sözleşmenin meydana gelmesi için yeterli değildir. Ancak irade açıklamasının hiç bulunmaması, sözleşmenin yokluğu sonucunu doğurur²¹⁰. Bu gibi durumlarda, taraflar arasında hukuki bir bağın doğmadığı ve dolayısıyla borç ilişkisinin de kurulmadığı kabul edilir. Bu nedenle, irade açıklaması sözleşmenin varlık şartı olarak değerlendirilmektedir²¹¹.

Sözleşmenin kurulabilmesi için, bir tarafın sözleşme yapma arzusu içeren irade beyanını (icap) diğer tarafa yöneltmesi ve bu beyana muhatap olan kişinin de buna uygun bir şekilde olumlu irade açıklamasında (kabul) bulunması gerekir. İrade açıklamaları, doğrudan

²⁰⁶ Mustafa Al-Tae, “Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler”, Kerbela Hukuk Dergisi, C. 12, S. 1 (2021), s. 115.

²⁰⁷ İlhan, Helvacı, Turkish Contract Law, Cham, 2017, s. 2-4., Eren, Genel Hükümler, s. 43-47; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 24-28; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, s. 30-35.

²⁰⁸ Bazı durumlarda kişi herhangi bir açıklamada bulunmamış olsa da sözleşme kurulmuş sayılabilir. TBK m. 6 hükmü gereğince, önerenin açık bir kabulü beklemek zorunda olmadığı durumlarda, öneri uygun bir sürede reddedilmediği takdirde, sözleşmenin kurulmuş sayılacağı düzenlenmektedir. Bu durumlarda kişinin susması, güven ilkesi doğrultusunda, irade açıklaması olarak yorumlanmaya uygun bir pasif davranış olarak değerlendirilmektedir. Bundan dolayı normatif nitelikte olsa dahi ortada yine bir irade açıklaması olduğuna dair tereddüt yoktur

²⁰⁹ Feyzioğlu, Borçlar, s. 47., Eren, Genel Hükümler, s. 93–96; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 10–12; Tandoğan, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, s. 22–24; S.Tekinay vd., Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, s. 33–35.

²¹⁰ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 255., Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku – Genel Hükümler, s. 38–40; Eren, Genel Hükümler, s. 97–100; Tandoğan, a.g.e., s. 25–26; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 14–15.

²¹¹ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 255.

muhabata yapılmalıdır; sözleşmenin tarafı olması istenmeyen üçüncü şahıslara yöneltilmiş veya ulaşılmış açıklamalar, sözleşmenin kurulması bakımından geçersizdir²¹².

Türk Borçlar Kanunu'nun 3. ve 10. maddeleri, irade açıklamalarının karşılıklı olmasına ve hukuki işlemin ifadesine dair düzenlemeleri içermektedir²¹³. Bu hükümler, sözleşmenin oluşum sürecini, tarafların birinin icapta bulunması ve diğerinin buna uygun kabul beyanı ile sözleşmenin kurulması şeklinde tanımlamaktadır. Öğretide de bu iki aşamalı yapının sözleşme kurmanın klasik yöntemi olduğu genel kabul görmektedir²¹⁴.

İlk olarak yapılan irade açıklaması, zamansal önceliğine binaen “öneri” veya “icap” olarak adlandırılırken; daha sonra yapılan ve teklifi kabul eden irade beyanı “kabul” olarak ifade edilir. Kabul beyanı, öneri sahibine ulaştığı “kural olarak” sözleşme kurulmuş sayılır (TBK m.1)²¹⁵.

Irak hukukunda ise bu ilke benzer şekilde benimsenmiştir. Irak Medeni Kanunu'nun 73. maddesi, akdin iki iradenin karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklanmasıyla kurulduğunu düzenlemektedir. Ayrıca IMK m. 79–81, icap ve kabul kavramlarını ayrıntılı olarak tanımlamakta; icabın belirli bir kişiye veya kamuya yapılabileceğini, kabulün ise icap sahibine ulaşmasıyla bağlayıcı sonuç doğuracağını ifade etmektedir. Irak doktrinde de, akdin kurulabilmesi için irade beyanlarının açık, ciddi ve hukuki sonuç doğurmaya elverişli olması gerektiği, aksi hâlde akdin geçersiz olacağı belirtilmektedir²¹⁶.

Dolayısıyla hem Türk hem Irak hukuk sistemlerinde, karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları, sözleşmenin varlığı için olmazsa olmaz unsur olarak kabul edilmiştir²¹⁷. Her iki hukuk sisteminde de bu süreç, icap–kabul mekanizması üzerine kurulmuş olup, hem yazılı hem sözlü irade açıklamaları aynı hukuki değere sahiptir; ancak şekle bağlı akitlerde yazılı beyan zorunluluğu geçerlilik şartı olarak düzenlenmiştir²¹⁸.

²¹² Hein, Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 2. Auflage, Tübingen, 2015, s.24.

²¹³ Şener, Akyol, Borçlar Hukuku Genel Hükümler I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 66.

²¹⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 179; Aydın Aybay, Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 27; Turgut Akıntürk/Derya Ateş, Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri, Beta, İstanbul, Eylül 2016, s. 23; Ali Naim, İnan/Özge, Yücel, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014, s. 177.

²¹⁵ Akyol, Genel, s.24; Abdulkarim, Yıldırım, Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016, s. 65;

²¹⁶ Abdülmecid İsmail, Şerhü'l-Kanun el-Medenî el-İrakî – El-İltizamât el-Medeniyye, C. 1, Bağdat 2015, s. 92.

²¹⁷ Samiha El-Qadhi, El-Medhal ila'l-Kanun el-Medenî el-İrakî, Bağdat 2018, s. 133-135.

²¹⁸ Al-Taee, “Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler”, Kerbela Hukuk Dergisi, , s. 129.

2.1.2.1. Öneri

Öneri, sözleşmenin kurulmasını amaçlayan, belirli ve açık bir irade açıklamasıdır. Hukuki anlamda bu beyan, tek taraflı ve bağlayıcı nitelikte olup, muhatabın kabulü ile birlikte sözleşmeyi meydana getirme potansiyeline sahiptir²¹⁹. Önerinin hukuki sonuç doğurabilmesi, karşı tarafa yöneltilmiş olması ve sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi gerekmektedir. Zaman bakımından sözleşmeyi doğuracak irade beyanlarının ilki olarak kabul edilen öneri, taraflar arasında kurulacak hukuki ilişkinin temelini oluşturur.

Ancak her öncelikli beyan, öneri niteliği taşımaz. Sadece müzakere başlatmak yahut sürdürmek amacıyla yapılan beyanlar, zamansal olarak önce gerçekleşse bile hukuken öneri olarak değerlendirilmez²²⁰. Aynı şekilde, tarafların karşılıklı irade açıklamaları arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurulmadığı durumlarda da bu açıklamalardan birinin öneri olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²²¹. Nihayetinde taraflar arasında sözleşmenin kurulmuş olması halinde, bu tür bir sıralama zorunluluğu ortadan kalkmaktadır. Önemli olan, sözleşmenin kurulması için gerekli olan karşılıklı irade beyanlarının bulunmasıdır²²².

Öneri, muhataba yöneltilmiş bir irade beyanı olmalıdır²²³. Bu hususta, önerinin yalnızca içeriğinden haberdar olan muhatabın sözleşmeyi kabul etme iradesi göstermesi beklenir²²⁴. Hukuki etki, önerinin muhataba ulaştığı anda doğar. Bununla birlikte, yöneltilmiş olsa da fiilen muhatabına ulaşmamış bir önerinin içeriği muhatap tarafından öğrenilirse, öneri yine de geçerlilik kazanır ve aynı şekilde sonuç doğurur²²⁵.

Geçerli bir öneri, öneride bulunan kişinin bağlanma niyetini açıkça ortaya koyması, sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi ve bu irade beyanının muhataba ulaşmış olması şartlarına bağlıdır. Bu şartların tamamının varlığı halinde, öneri belirli bir süre boyunca önereni bağlar ve muhataba sözleşmeyi kurma konusunda son kararı verme yetkisi sağlar²²⁶. Ayrıca, sözleşmenin geçerliliği kanunen belirli bir şekle bağlıysa, önerinin de bu şekil şartına uygun olarak yapılmış olması gereklidir²²⁷. Öneriye ilişkin yapısal unsurlar ilerleyen bölümlerde daha ayrıntılı olarak analiz edilecektir.

²¹⁹ Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 58; Eren, Genel Hükümler, s. 219.

²²⁰ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1s. 178.

²²¹ Akyol, Genel, s. 66; Eren, Genel Hükümler, s. 222.

²²² Taşatan, Sözleşmenin Kurulması,, s. 61; Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, s. 179-183.

²²³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 83; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması,, s. 61; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 179; Eren, Genel Hükümler, s. 767.

²²⁴ Müller, a.g.e., Art. 3, s. 12.

²²⁵ Bkz. İpek, Sağlam, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14- 24), İstanbul, 2013, s.99.

²²⁶ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1s. 181.,

²²⁷ Aydın, Zevkliler/Şeref, Ertaş/Ayşe, Havutçu/Murat, Aydoğdu/Emre, Cumalıoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013, 92.

Irak Medeni Kanunu'nda ise öneri (el-icâb), IMK m. 79–81 arasında ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir. Kanun, icabı “sözleşme yapma iradesini kesin olarak ortaya koyan ve esaslı unsurları içeren beyan” şeklinde tanımlar. IMK m. 80’e göre, icap belirli bir kişiye veya kamuya yapılabilir; kamuya yapılan icap, ilan veya duyuru niteliğinde olup, özel bir kabul beyanı ile tamamlandığında bağlayıcı hâle gelir. Ayrıca IMK m. 81, icabın bağlayıcılığını ve geri alınma şartlarını düzenlemekte; kabul beyanının icap süresi içinde yapılmaması hâlinde icabın hükümsüz hâle geleceğini belirtmektedir. Irak doktrininde, icap ve kabul süreci sözleşmenin “en kritik aşaması” olarak kabul edilmekte ve tarafların açık irade beyanlarının zorunluluğu vurgulanmaktadır²²⁸.

2.1.2.1.1. Önerinin Unsurları

a) Bağlanma niyeti

Sözleşme kurmaya yönelik teklif anlamında öneriyi, yalnızca müzakereleri başlatmaya hizmet eden sıradan tekliften ayıran temel unsur, öneride bulunanın bağlanma niyetiyle hareket etmesidir²²⁹. Bu unsur, önerinin bağlayıcılığı ile aynı kavramı ifade etmemektedir; zira önerinin bağlayıcı olabilmesi, öncelikle geçerli bir önerinin mevcudiyetini gerektirir. Bağlanma niyeti, önerinin hukuki niteliğini tayin eden esas unsurlardan biri olup, öneri ile öneriye davet arasındaki ayrımı da ortaya koyar. Bir teklifin öneri niteliği taşıması, teklif sahibinin karşı tarafın kabul beyanı ile hukuken bağlanmayı kabul etmesi durumunda söz konusu olur. Bu hâlde teklif, diğer koşulların da gerçekleşmesi kaydıyla hukuken öneri olarak kabul edilir.

Önerinin bağlayıcılığı ise önerinin muhataba ulaşmasıyla birlikte önerenin geri alınamaz hâle gelmesini ifade eder. Bu iki kavram genellikle iç içe geçse de öneride bulunan kişi önerisinin bağlayıcılığını ortadan kaldırabilir; örneğin, kabul beyanı kendisine ulaşmadan önce önerisini geri alma hakkını saklı tuttuğunu açıkça belirtebilir. Bu durumda öneri bağlayıcı olmaz²³⁰. Ne var ki, böyle bir hüküm saklı tutulsa bile, öneride bulunanın bağlanma niyetinin varlığı, önerinin öneri olarak kabul edilmesine engel teşkil etmez. Zira bağlanma niyetinin tespitinde esas olan, muhatabın kabul beyanı doğrultusunda öneriyi yapan kişinin sözleşmeye taraf olmayı göze alıp almadığıdır.

²²⁸ İsmail, Şerhü'l-Kanun el-Medenî el-İrakî – El-İltizamât el-Medeniyye, C. 1, s. 112-115; El-Qadhi, El-Medhal ila'l-Kanun el-Medenî el-İrakî, s. 141-144.

²²⁹ Kılıçoğlu, Genel, s. 63; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.62; Reisoğlu, Genel Hükümler, s.65.

²³⁰ Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.63; Kılıçoğlu, Genel, s. 62.

Her ne kadar TBK’da öneri kavramı açık biçimde tanımlanmamışsa da öğretide bu konuda görüş birliği bulunmaktadır. Buna göre, öneride bulunan kişinin ciddiyetle hareket etmesi ve önerisinin kabul edilmesi durumunda hukuken bağlanmayı göze alması gerekir. Bu koşulları taşımayan beyanlar ise öneriye davet kapsamında değerlendirilir. TBK m. 8/1’de yer alan, “veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz” hükmü, bağlanma niyeti taşımayan irade açıklamalarının öneri sayılmayacağına işaret eder.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK) “öneri” kavramı açık biçimde tanımlanmamışsa da, öğretide bu konuda büyük ölçüde görüş birliği bulunmaktadır²³¹. Buna göre, öneride bulunan kişinin ciddi bir irade ile hareket etmesi ve önerisinin kabul edilmesi hâlinde hukuken bağlanmayı göze alması gerekir²³². Bu koşulları taşımayan beyanlar ise “öneriye davet” kapsamında değerlendirilir. TBK m. 8/1’de yer alan, “veya işin özelliğinden ya da durumun gereğinden bağlanma niyetinde olmadığı anlaşılırsa, önerisi kendisini bağlamaz” hükmü, bağlanma niyeti taşımayan irade açıklamalarının öneri sayılmayacağına açıkça işaret etmektedir²³³.

Irak Medeni Kanunu’nda ise bu durum IMK m. 79 ve m. 80 hükümlerinde karşılığını bulur. Özellikle m. 79, icabı “ tarafların bağlanma iradesini ortaya koyan kesin beyan” olarak tanımlar; m. 80 ise bağlanma niyeti bulunmayan beyanların yalnızca müzakere daveti sayılacağını belirtir²³⁴.

Bağlanma niyetinin değerlendirilmesinde esas alınması gereken, öneride bulunanın içsel düşüncesinden ziyade, irade beyanının dış dünyaya yansıyan şeklidir. Bu yorumlama süreci güven ilkesi çerçevesinde yapılmalı; irade açıklamasının metni, açıklamanın yapıldığı koşullar ve karşı tarafın bu açıklamayı nasıl anlayacağı dikkate alınmalıdır. Yargıtay da kararlarında bu yönde bir yaklaşımı benimsemekte²³⁵, bir irade açıklamasının öneri mi yoksa öneriye davet mi olduğunun, açıklamanın objektif yorumu ile belirlenmesi gerektiğini ifade

²³¹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 180; Turhan, Esener/Fatih, Gündoğdu, Borçlar Hukuku 1: Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1-48), Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 47-48; Kılıçoğlu, Genel, s. 63; Akıncı, Borçlar, s. 67.

²³² Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 46; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 182; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 65.

²³³ Herdem, Belen, 6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh): Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri, Beta Basım, İstanbul, 2014, s. 47.

²³⁴ Irak Medeni Kanunu, m. 79–80; İsmail, Şerhü’l-Kanun el-Medenî el-İrakî – El-İltizamât el-Medeniyye, C. 1, s. 110-111.

²³⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, T. 06.02.2013.2012/14-606 Esas. 2013/212 Kararı, Karar için bkz. <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları> (Erişim Tarihi: 18.08.2022).

etmektedir²³⁶. Bu anlamda, muhatabın objektif olarak öneride bulunulduğu yönünde bir kanaate ulaşması hâlinde, öneride bulunan kişi bu önerinin sonuçlarına katlanmak zorunda kalabilecektir. Aksi durumda, yani açıklamanın yalnızca müzakereleri başlatma amacı taşıdığı objektif olarak anlaşılırsa, yapılan beyan öneriye davet olarak nitelendirilecektir²³⁷.

b) Sözleşmenin Esaslı Noktalarına Yer Vermesi

Bir irade beyanının öneri niteliğini kazanabilmesi için söz konusu açıklamanın sözleşmenin esaslı unsurlarına yer vermesi gereklidir²³⁸. Bu gereklilik, önerinin belirli ve açık olması koşulu ile de doğrudan ilişkilidir²³⁹. Önerinin içeriğinde yer alan bu esaslı noktalar, kabul beyanı ile birlikte hem önereni hem de muhatabı bağlayıcı bir hukuki ilişkiye sokacak nitelikte olmalıdır.

Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu'nda önerinin içeriğine ilişkin doğrudan bir tanım yapılmamışsa da TBK m. 2/1 hükmü, bu konuda temel bir referans noktası oluşturmaktadır. İlgili düzenleme, tarafların esaslı konular üzerinde anlaşmış olmalarının sözleşmenin kurulması için yeterli olacağını belirtmekte ve ikinci derecedeki hususlarda anlaşma sağlanmamış olsa bile sözleşmenin geçerli şekilde kurulabileceğini ifade etmektedir. Dolayısıyla, bir önerinin de bağlayıcı olabilmesi için, sözleşmenin esaslı noktalarına ilişkin hükümleri içermesi zorunludur²⁴⁰.

Öğretide genel kabul gören görüşe göre, her sözleşme türü için farklılık gösterebilen bu esaslı noktalar²⁴¹, objektif olarak belirlenmelidir. Kanun koyucu, çeşitli sözleşme tipleri için bu objektif esaslı noktaları açıkça düzenlemiştir²⁴². Örneğin, satım sözleşmesinde satış konusu mal ile bedel, bu sözleşmenin objektif esaslı noktalarıdır²⁴³. Ancak yalnızca objektif

²³⁶ Yargıtay HGK, E. 2015/21-2372, K. 2019/1420 (19.12.2019) https://yargi.calismatoplum.org/guven-teorisi/?utm_source=chatgpt.com

²³⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 261; Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 46; Ayan, Genel, s. 144; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 183; Zeynep Damla, Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 6-7.

²³⁸ Jacques, Ghestin/Grégoire, Loiseau/Yves-Marie, Serinet La formation du contrat, LGDJ, Paris, 2013, s. 622; Eren, Genel Hükümler, s. 260; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 180; Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 47; Akıncı, Borçlar, s.67.

²³⁹ Gaël, Chantepie/Mathias, Latina, La réforme du droit des obligations: commentaire theorique et pratique dans l'ordre du Code Civil, Dalloz, Paris, 2016, s. 166; Ghestin/Loiseau/Serinet, La formation du contrat, s. 620.

²⁴⁰ Pierre, Tercier/Pascal, Pichonnaz/H. Murat, Develioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 190.

²⁴¹ Eren, Genel Hükümler, s. 249; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 174; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, Genel, s. 81; Antalya, Genel, s. 235; İnan/Yücel, Genel, s. 173., Akıncı, Borçlar, s. 57., Akıncı, Borçlar, s. 68.

²⁴² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Genel, s. 76; Eren, Genel Hükümler, s. 250.

²⁴³ 76; Eren, Genel Hükümler, s. 260; Zevkliler/Ertas/Havutçu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, Genel, s. 85; Kılıçoğlu, Genel, s. 61., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 7., Akıncı, Borçlar, s. 58.

esaslı unsurlar yeterli değildir; ²⁴⁴ tarafların kendi aralarındaki özel koşullar doğrultusunda önem attettikleri ve birbirlerine bildirdikleri subjektif esaslı noktalar da önerinin içeriğinde yer almalıdır²⁴⁵. Bir başka ifadeyle, taraflardan birinin, belirli bir şartın varlığını sözleşmenin kurulması için vazgeçilmez bir unsur olarak görmesi ve bu durumu karşı tarafa açıkça iletmış olması hâlinde, söz konusu unsur da sözleşmenin esaslı noktası hâline gelir²⁴⁶.

Bu bağlamda, örnek olarak bir alıcının, belirli bir ürün için verdiği fiyat teklifinde²⁴⁷, yalnızca mal ve fiyat gibi objektif esaslı unsurları değil; ²⁴⁸ ürünün teslim şekli, nakliye sigortası veya ilgili masrafların kim tarafından karşılanacağı gibi subjektif esaslı noktaları da belirtmesi mümkündür²⁴⁹. Eğer bu subjektif noktalar, alıcı açısından sözleşmenin kurulması için zorunlu ise karşı tarafın bunları kabul etmemesi hâlinde sözleşme kurulmuş sayılmaz²⁵⁰. Bu yönüyle, öneri yalnızca objektif esaslı noktaları değil, tarafların iradesiyle sözleşmenin kurulması için gerekli görülen subjektif hususları da kapsamalıdır²⁵¹.

Sözleşmenin esaslı noktalarının tespiti, isimli (tipik) sözleşmelerde kanuni düzenlemeler aracılığıyla görece daha kolay bir şekilde yapılabilirken, isimsiz sözleşmelerde bu tespit uygulamaya ilişkin esaslara göre hâkim tarafından yapılır²⁵². Bu gibi durumlarda, uygulamada ve ticari hayatta kabul gören örf ve âdet kuralları ile tarafların niyeti belirleyici olacaktır²⁵³. Örneğin, isimsiz sözleşmelerden biri olan franchise sözleşmesinde, tarafların üstlenmesi gereken yükümlülükler öğretide yaygın olarak kabul gören esaslı noktalar çerçevesinde değerlendirilir²⁵⁴.

Öte yandan, öğretide önerinin sözleşmenin esaslı noktalarını belirli biçimde ortaya koymasından ziyade, bu noktaların belirlenebilir olmasının yeterli olduğu görüşü ağırlık

²⁴⁴ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 79.

²⁴⁵ Kılıçoğlu, Genel, s. 62.

²⁴⁶ Sanem Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008, s. 43; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 176; Yeşim M. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Beta Basım, İstanbul, 2001, s. 118, Yeşim M. Atamer, “Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt: LXIII, Sayı: 1-2, 2005, s. 177.

²⁴⁷ Osman Berat, Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması, Beta Basım, İstanbul, 1995, s. 8-9; Eren, Genel Hükümler, s. 250.

²⁴⁸ Chantepie/Latina, La réforme du droit des obligations: commentaire theorique et pratique dans l'ordre du Code Civil, Dalloz, s. 172.

²⁴⁹ Umut, Yeniocak, Franchise Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 30; Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan ,s. 10-12.

²⁵⁰ Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistemlerin Hukuken Korunması, s. 10.

²⁵¹ Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan, s. 10.

²⁵² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 180; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 180; Serozan, Medeni Hukuk, s.350.

²⁵³ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 180.

²⁵⁴ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 56.

kazanmaktadır²⁵⁵. Esaslı noktaların belirlenebilirliği, tarafların borç altına girerken yükümlülüklerini değerlendirebilmesine olanak tanır²⁵⁶. Bu bağlamda öneri, ilgili hususların ileride nesnel ölçütlerle veya objektif araçlarla belirlenmesine olanak veriyorsa, yine geçerli bir öneri olarak kabul edilir²⁵⁷. Örneğin, satış bedelinin ödeme tarihindeki altın kuruna göre belirleneceği yönündeki bir öneri, ^{258,259}, TBK m. 207/3 hükmü uyarınca yeterli sayılır²⁶⁰. Keza TBK m. 233 hükmü gereğince²⁶¹, bedel belirtilmemiş olsa dahi, rayiç bedel esas alınarak sözleşme kurulabilir.

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması (CISG) da önerinin belirli olması gerektiğini hüküm altına almıştır²⁶². CISG m.14/1'e göre, öneri satış konusu malların, miktarının ve bedelinin belirlenebilir olduğu durumlarda geçerli sayılır²⁶³. TBK'da ise bu tür bir sınırlama olmamakla birlikte, tarafların iradeleri doğrultusunda esaslı noktalar sözleşme türüne göre farklılaşabilir. Ayrıca önerinin ifa yeri ve zamanı gibi unsurları içermesi de tarafların ortak iradeleriyle belirlenebilir ve sözleşmenin kurulmasına temel teşkil edebilir²⁶⁴.

c) Önerinin Muhataba Ulaşması

Bir irade beyanının geçerli bir öneri olarak hukuki sonuç doğurabilmesi için yalnızca sözleşme yapma iradesini içermesi yeterli değildir; aynı zamanda bu beyanın muhataba ulaşmış olması gerekmektedir²⁶⁵. Zira, öneri ancak muhataba ulaştığı anda hukuki sonuçlarını doğurmaya başlar²⁶⁶. Bu bağlamda öğretide, öneriyi “yöneltmesi gereken” bir

²⁵⁵ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 56.

²⁵⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 180; Eren, Genel Hükümler, s. 260; Oğuzman/ Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 65.

²⁵⁷ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel, s. 79.

²⁵⁸ Umut, Yeniocak, Franchise Sözleşmeleri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 30; Gürzumar, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistemlerin Hukukten Korunması, s. 10-12.

²⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 260; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 180., Akıncı, Borçlar, s. 67.

²⁶⁰ Zevkliler/Gökyayla, Özel, s. 41.

²⁶¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel, s. 78.

²⁶² Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 180; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 180; Serozan, Medeni Hukuk, s.350.

²⁶³ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel., s. 180.

²⁶⁴ Süleyman Yılmaz, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (CISG) İlişkin Bazı Meseleler, Ankara: Yetkin Yayınları, 2020, s. 41–55; Selin Sert Sütçü, Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 41–45; Peter Huber/Alastair Mullis, The CISG: A New Textbook for Students and Practitioners, Sellier, München, 2007, s. 72; Sabah Altay, “Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Anlaşması (CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçiş”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 1, 2013, s. 111–136.

²⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 153; Eren, Genel Hükümler, s. 259; Şaban, Kayıhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016, s. 102; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel, s. 83; Antalya, Genel, s. 241; Akıncı, Borçlar, s. 67.

²⁶⁶ Bilgili/Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 42, s. 38; Ayan, Genel, s. 144; İnan/Yücel, Genel, s. 181; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 51.

irade beyanı olarak nitelendiren görüşler olduğu gibi, “ulaşması gereken” bir beyan olarak değerlendiren yaklaşımlar da mevcuttur²⁶⁷. Her iki görüş arasında temel fark, yöneltme ve ulaşma kavramlarının kapsamına ilişkindir.

Yöneltme, önerinin muhatabın öğrenmesini sağlayabilecek araçlarla bildirilmesidir²⁶⁸. Ancak yöneltme tek başına yeterli olmayıp, irade beyanının muhatabın fiilî veya hukukî egemenlik alanına girerek, onun makul koşullarda öğrenebileceği bir şekilde ulaşması gerekir. Bu nedenle, önerinin muhataba ulaştığı, beyanın onun hâkimiyet alanına girmesiyle kabul edilir²⁶⁹. Örneğin, yazılı bir önerinin muhatabın posta kutusuna bırakılması veya elektronik ortamda gönderilen bir mesajın muhatabın e-posta kutusuna düşmesi gibi durumlar, önerinin ulaşmış olduğunu gösterir²⁷⁰. Bu noktada, muhatabın mesajı okuması ya da gerçekten öğrenmiş olması aranmaz; yalnızca makul bir şekilde öğrenebilir durumda olması yeterlidir²⁷¹.

Türk Borçlar Kanunu’nda da önerinin ulaşmasına dayalı hükümler yer almaktadır. TBK m.10/1’e göre, öneren önerisini geri almak istiyorsa, bu geri alma beyanının öneri beyanından önce veya en geç onunla aynı anda muhataba ulaşmış olması gerekir²⁷². Bu düzenleme açıkça ulaşma anının hukuki sonuçlar açısından belirleyici olduğunu göstermektedir. Keza TBK m.5/2 de önerinin zamanında ulaşmış olması gereğini ifade eder.

Öğretide hâkim görüşe göre, önerinin ulaşması, önerenin muhatabın hukukî egemenlik alanına girmesiyle gerçekleşir²⁷³. Bu kapsamda, mektubun posta kutusuna bırakılması, telesekretere mesaj bırakılması ya da faksla gönderilen metnin makinaya ulaşması gibi durumlar, önerinin ulaşmış sayılması için yeterlidir. Önemli olan, beyanın muhatap tarafından öğrenilmesinin mümkün olduğu hâl ve koşulların mevcut olmasıdır. Bu doğrultuda, önerinin ulaşması, yöneltmenin doğal sonucu olarak kabul edilmekte ve önerenin geçerliliği açısından belirleyici nitelik taşımaktadır²⁷⁴.

Bazı özel durumlarda önerinin ulaşması daha karmaşık hâl alabilir. Özellikle önerinin, doğrudan muhataba değil de onun temsilcisine veya haberciye gönderilmesi hâlinde, önerinin ulaştığı kabul edilebilir mi sorusu gündeme gelir. Temsilciye yapılan beyanlar, onun yetkisi

²⁶⁷M. Kemal, Oğuzman Hizmet “İş” Akdinin Feshi, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955, s. 122.

²⁶⁸Eren, Genel Hükümler, s. 63–64., Nomer, Genel Hükümler, s. 71–72.

²⁶⁹Serozan, Medeni Hukuk, s. 322.

²⁷⁰Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 155; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 65.

²⁷¹Eren, Genel Hükümler, s. 134; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 143.

²⁷²Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 153; Eren, Genel Hükümler, s. 259.

²⁷³Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 146; Eren, Genel Hükümler, s. 138.

²⁷⁴Eren, Genel Hükümler, s. 265.

dâhilindeyse muhataba yapılmış sayılır²⁷⁵. Ancak haberciye yapılan bildirilerde, haberci yalnızca bir iletim aracıdır ve kendi iradesi bulunmadığından, muhataba ulaşma anı daha dikkatli değerlendirilmelidir²⁷⁶. Özellikle yazılı beyanlarda, haberci (Haberci, hukuki işlemde taraf olmayan, yalnızca bir irade açıklamasını karşı tarafa iletmekle görevli üçüncü kişidir. Haberci, irade beyanının içeriğini değiştirme yetkisine sahip değildir; yalnızca iletim aracıdır²⁷⁷.) beyanı muhatabın egemenlik alanına ulaştırırsa, öneri o anda ulaşmış sayılır. Sözlü beyanlarda ise bu durum daha karmaşık hâl alır; çünkü sözlü önerinin haberci tarafından doğru ve zamanında iletilip iletilmediği her zaman kesin biçimde tespit edilemeyebilir²⁷⁸.

Öte yandan, önerinin ulaşmasına ilişkin bu koşulların sağlanmaması durumunda, öneri hukuki sonuç doğurmaz ve muhatap tarafından kabul beyanında bulunulsa dahi geçerli bir sözleşme kurulmaz²⁷⁹. Ancak öneren, önerisinin ulaştığını zannederek makul bir süre içinde bu öneriyle bağlı kalabilir²⁸⁰. TBK m.5 gereğince, önerisinin muhataba ulaşmadığını bilmeyen öneren, belirttiği süre içinde veya süre belirtilmemişse makul bir sürenin sonunda bağlılıktan kurtulur²⁸¹.

Türk Borçlar Kanunu m. 1 uyarınca sözleşme, tarafların birbirine uygun irade beyanlarıyla kurulur. Bu beyanlardan ilki olan öneri, ancak muhatabın tasarruf alanına (hakimiyet alanına) girdiği anda hüküm ve sonuç doğurur²⁸². Dolayısıyla önerinin yalnızca hazırlanmış veya gönderilmiş olması yeterli değildir; muhatabın fiilen ulaşabileceği bir konuma varması gerekir²⁸³. Örneğin, yazılı bir önerinin muhatabın evine veya işyerine teslim edilmesiyle öneri geçerlilik kazanır ve hukuki sonuçlarını doğurmaya başlar²⁸⁴.

Yargıtay da örtülü veya açık önerilerin muhataba ulaşmasını arar ve bu noktada örneğin evdeki hizmetli veya işyerindeki sekreteri "haberci" olarak değerlendirerek önerinin bu kişilere ulaştığında da geçerli olabileceğine hükmeder²⁸⁵. Ancak sözlü önerilerde veya öneri haberciye iletilmişse, önerinin ne zaman geçerli sayılacağı, öğretide farklı yorumlara

²⁷⁵ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 632.

²⁷⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 171; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 633.

²⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 120.

²⁷⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 143.

²⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 162.

²⁸⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 143; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 160.

²⁸¹ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 161.

²⁸² Kocayusufpaşaoğlu, s. 161.

²⁸³ Eren, Genel Hükümler, s. 144.

²⁸⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 163.

²⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 163.

konu olmaktadır²⁸⁶. Uygulamada genellikle "haberciye ulaşan öneri, hayatın olağan akışı içinde muhataba ulaşacağı varsayılan anda" geçerli sayılmaktadır²⁸⁷.

Irak Medeni Kanunu'nun 87. maddesi, sözleşmenin kurulması için tarafların karşılıklı ve uyumlu irade beyanlarında bulunmalarını şart koşar²⁸⁸. Bu bağlamda, önerinin yalnızca yapılması değil, karşı tarafça öğrenilebilir hale gelmesi, yani muhatabın bilgi alanına girmesi, şarttır. Özellikle IMK m.94 ve m.96'ya göre, bir beyanın hüküm doğurması için muhataba ulaşmış olması gerekir²⁸⁹.

Irak hukukunda yazılı beyanların geçerliliği için, bu beyanın muhatabın tasarruf alanına—örneğin evine veya iş yerine—ulaşmış olması gereklidir. Yani yazılı öneri ne zaman muhatabın hemen erişebileceği bir konumdaysa, o anda hukuki sonuç doğurmaya başlar. Buna karşılık, sözlü önerilerde durum hassastır: önerinin geçerliliği ancak haberci aracılığıyla muhataba fiilen iletilmesiyle mümkün olur; bu da beyanın anlaşılabilirliği ve doğru iletimi sorunlarını gündeme getirir²⁹⁰.

Aynı ilke Türk hukuku açısından da Yargıtay kararlarında yer almaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, fesih bildiriminde bulunulmasının hukuki sonuç doğurabilmesi için bu bildirimin muhataba ulaşmış olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, bir irade beyanı—özellikle yazılı nitelikteki fesih bildirimleri—muhatabın etkili erişim alanına girdiği anda geçerlilik kazanır.

Her iki hukuk sistemi de önerinin sadece açıklanmış değil, muhataba ulaşmış olmasını sözleşmenin geçerliliği için gerekli görmektedir. Ancak Türk hukuku, Yargıtay içtihatları aracılığıyla daha fazla esneklik tanırken; Irak hukuku, özellikle fiilî bildirim ve öğrenilebilirlik şartını daha sıkı aramaktadır. Özellikle sözlü önerilerde, Irak hukukunda önerinin geçerliliği için haberci tarafından muhataba iletiliğinin daha somut şekilde ortaya konması beklenmektedir.

Türk hukuk doktrininde kabul beyanının açık ya da örtülü şekilde gerçekleştirilebileceği yönünde genel bir uzlaşa bulunmasına rağmen, özellikle öneri bakımından bu ayrımın ayrıntılı şekilde incelendiği çalışmalara sınırlı düzeyde

²⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 134; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 143; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, N. 497.

²⁸⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 134; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 143.

²⁸⁸ Al-Sanhuri, Vasit – Yeni Medeni Kanunun Şerhi, Genel Olarak Borçlar Teorisi, Cilt 1: Borcun Kaynakları, Dar al-Nahda al-Arabiya, Kahire, 1968, s. 125–128.

²⁸⁹ Zana Seror ABDULKHAHEQ, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kurulması:Irak Sözleşme Hukuku ile İngiliz Sözleşme Hukuku Arasında Karşılaştırma, Nera East Üniversitesi,Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı,Yüksek Lisans Tezi, Nicosia, 2016, S. 42.

²⁹⁰ El-Sanhuri, el-Vasit fi Şerh el-Kânûn el-Medenî el-Cedîd, Cilt 1, s. 392–394.

rastlanmaktadır. Yargıtay içtihatlarında ise, önerinin açık veya örtülü biçimde yapılabileceğine ilişkin ifadeler yer almakta ise bu görüşlerin çoğunlukla somut bir uyuşmazlığa dayanmadan genel yorumlar şeklinde ortaya konulduğu görülmektedir. Bununla birlikte, borcun üstlenilmesine ilişkin olarak Türk Borçlar Kanunu'nun 196. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca verilen 2004 tarihli bir Yargıtay kararında²⁹¹, önerinin örtülü biçimde gerçekleşebileceği yönünde açık bir değerlendirme yapılmıştır.

Anılan hükmün birinci fıkrası, borcu üstlenen ile alacaklı arasında kurulan sözleşme ile asıl borçlunun borcundan kurtulacağını düzenlemektedir. Buna karşılık ikinci fıkrasında ise, iç üstlenme sözleşmesinin üstlenen tarafından yahut onun izniyle borçlu tarafından alacaklıya bildirilmesinin, dış üstlenme sözleşmesinin yapılmasına yönelik bir öneri teşkil ettiği ifade edilmektedir. Yargıtay da bu hüküm doğrultusunda, iç üstlenme sözleşmesinin alacaklıya bildirilmesini, dış üstlenmeye yönelik olarak yapılmış örtülü bir öneri olarak değerlendirmiştir. Bu yaklaşım, önerinin yalnızca açık bir irade açıklamasıyla değil, aynı zamanda örtülü şekilde de yapılabileceğini kabul etmekte ve irade beyanlarının kapsamını geniş bir yorum çerçevesinde ele almaktadır.

Açık ve örtülü irade açıklamaları ayrımında ağırlıklı olarak teorik alanda tartışmalar söz konusu olmaktadır. İrade beyanlarının tümünde, açıklamanın yapıldığı andaki hal ve şartların da dikkate alınması gerektiği düşünüldüğünde, tarafların sözleşme kurma yönündeki iradelerini yalnızca açık biçimde değil, örtülü şekilde de ortaya koyabilecekleri kabul edilmektedir²⁹². Bununla birlikte, öğretide bazı sözleşmelerin örtülü irade açıklamalarıyla kurulmasının hukuki güvenlik açısından kuşku doğurduğu belirtilmiştir. Bu kapsamdaki sözleşmeler arasında özellikle kredi açma sözleşmeleri örnek gösterilmektedir. Nitekim, öğretide bu tür sözleşmenin bankaya önemli bir yükümlülük yüklemesi nedeniyle, söz konusu yükümlülüğün açık bir irade beyanı ile üstlenilmesinin gerekli olduğu savunulmaktadır²⁹³.

Ancak Yargıtay uygulaması bu görüşten farklılık göstermektedir²⁹⁴. Yargıtay, 12.04.1993 tarihli bir kararında, müşterinin karşılığı olmayan çek keşide etmesini²⁹⁵, bankaya yöneltilmiş örtülü bir kredi talebi, dolayısıyla örtülü bir öneri olarak değerlendirmiştir. Kararda, önerinin diğer esaslı unsurları bakımından da bir eksiklik bulunmadığı ifade

²⁹¹ Yargıtay 19.HD., T. 04.06.2004. 2004/12767 E., 2005/6096 K. Karar için bkz. <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları> (Erişim Tarihi: 18.08.2022).

²⁹² Burak, Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 219.

²⁹³ Eren, Genel Hükümler, s. 156–158.

²⁹⁴ Burak, Özen, Kredi Açma Sözleşmeleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 156.

²⁹⁵ Yargıtay 19HD, 1993/8685 E., 1993/7807 K. Karar için Bkz. Cengiz, Kostakoğlu, Banka kredileri tüketici ve konut kredileri ile kredi kartlarından doğan uyuşmazlıklar: itirazın iptali ve menfi tesbit davaları, Beta Basım, İstanbul, 2013, s. 80-81.

edilmiştir. Şöyle ki, müşteri çeki keşide ettiğinde, çek tutarının banka tarafından ödenmesini istediğinden, bağlanma niyeti açısından eksiklik yoktur. Ayrıca, kredi limitinin çek tutarı ile belirli olması da edimin belirlenebilirliğini sağlamaktadır. Kredi türü ise, öneren tarafından muhataba bırakılmıştır. Bu durumda banka, dilerse karşılıksız çeki ödeyerek nakdi kredi sağlar veya tutarı bloke ederek nakdi olmayan kredi açar. Öneride açıkça faiz oranı belirtilmemişse dahi, benzer kredi işlemlerindeki oranlar esas alınabilir. Bu bağlamda müşterinin davranışının öneri olarak nitelendirilmemesi için hukuki bir engel bulunmamaktadır.

Buna karşılık Yargıtay'ın 24.04.1998 tarihli kararında²⁹⁶, bankanın bir kişinin hesabına gönderilen parayı başka bir kişinin hesabına geçirmesini ya da mükerrer ödeme yapmasını, örtülü şekilde kredi kullandırma yönünde bir irade açıklaması olarak değerlendirdiği görülmektedir. Ancak burada sözleşmenin kurulduğundan bahsedilemez²⁹⁷. Çünkü bankanın söz konusu işlemleri gerçekleştirirken bir kredi açma sözleşmesi kurma iradesi bulunmamaktadır²⁹⁸. Ayrıca güven ilkesi çerçevesinde de müşterinin, bankanın bu davranışlarını kredi sözleşmesi önerisi olarak değerlendirmesi mümkün değildir. Nitekim Yargıtay, daha sonraki içtihatlarında bu yaklaşımından dönerek, bankaya yapılacak ödemenin kredi açma sözleşmesine değil, sebepsiz zenginleşmeye dayandığını belirtmiştir²⁹⁹.

Sonuç olarak, önerinin geçerli ve bağlayıcı hâle gelebilmesi için, sözleşme kurma iradesi taşıması, sözleşmenin esaslı unsurlarını içermesi ve en önemlisi, bu irade açıklamasının muhataba ulaşması gerekir. Ulaşma anı, önerinin muhatabın egemenlik alanına girdiği ve makul surette öğrenilebilecek hâle geldiği andır. Bu koşullar sağlanmadan yapılan irade açıklamaları, hukuken öneri niteliği kazanamaz ve sözleşmenin kurulmasına zemin oluşturmaz.

2.1.2.1.2. Önerinin Bağlayıcılığı

Bir sözleşmenin kurulmasında, teklifin (önerinin) bağlayıcılığı, sözleşme sürecinin güvenliği ve istikrarı açısından temel bir önem taşır. Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) öneri, kural olarak önerenin belirlediği süre boyunca veya süre belirtilmemişse makul bir süre içinde bağlayıcıdır (TBK m. 3, 8)³⁰⁰. Öğretide de, öneride bulunanın bağlanma iradesinin varlığı hâlinde, önerinin kabul süresince geri çekilemeyeceği genel olarak kabul edilmektedir.

²⁹⁶ Yargıtay19HD, 1997/7562 E., 1998/181 K. Karar için Bkz. Kostakoğlu, Kredi, s. 84.

²⁹⁷ Özen, Kredi Açma, s. 163; Özen, İradeyi Gösteren Fiillerle Kredi Açma Sözleşmesinin Kurulması, s. 258.

²⁹⁸ Yargıtay19 HD,1998/371 E., 1998/1314 K. Karar için Bkz. Kostakoğlu, Kredi, s. 139.

²⁹⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 157–158.Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, 18.10.2004 T., E. 2003/12694, K. 2004/9845, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, Erişim: <https://www.kazanci.com>.

³⁰⁰ Bilgili/Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 103.

Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) da benzer bir düzenleme öngörülmüş olup, IMK m. 87'de sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı ve uyumlu irade beyanında bulunmaları şart koşulmuştur³⁰¹. Ayrıca m. 94 ve m. 96 hükümlerine göre, öneri muhatabın bilgi alanına girdikten sonra, önerenin belirli bir süre boyunca bağlayıcı olduğu kabul edilir; bu süre zarfında öneri, önerende tek taraflı olarak geri alınamaz. Irak hukukunda bu bağlayıcılık ilkesinin, sözleşme ilişkilerinde istikrarı sağlama ve tarafların güvenini koruma amacı güttüğü ifade edilmektedir³⁰².

Dolayısıyla, her iki hukuk sisteminde de önerinin bağlayıcılığı, sözleşme sürecinin temel yapı taşlarından biri olup, hem TBK hem de IMK hükümleri ile doktrinde benimsenen ortak bir ilkedir.

Türk hukukunda, TBK m. 3-5 hükümleri çerçevesinde önerinin bağlayıcılığı açıkça düzenlenmiştir. Kural olarak, öneri muhataba ulaştığı anda bağlayıcı hâle gelir. Öneren, belirli bir süre için bu irade açıklaması ile bağlı kalır ve bu sürede gelen kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olur. Özellikle TBK m.3, süreli önerilerde bağlayıcılığın öneride belirtilen süre boyunca devam ettiğini; m.4 ise süresiz önerilerde makul bir süre için bağlayıcılığın devam edeceğini belirtir. TBK m.5'e göre ise öneri geri alınmak istenirse, bu geri alma beyanı en geç öneri ile aynı anda muhataba ulaşmalıdır³⁰³.

Irak hukukunda ise benzer bir yaklaşım Irak Medeni Kanunu'nun 87. maddesi ile benimsenmiştir³⁰⁴. Bu maddeye göre öneri, muhataba ulaştığı andan itibaren bağlayıcı hâle gelir ve öneren, önerisini tek taraflı olarak geri çekemez. Ancak bu bağlayıcılık ya belirlenen bir sürede ya da teamül ve durumun gereğine göre makul bir süre ile sınırlıdır³⁰⁵. Ayrıca, eğer öneren teklifini geri çekme hakkını açıkça saklı tutmuşsa, bu durumda bağlayıcılıktan söz edilemez³⁰⁶.

Her iki hukuk sisteminde de görüldüğü gibi, önerinin bağlayıcılığı kural olarak önerinin muhataba ulaşmasıyla başlar ve belirli ya da makul bir süre ile sınırlıdır. Ancak, önerenin bağlayıcılığı, taraflar arasındaki güven ilişkisini koruyarak sözleşme sürecini dengeleyen bir işlev görmektedir.

³⁰¹ El-Hakim, Şerh el-Kanun el-Medeni: Kitab el-İltizamât, el-Akûd, s. 112–115.

³⁰² Abdülkerim Darajî, El-Vasît fî Şerh el-Kanun el-Medeni el-İraki, Cilt 2, Bağdat, 2015, s. 78–82.

³⁰³ Taştan, Sözleşmenin Kurulması, s. 134; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 44.

³⁰⁴ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 149.

³⁰⁵ Bakri, Şerh el-Kanûn el-Medenî el-İrâkî, s. 203.

³⁰⁶ Abdülmecid, Borçlar Hukuku Açıklaması, s. 155.

³⁰⁷ Akyol, Genel, s.78; Eren, Genel Hükümler, s. 266; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 45; Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altıp, Genel, s. 91; Taştan, Sözleşmenin Kurulması.

a) Süreli önerilerde bağlayıcılık

Türk Borçlar Kanunu'nun 3. maddesi uyarınca, eğer bir kişi önerisinde kabul için belirli bir süre öngörmüşse, bu süre boyunca önerisiyle bağlı sayılır. Söz konusu süre içinde önerene ulaşacak bir kabul beyanı, sözleşmenin kurulması sonucunu doğurur. Ancak bu sürede kabul açıklaması önerene ulaşmazsa, öneren önerisiyle bağlı kalmaktan kurtulur (TBK m.3/1). Bu düzenleme, emredici değil düzenleyici nitelikte olduğundan, öneren teklifinde bu bağlayıcılığı sınırlayıcı ya da kaldırıcı nitelikte açıklamalarda da bulunabilir³⁰⁷. Örneğin, “bu süre içinde önerimi geri çekme hakkım saklıdır” şeklindeki bir kayıtla, öneri süresi içinde dahi öneriden dönebilme imkânını kendisine tanıyabilir. Ancak bu hakkın kullanılması da kabul açıklaması önerene ulaşmadan önce gerçekleşmelidir.

Süreli önerilerde dikkat çeken bir diğer husus, öneride belirlenen sürenin ne kadar "makul" olduğudur. TBK uyarınca öneride bulunmak bir hak değil, fırsat sunmaktır³⁰⁸. Dolayısıyla muhatap, kendisine tanınan sürenin yetersiz ya da makul olmadığı yönünde bir itiraz ileri süremez. Sürenin belirlenmesi, tamamen önerenin takdirine bağlıdır³⁰⁹. Bununla birlikte, öneren söz konusu süreyi uzatabilir; bu durum muhatap lehine olduğundan hukuken bir sakınca oluşturmaz³¹⁰. Ancak sürenin kısaltılması yalnızca TBK m.10 çerçevesinde, yani öneri geri alınabilir nitelikte ise ve öneriyle bağlı olunmayacağı önceden belirtilmişse mümkündür³¹¹.

Süreli bir öneride sürenin başlangıç zamanının ne olduğu da önemlidir. Bu konuda öneri metninde açık bir başlangıç tarihi belirtilmişse, süre o tarihte başlar. Örneğin, “Bu teklif 15 Ekim- 30 Ekim 2021 tarihleri arasında geçerlidir” gibi bir ifade söz konusuysa, süre başlangıcı bu tarih olarak dikkate alınır. Aksi takdirde, önerinin gönderildiği tarih ya da muhataba ulaştığı tarih, yorum yoluyla başlangıç tarihi olarak esas alınır³¹².

Irak Medeni Kanunu'nda da önerinin bağlayıcılığına ilişkin hükümler benzer biçimde yer almaktadır. Özellikle madde 87, önerinin muhataba ulaştığı andan itibaren bağlayıcı hâle geldiğini kabul etmektedir. Öneren, açıkça aksi belirtilmediği sürece ve makul bir süre içinde, önerisiyle bağlı sayılır. Irak hukukunda da teklifin süresi belirtildiğinde, öneren bu süre

³⁰⁸ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 60; Ayan, Genel, s. 146; Antalya, Genel., s. 257.

³⁰⁹ Ayan, Genel, s. 146; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 46; Antalya, Genel, s. 257; Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altop, Genel, s. 91.

³¹⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 265; Antalya, Genel, s. 257; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 203; Yıldırım, Genel, s. 69.

³¹¹ Antalya, Genel, s. 257; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 203., Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.125.

³¹² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 202., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 47.

boyunca tek taraflı olarak teklifini geri çekemez; ancak süre sona erdiğinde bağlayıcılık ortadan kalkar. Bu süre içerisinde gelen kabul beyanı ile sözleşme kurulmuş olur.

Bu bağlamda, her iki hukuk sisteminde de süreli öneriler bağlamında önerenin bağlayıcılığına ilişkin temel ilkeler büyük ölçüde örtüşmektedir. Hem Türk hem Irak hukukunda, taraflar arasındaki güvenin sağlanması amacıyla süreli teklifler hukuken koruma altına alınmıştır. Öneri süresi boyunca tek taraflı olarak geri çekilmemesi, sözleşme sürecinde hukuki istikrarı temin eder.

b) Süresiz önerilerde bağlayıcılık

Öneri, sözleşme kurulmasına yönelik irade açıklamalarının ilk adımı olarak, belirli şartlar altında önereni bağlayıcı hâle getirir. Türk Borçlar Kanunu'nda bu bağlayıcılık, önerinin süresine göre değişkenlik göstermekte olup, bu husus TBK m.3, m.4 ve m.5 hükümleriyle ayrıntılı biçimde düzenlenmiştir³¹³. Bu çerçevede, öneren irade açıklamasını muhataba ulaştırdıktan sonra, belirli şartlarda bu beyanı ile bağlı hale gelir ve geri alma hakkını yitirir. Özellikle kabul beyanının kendisine ulaşması durumunda, öneren artık sözleşmenin tarafı olur ve tek taraflı iradesiyle bu durumdan dönemez³¹⁴.

Önerinin bağlayıcılığı ilkesinin özel bir görünümü, belirli bir süre ile sınırlanmış (süreli) önerilerdir³¹⁵. Türk Borçlar Kanunu m.3'e göre, öneren taraf, önerisinde belirli bir süre öngörmüşse bu süre doluncaya kadar önerisiyle bağlı kalır; süre içinde kabul beyanı kendisine ulaşmazsa öneri kendiliğinden hükümsüz hale gelir³¹⁶. Ancak öneri sahibi, süre içinde geri alma hakkını saklı tuttuğunu açıkça belirtmişse, bu süre dolmadan da önerisini geri çekebilir³¹⁷. Sürenin başlangıcı açıkça belirtilmemişse, kural olarak önerinin gönderildiği tarih esas alınır,³¹⁸ uygulamada ise sürenin tespiti çoğu zaman önerinin içeriğinden veya işin niteliğinden yapılacak yorumla belirlenmektedir³¹⁹.

³¹³ Aybay, Genel, s. 28. Gezder Ümit, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Sözleşmenin Kuruluşuna Dair Bazı Değişiklikler ve Yenilikler (YTBK m. 4; m. 7; m. 8)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı- Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 36.

³¹⁴ Erden Kuntalp/Nami Barlas/Ahu Ayanoglu Morali/Pelin Çavuşoğlu Işıntan/Mehtap İpek/Mert Yaşar/Sedef Koç, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, Beta Basım, İstanbul, 2005, s. 17.

³¹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 267.

³¹⁶ Gezder, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Sözleşmenin Kuruluşuna Dair Bazı Değişiklikler ve Yenilikler (YTBK m. 4; m. 7; m. 8)”, s. 36; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 88.

³¹⁷ Akyol, Genel, s. 79; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 197.

³¹⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 267; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 62.

³¹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 197.

Irak Medeni Kanunu'nda da (IMK m.87, m.94, m.96) benzer bir yaklaşım benimsenmiş olup, belirli süreyle bağlı kalan öneren, bu süre doluncaya kadar geri çekme hakkına sahip değildir; ancak öneriye süre konulmamışsa, bağlayıcılık makul bir süreyle sınırlıdır³²⁰. Irak öğretisinde, bu düzenlemenin sözleşme sürecinin istikrarını sağladığı ve tarafların güvenini pekiştirdiği belirtilmektedir³²¹. IMK'da da önerinin bağlayıcılığına ilişkin benzer düzenlemelere rastlanmaktadır. IMK m.87'ye göre, öneri geri alınmadıkça ve kabul beyanı ulaşmadıkça, öneren bu beyanı ile bağlı kalır³²². Ancak IMK m.89 uyarınca, önerinin geri alınması mümkündür; fakat bu geri alma beyanı, kabul beyanından önce muhataba ulaşmalıdır. Aksi hâlde öneren geri alma iradesini geçerli şekilde ileri süremeyecek ve sözleşmenin tarafı haline gelecektir. Bu yönüyle Irak hukukunda önerinin bağlayıcılığı, kabul beyanının ulaşmasına kadar olan sürede geçerli kabul edilmekte, ancak bu süre zarfında önerenin geri alınabilmesi mümkün kılınmaktadır.

Hazır olmayanlar arasında yapılan önerilerin bağlayıcılık süresinin belirlenmesi, çeşitli faktörlerin dikkate alınmasını zorunlu kılar. Bu bağlamda, öneren kişi; önerisinin muhataba ulaşma süresi, muhatabın öneriyi değerlendirmek için ihtiyaç duyacağı makul düşünme süresi ve kabul beyanının önerene dönüş süresi gibi unsurları bir bütün olarak göz önünde bulundurmalıdır. Ancak bu unsurlar çerçevesinde yapılacak değerlendirmeye rağmen, önerinin bağlayıcılık süresine ilişkin kesin ve genel geçer bir hesaplama yapılması mümkün değildir³²³. Zira önerinin kapsamı, karmaşıklığı ve taraflar arasındaki özel durumlar, düşünme süresinin belirlenmesinde farklılık yaratabilir³²⁴. Bu nedenle, her bir öneri bakımından sürenin tespiti somut olayın koşullarına göre ayrı ayrı yapılmalıdır. Şayet belirlenen toplam sürenin sonunda kabul beyanı önerene ulaşmazsa, öneren artık önerisiyle bağlı olmaktan kurtulacaktır³²⁵.

Süresiz önerinin bağlayıcılık süresinin belirlenmesinde karşılaşılan belirsizlikler karşısında, kanun koyucu TBK m. 5/2 hükmüyle önereni belli ölçüde koruma altına almıştır. Bu hükme göre, öneri muhatabına geç ulaşsa bile, eğer öneren bu gecikmeden haberdar değilse, öneri zamanında ulaşmış sayılacak ve öneren, öngördüğü süreden daha uzun süreyle önerisiyle bağlı tutulmayacaktır³²⁶. Söz konusu düzenleme, muhatap açısından da haksız bir durum yaratmaz; zira çoğu durumda muhatap, önerinin geç ulaştığını fark edebilir ve

³²⁰ Al-Khoei, Aloeciz Fi Alnıziriya Alaama Lileltizam Fi Alkanun, s. 112–114.

³²¹ El-Sanhuri, Vesiletü'l-Burhan fî Şerh el-Kanun el-Medeni el-İraki, s. 221–224.

³²² El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 150.

³²³ Esener /Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 53.; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 50; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 194.

³²⁴ Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 53; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 194.

³²⁵ Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 607.

³²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 199., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 51.

sözleşmenin akdine ilişkin risklerin bilincindedir. Ancak, önerinin gecikmeli ulaşacağını bilen veya bu durumu bilebilecek konumda olan öneren açısından bu koruma hükmü uygulanmayacak; bağlayıcılık süresi, gecikme dikkate alınarak tayin edilecektir³²⁷. Ayrıca, TBK m. 5/2'den yararlanmak isteyen önerenin, önerisini usulüne uygun biçimde ve dikkatle kendi hakimiyet alanından çıkarması gerekir³²⁸. Örneğin, muhatabın adresini hatalı ya da eksik yazan bir önerenin, önerisinin ulaşmaması halinde bu düzenlemeden yararlanamayacağı açıktır; böyle bir durumda öneri muhataba ulaşmaz ve hukuki bir sonuç doğurmaz³²⁹.

TBK m. 5/3 hükmü ise, kabul beyanının geç ulaşması halinde sözleşmenin kurulmasına engel teşkil edeceğini belirtmektedir. Ancak bu durum, kabul beyanının içeriği ve zamanlamasına göre bazı istisnaları da mümkün kılar. Özellikle, geç ulaşan kabul beyanı yeni bir öneri olarak değerlendirilir ve ilk öneriyi sunan taraf, bu yeni öneriye yanıt verip vermeme konusunda tamamen serbesttir.

Irak Medeni Kanunu (IMK), önerinin bağlayıcılığı konusunda açık hükümlere sahiptir. IMK m.83, süreli önerilerde önerinin belirlenen süre boyunca geçerli kalacağını; m.84 ise bu sürenin sona ermesiyle önerinin kendiliğinden hükümsüz sayılacağını düzenler³³⁰. Öte yandan, m.82, önerenin muhatabın bilgi alanına ulaşmadan önce geri çekilmesinin mümkün olduğunu; ancak bu durumda geri çekme beyanının muhataba ulaşmadan önce yapılması gerektiğini belirtir. Bu hükümler çerçevesinde, süresiz önerinin bağlayıcılık süresinin “makul süre” ile sınırlandırılması gerektiği Irak doktrinine göre de genel ilkedir³³¹.

Özetle, Irak hukukunda, önerinin geç ulaşması durumunda öneren muhatap geç fark ettiyse yine bu makul sürede geçerli sayılır. Fakat muhataplığı bilen öneren açısından bu koruma uygulanmaz; bağlayıcılık süresi, geç ulaşma göz önünde tutularak sınırlandırılır. Ayrıca, gönderim sırasında oluşan öneren kusuru (örneğin adres hatası) halinde ise öneri muhataba ulaşmadığından hukuki sonuç doğurmaz.

Her iki hukuk sisteminde de önerinin bağlayıcılığı, sözleşme özgürlüğü ilkesi ile güven ilkesi arasında hassas bir denge kurmayı amaçlamaktadır. Türk hukukunda süreli ve süresiz öneriler ayrımı açıkça kanun düzeyinde yapılırken; Irak hukukunda daha çok genel hükümler ve doktrinsel yorumlar çerçevesinde bu ayrım ortaya konulmaktadır. Özellikle Irak

³²⁷Tekinay /Akman /Burcuoğlu /Altop, Genel, s. 90; Oğuzman/ Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 63; Esener/ Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 53.

³²⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 199.

³²⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s.84; Eren, Genel Hükümler, s.765; Feyzioğlu, Borçlar, s.70; Taştan, Sözleşmenin Kuruluşu, s. 66; Ataay, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, s. 234.

³³⁰ Abdulkhaheq, The Formation of Contract for International Sale of Goods: Comparison Between Iraqi Law of Contract and English Law of Contract, s. 66–68.

³³¹ Al-Khoei, Aloeciz Fi Alniziriya Alaama Lileltizam Fi Alkanun, s. 115–117.

hukukunda, önerinin bağlayıcılığı süresi konusunda yazılı bir düzenleme bulunmamakta; bunun yerine teamül, dürüstlük kuralı ve kabul beyanının makul sürede ulaşması gibi ölçütlerle çözüm üretilmektedir.

2.1.2.1.3. Önerinin Hukuki Niteliği

Önerinin hukuki niteliği konusunda öğretilerde farklı görüşler ileri sürülmektedir³³². Bu görüşlerden birincisine konulmalıdır, öneri, tek taraflı bir hukuki işlem niteliği taşımaktadır. Bu yaklaşıma konulmalıdır, öneri, muhataba ulaştığı andan itibaren hukukî sonuç doğuran, önerenin tek taraflı irade beyanı ile meydana gelen bir işlemdir³³³. Öneriyi yapan kişi, önerisinin muhatap tarafından kabul edilmesi hâlinde sözleşmenin kurulacağını bilmekte ve bu ihtimali öngörerek bağlılık iradesiyle hareket etmektedir. Özellikle bazı durumlarda sözleşmenin kurulması için yalnızca karşılıklı irade beyanları yeterli olmayabilir; bu gibi hâllerde de önerinin tek başına hukuki sonuç doğurabileceği kabul edilmekte, dolayısıyla öneriye tek taraflı hukuki işlem vasfı yüklenmektedir³³⁴.

Buna karşılık ikinci bir görüş ise öneriyi, sözleşmenin kurulmasına hizmet eden bir irade beyanı olmakla birlikte, kendi başına hukuki sonuç doğurmayan ve dolayısıyla tek taraflı hukuki işlem olarak nitelendirilemeyen bir unsur olarak görmektedir³³⁵. Bu görüşteki yazarlara göre, bir irade açıklamasının tek taraflı hukuki işlem olarak kabul edilebilmesi için açıklamanın tek başına hukukî sonuç doğurması gerekir. Oysa öneri, kabul beyanı ile birleşmeden önce herhangi bir borç ilişkisi doğurmamakta, yalnızca karşı tarafın kabulüyle sonuçlanan bir sürecin ilk adımını teşkil etmektedir. Buna göre, öneri, sözleşmenin kurulmasına yönelik ilk açıklama olup, ancak karşılıklı ve uygun iradeler birleştiğinde hukukî sonuç doğurmaktadır³³⁶. Dolayısıyla öneri, iki taraflı bir hukuki işlemin, yani sözleşmenin oluşum sürecindeki bir parçadır.

Nitekim öneri, muhataba sözleşme kurma yetkisi tanımaktan ziyade, sadece önerenin sözleşme kurma yönündeki niyetini ve teklifini yansıtmaktadır. Bu nedenle, öneri kabul edilmeden önce, tek başına sözleşmeye ilişkin hak ve yükümlülük doğurmaz³³⁷. Ayrıca, öneride irade sakatlığı (örneğin hata, hile veya ikrah) bulunması hâlinde, sadece önerinin

³³² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s.84; Eren, Genel Hükümler, s.765; Feyzioğlu, Borçlar, s.70; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s. 66; Ataay, Borçlar Hukukunun Genel Teorisi, s. 234.

³³³ Eren, Genel Hükümler, s. 765; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 83.

³³⁴ Hüseyin, Hatemi/ Emre, Gökyayla, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 5. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 14; Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, s. 19; Müller, a.g.e., Art. 3, s. 16;

³³⁵ Müller, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Art. 3. s. 16; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s. 67.

³³⁶ Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, s. 25; Müller, a.g.e., Art. 3. s. 16.

³³⁷ Bkz. Vedat, Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 143.

değil, kurulmuş sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması gerektiği dikkate alındığında, önerinin bağımsız ve tek taraflı bir işlem olarak değil, sözleşmenin bir parçası olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir³³⁸.

Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) önerinin hukuki niteliği açıkça düzenlenmemekle birlikte, genel ilkelere göre değerlendirme yapılabilir³³⁹. IMK m. 87'ye göre, irade bozuklukları söz konusu olduğunda, akdin tamamı geçersiz hâle gelir; bu da, önerinin tek başına hukuki sonuç doğurmadığını, ancak kabul ile birlikte bağlayıcı hâle geldiğini göstermektedir³⁴⁰. Aynı şekilde, IMK m. 78'de, sözleşmenin iki iradenin uyumu ile oluşacağı belirtilmiş olup, önerinin hukuki bağlayıcılığının yalnızca kabul ile mümkün olduğu anlaşılmaktadır³⁴¹. Bu nedenle Irak hukukunda da önerinin, ancak karşılıklı irade açıklamaları ile tamamlanan bir sözleşme işleminin unsuru olduğu yönündeki yaklaşım baskın görünmektedir³⁴².

2.1.2.1.4. Önerinin Bağlayıcılığının Sona Ermesi

Önerinin bağlayıcılığı, daha önce de ifade edildiği üzere, muhatabın kabul beyanını, öneriyle öngörülen süre içinde açıklamaması hâlinde kendiliğinden sona ermektedir. Süreli öneriler bakımından bu durum, TBK m. 3 ile düzenlenmiş olup, sürenin dolmasıyla öneri artık hukuki bir etki doğurmaktan çıkmaktadır. Aynı şekilde, süresiz önerilerde de TBK m. 4 ve m. 5 uyarınca, makul sürenin geçmesi veya önerinin anında kabul edilmemesi durumunda bağlayıcılık ortadan kalkar.

IMK bakımından da benzer bir yapı mevcuttur³⁴³. IMK m. 87'ye göre, eğer taraflardan birinin iradesi geri çekilmiş ya da sözleşme kurma iradesi açıkça reddedilmişse, sözleşme kurulmamakta ve irade beyanı sonuç doğurmamaktadır. Bu çerçevede, öneriye karşılık gelen açık bir ret iradesi söz konusuysa, öneri bağlayıcılığını yitirir. Ayrıca, IMK m. 79 ve devamı maddelerinde, kabul beyanı ile önerinin örtüşmemesi hâlinde, hukuken geçerli bir sözleşmeden bahsedilemeyeceği ve önerinin artık hukukî sonuç doğuramayacağı belirtilmiştir.

³³⁸ Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s. 67.

³³⁹ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 152., El-Senhuri, El-Vasît fî Şerhi'l-Kanûn el-Medenî el-Cedid, Cilt I, Genel Olarak Borçlar Teorisi, s. 312-316.

³⁴⁰ El-Hakim, El-Vecîz fî Nazariyyeti'l-İltizâm fî'l-Kanûn el-Medenî el-İrâkî, Cilt I, s. 145-148.

³⁴¹ Taha Emin, Şerhu'l-Kanûn el-Medenî el-İrâkî: Mesâdirü'l-İltizâm, Bağdat, 1985, s. 201-205.

³⁴² Abdulkhaleq, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kuruluşu: Irak Sözleşme Hukuku ile İngiliz Sözleşme Hukukunun Karşılaştırılması, s. 54-57.

³⁴³ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 152.

Bunlara ek olarak öğretide, önerinin bağlayıcılığının sona ermesine yol açan diğer hâller de incelenmektedir. Örneğin önerenin geri alınması, öneren tarafından kabul açıklamasından önce geri bildirimle muhataba ulaşması şartına bağlıdır (TBK m. 10). Bu durumda öneri, hukuken hüküm ifade etmez. Ancak öneri süresi içinde geri alma beyanı önerene ulaşmamışsa, öneri bağlayıcı olmaya devam eder.

a) Öneriyi geri almak

Türk hukukunda genel ilke, önerinin bağlayıcılığı ve bu bağlayıcılığın tek taraflı olarak ortadan kaldırılamayacağıdır³⁴⁴. Bu bağlamda, öneri yapıldıktan sonra öneren artık bu beyanıyla bağlı hale gelir. Ancak bu mutlak bir kural değildir; Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 10 uyarınca bazı durumlarda öneriden geri dönülmesi mümkündür. Söz konusu maddeye göre, öneri geri alma beyanından önce ya da en geç aynı anda muhataba ulaşmamışsa ya da muhatap öneriden önce geri alma beyanını öğrenmemişse, öneri geçerli sayılır. Diğer bir deyişle, öneri muhatabın hâkimiyet alanına girmeden veya öneriyle eşzamanlı olarak ulaşan geri alma beyanı dikkate alınabilecektir. Buna göre, muhatabın öneriyi öğrenmesinden önce, geri alma beyanının da öğrenilmiş olması gerekir. Geri alma beyanı öneriden sonra ulaşmışsa, yalnızca öneriden önce öğrenilmesi hâlinde geçerli olacaktır³⁴⁵.

Bu düzenleme, öneri nedeniyle muhatapta oluşabilecek sözleşme beklentisinin ve yapılan hazırlıkların korunmasına yöneliktir³⁴⁶. Ancak öneri ve geri alma beyanının aynı anda ulaşması hâlinde, muhatabın korunmaya değer menfaatinin bulunmadığı kabul edilmektedir³⁴⁷. Çünkü bu durumda muhatap, öneri ile birlikte geri alma beyanını da öğrenebilir durumdadır. Dolayısıyla bu senaryoda, geri alma beyanına öncelik tanınmasında sakınca görülmemektedir. Geri alma beyanının geçerli olabilmesi için şekle tabi olması da aranmaz; yani öneri şekle bağlı olsa bile geri alma beyanı şekle tabi değildir³⁴⁸.

Özel durumlar açısından, bazı sözleşme türlerinde kanun koyucu tarafından geri alma konusunda farklı düzenlemelere gidilmiştir. Ancak bu kapsamda Türk Borçlar Kanunu'nda istisna olarak düzenlenmiş tek örnek bağışlama sözleşmeleridir. Nitekim TBK m. 93 gereğince, bağışlayanın önerisini, bağışlanan tarafından kabul edilinceye kadar geri alabilmesi

³⁴⁴ Tercier /Pichonnaz /Develioğlu, Genel Hükümler, s. 192.

³⁴⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 208; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s. 126.

³⁴⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 242-243.

³⁴⁷ El-Senhuri, El-Vasî fî Şerhi'l-Kanûn el-Medenî el-Cedîd, Cilt I, Genel Olarak Borçlar Teorisi, s. 315; El-Hakim, El-Vecîz fî Nazariyyeti'l-İltizâm fî'l-Kanûn el-Medenî el-İrâkî, Cilt I, s. 147.

³⁴⁸ Bilgili /Demirkay, Genel Hükümler, s. 42; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 67; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C.1, s.58; Karakılıç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ders Notları, s. 47; Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.127.

mümkündür. Bu durumda, TBK m. 10'daki genel kurala bir istisna getirilmiş olup, öneri bağışlanana ulaşsa ve öğrenilse bile, kabul beyanına kadar geri alınabileceği öngörülmüştür. Irak Medeni Kanunu'nda ise bağışlama sözleşmesine ilişkin hükümler (IMK m. 635-644) bağışın geçerliliğini yazılı şekle ve teslim şartına bağlamakta olup, önerinin kabulden önce geri alınabilmesine ilişkin açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bununla birlikte, IMK m. 87 ve m. 94'te yer alan genel hükümler uyarınca, kabul beyanı gerçekleşmeden önce önerinin geri çekilebilmesi mümkündür; dolayısıyla Irak hukukunda da bağışlama sözleşmesinde kabul öncesi geri alma imkânı genel kurallar çerçevesinde sağlanmaktadır.

Bununla birlikte, TBK'da öneriden vazgeçmeye ilişkin ayrı bir düzenleme yapılmamıştır. Eğer TBK m. 10'da belirtilen şartlara uygun olarak geri alma yapılmamışsa, bu beyan herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz. Bu durumda muhatap, kabul beyanında bulunarak sözleşmeyi geçerli şekilde kurabilir. Ancak öneren, belirli koşullar altında, örneğin irade bozukluğu (yanılma) iddiası ileri sürerek sözleşmenin iptalini talep edebilir. Fakat bu gibi hallerde önerenin kendi kusurundan kaynaklanan bir durum söz konusu olacağından, muhatapın uğradığı menfi zararları tazmin yükümlülüğü doğabilir.

IMK bakımından ise, önerinin bağlayıcılığı ilkesi benzer şekilde düzenlenmiştir. IMK m. 87 uyarınca, irade beyanının hata, ikrah ya da hile ile bozulmuş olması hâlinde, öneren geri çekilme hakkını kullanabilir. Ancak bu, yalnızca irade sakatlığına dayanan istisnai bir geri çekilme hakkıdır³⁴⁹. Bunun dışında, Irak hukukunda da önerinin muhataba ulaşması ile önerenin bağlayıcılığı başlar ve bu bağlayıcılıktan tek taraflı olarak vazgeçmek mümkün değildir. Hukuki güvenlik ilkesi çerçevesinde, muhatapın bu beyana dayanarak hukuki işlemde bulunacağı beklentisi korunmaktadır³⁵⁰.

b) Önerenin fiili ehliyetini kaybetmesi veya ölümü

Türk Borçlar Kanunu'nda, öneride bulunan kişinin fiil ehliyetini yitirmesi veya ölmesinin, önerinin bağlayıcılığı üzerindeki etkisi açıkça düzenlenmemiştir. Bu nedenle söz konusu durumun ne şekilde değerlendirileceği, hukuk sistemindeki boşluğun doldurulmasına yönelik yorumlarla ortaya konulmaktadır³⁵¹. Bu konuda öğretide genel kabul gören görüş, Türk hukukunun özellikle sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerinde Alman Medeni

³⁴⁹ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 153.

³⁴⁹ Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 123.

Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 112.

³⁵⁰ Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 113.

³⁵¹ Fikret, Genel Hükümler, s. 237-238; İnceoğlu, Murat, Genel Hükümler, s. 92-93.

Kanunu'ndan esinlenmiş olduğu göz önüne alındığında, Alman hukukunda benimsenen sistemin kıyasen uygulanabileceği yönündedir³⁵².

Alman Medeni Kanunu'nda (BGB 130), önerenin ehliyet kaybı veya ölümünün, öneri beyanının bağlayıcılığını ortadan kaldırmayacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu yaklaşımın Türk hukuku bakımından da benimsenmesi mümkündür; zira önerinin muhatabın hâkimiyet alanına girdikten sonra önerende meydana gelen ehliyet kaybı veya ölüm gibi kişisel durumların, öneriyi ortadan kaldırmaması, hukuki güvenlik ve muhatabın menfaatlerinin korunması açısından gereklidir³⁵³. Böylece öneri, önerenin hâkimiyet alanından çıktıktan sonra geçerliliğini korumaya devam eder. Bu çerçevede önerinin, kabul beyanıyla tamamlanarak sözleşmeye dönüşmesi engellenemez.

Öneri verenin ölümünden sonra, mirasçıların söz konusu öneri hakkında tasarrufta bulunup bulunamayacakları sorunu gündeme gelmektedir³⁵⁴. TBK m. 10 hükmü, burada devreye girerek, öneri geri alma beyanının, öneri ile aynı anda veya daha önce ulaşması hâlinde sonuç doğurabileceğini kabul etmektedir³⁵⁵. Bu düzenleme uyarınca, öneri hâlâ muhatabın hâkimiyet alanına ulaşmamışsa, önerenin mirasçıları da sanki öneri kendilerinden çıkmış gibi bir geri alma beyanında bulunabilirler. Bu imkânın kabul edilmesi, Türk hukukundaki külli halefiyet ilkesi (mirasçıların miras bırakanın tüm hak ve borçlarına aynen halef olması) ile de uyumludur³⁵⁶.

Ancak muhatabın öneriyi geri alma beyanından önce öğrenmiş olması hâlinde, bu hak kullanılmaz hâle gelecektir. Dolayısıyla, önerenin muhataba ulaşma veya öğrenilme zamanı, geri alma hakkının kullanılabilirliği açısından belirleyici olmaktadır. Diğer yandan, öneri henüz muhataba ulaşmadan önce öneren kişi fiil ehliyetini yitirmiş ya da ölmüşse, bu durumda önerinin bağlayıcılığı sona erebilir³⁵⁷. Bu ihtimalde, söz konusu teklifin muhataba ulaşma anında artık geçerli bir irade beyanı olmaktan çıktığı söylenebilir³⁵⁸.

³⁵² İnan/Yücel, Genel, s. 188; Zevkliler/Ertas/Havutcu/Aydoğdu/Cumalıoğlu, Genel, s. 100; Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 55.

³⁵³ Serozan, Medeni Hukuk, s. 351.

³⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 210., Taşatan, Sözleşmenin Kurulması, s.126.

³⁵⁵ Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 55.

³⁵⁶ Akyol, Genel, s. 82.

³⁵⁷ Akıntürk/Ateş, Özel Borç, s. 27; İsmail, Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Özel Borç İlişkileri, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014. s. 61; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.210; Ayan, Genel, s. 149; Akıncı, Borçlar, s. 72; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel., s. 92; Antalya, Genel, s.265; Karakılıç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ders Notları, s. 47; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 69; Eren, Genel Hükümler, s. 275; Yıldırım, Genel, s.71., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s.94.

³⁵⁸ Fikret, Genel Hükümler, s. 238; Tandoğan, Haluk, Genel Hükümler, C.1, s. 125.

Ancak tüm bu değerlendirmeler bazı istisnaları da içerir. Özellikle önerenin içeriğinde öneren şahsının bizzat kendisinin ifada bulunmasının beklendiği, yani önerenin kişisel nitelik taşıdığı durumlarda, önerenin ölüm veya fiil ehliyetinin kaybı ile sona erdiği kabul edilmektedir³⁵⁹. Zira böyle bir durumda, mirasçılardan öneriyi sürdürmeleri veya ifayı gerçekleştirmeleri hukuken ve fiilen mümkün değildir. Bu durum, Alman hukukunda da açıkça öngörülmüş olup, sözleşmenin niteliğinden veya ifanın özelliğinden hareketle önerenin kişisel karakteri bulunduğu hallerde, önerenin bağlayıcılığı son bulur³⁶⁰. Buna göre, öneride açık bir hüküm olmasa bile, önerenin kişisel nitelik taşıdığı hallerde sözleşme önerisinin mirasçılar tarafından sürdürülemeyeceği kabul edilmektedir.

Benzer bir yaklaşım Irak Medeni Kanunu bakımından da geçerlidir. IMK m. 78 ve devamında sözleşmenin kurulması için gerekli irade açıklamalarının tarafların ehliyetli olması koşuluna bağlandığı görülmektedir. Ancak öneri sonrasında ölüm veya ehliyet kaybı gerçekleşmişse, önerinin bağlayıcılığı muhatabın güveni ve işlem güvenliği ilkesi doğrultusunda korunur³⁶¹. Öte yandan, önerenin kişisel ifa niteliği taşıdığı durumlarda, Irak hukukunda da mirasçıların bu tür önerileri yerine getirmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, önerenin şahsiliği gerek Türk gerekse Irak hukukunda, önerinin sona ermesine neden olan istisnai bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır.

2.1.2.2. Kabul

Sözleşmenin kurulabilmesi için öneri tek başına yeterli olmayıp, buna karşılık gelen bir kabul irade açıklamasının varlığı da gereklidir. Kabul, öneriye yönelik olarak verilen ve öneriyle örtüşen olumlu bir irade beyanıdır³⁶². Bu irade beyanı, öneri üzerine yapılmakta ve sözleşmenin kurulmasına doğrudan etki etmektedir. Kabul beyanının da tıpkı öneride olduğu gibi bağlayıcılık niyetiyle yapılması ve muhatabına ulaşması gerekir. TBK'nın 10.

³⁵⁹ Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 68.

³⁶⁰ Bu konuda Alman hukukunda açık düzenleme, Alman Medeni Kanunu (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) 153 maddesinde yer alır. BGB §153, “Öneren ölürse veya fiil ehliyetini kaybederse, öneri, aksi açıkça anlaşılmadıkça veya sözleşmenin niteliğinden aksi çıkmadıkça geçerliliğini yitirir” şeklinde düzenlenmiştir. Maddede ayrıca, önerenin kişisel karakter taşıdığı durumlarda ölüm veya ehliyet kaybının otomatik olarak bağlayıcılığı sona erdirdiği vurgulanmaktadır. Bu hüküm, özellikle şahsi edim yükümlülüklerinin (kişinin yalnızca kendisi tarafından ifa edilmesi gereken borçların) söz konusu olduğu hallerde, mirasçılara veya haleflere geçişin mümkün olmaması ilkesine dayanmaktadır., Kayar, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler- Özel Borç İlişkileri, s.63; Oğuzman /Öz, Genel Hükümler, C.1, s.69; Karakılıç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ders Notları, s.48; Yıldırım, Genel, s.72; Bilgili/Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.49; Esener / Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 60; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 68; Akıncı, Borçlar, s. 72.

³⁶¹ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 159.

Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 112.

³⁶² Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 77–79; İnceoğlu, Genel Hükümler, s. 65–67; Nomer, Genel Hükümler, s. 54–56; Yıldırım, Genel Hükümler, s. 69–72; Özen, Genel Hükümler, s. 61–64. Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 95.

maddesinde belirtildiği üzere, kabul beyanı da belirli koşullar altında geri alınabilir. Bu bağlamda, geri alma beyanının öneri ile aynı anda ya da daha önce muhataba ulaşması veya öneriden önce öğrenilmesi durumunda kabul beyanı geçerlilik kazanmayacaktır.

Kabul beyanının şekli, kurulmak istenen sözleşmenin tabi olduğu şekil şartına bağlı olarak değişkenlik gösterir. Şekle tabi sözleşmelerde, kabul açıklamasının da bu şekil şartına uygun biçimde yapılması zorunludur³⁶³. Aksi hâlde, sözleşme şekil eksikliği nedeniyle geçersiz kabul edilir. Ancak bu değerlendirme yapılırken, şekil şartının hangi taraf açısından öngörüldüğü önemlidir. Örneğin, kefalet sözleşmelerinde yazılı şekil şartı yalnızca kefil açısından geçerli olduğundan, alacaklının kabul beyanı şekle bağlı olmaksızın sözleşmeyi doğurabilir. Öte yandan, öneride bulunan taraf kabulün belirli bir şekle bağlı olarak yapılması gerektiğini açıkça belirtmişse ve karşı taraf bu şekle uymadan kabulde bulunmuşsa, bu durum kabulün yokluğu sonucunu doğurur; zira şekil burada önerinin ayrılmaz bir unsuru hâline gelmiştir³⁶⁴.

Kabulün hukuki niteliği, öğretide çeşitli tartışmalara konu olmuştur. Bir görüşe göre, kabul beyanı, sözleşmenin kurulmasına yol açan tek taraflı, yenilik doğuran bir irade beyanı niteliğindedir³⁶⁵. Ancak bu görüşe yöneltile eleştiriler de mevcuttur³⁶⁶. Zira kabul beyanının tek başına hukukî sonuç doğurması, taraflar arasında hiyerarşik bir ilişki (üst/ast ilişkisi) doğurabilecektir³⁶⁷. Oysa sözleşmeler, kural olarak eşit taraflar arasında kurulmaktadır. Ayrıca yenilik doğuran hakların dayanağı genellikle kanun veya daha önceki bir sözleşmedir; kabul beyanı ise önerinin varlığına bağlı olarak ortaya çıkar ve tek başına bir hak doğurmaz³⁶⁸. Bu nedenle kabul beyanının da sözleşmenin kurulması sürecine katkı sunan karşılıklı ve eşit düzeyde bir irade açıklaması olarak değerlendirilmesi gerekir³⁶⁹.

Sözleşmenin kurulması, kural olarak önerinin kabul edilmesiyle gerçekleşir. Kabul, önerenin esaslı unsurlarını aynen ve koşulsuz biçimde benimseyen bir açıklamadır³⁷⁰. Bu kabul beyanı, yazılı veya sözlü şekilde yapılabilir ve öneriye uygun olarak verildiği sürece

³⁶³ Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, s. 219; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 95.

³⁶⁴ Oğuzman / Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 66; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 95; Özen, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, s. 219.

³⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 84–85; Nomer, Genel Hükümler, s. 61–62; İnceoğlu, Genel Hükümler, s. 72–73.

³⁶⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 84; Eren, Genel Hükümler, s. 269; Yıldırım, Genel, s. 72; Akıncı, Borçlar, s. 71; İnan/Yücel, Genel, s. 190; Ayan, Genel, s. 151.

³⁶⁷ Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, s. 143; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 95.

³⁶⁸ Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, s. 145; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 95.

³⁶⁹ Buz, Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, s. 140; Hatemi/Gökyayla, Genel, s. 34.

³⁷⁰ Z, Akhmetov, “Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Sözleşmenin Kurulması” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014, s. 61., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 95.

hukuken bağlayıcı olur³⁷¹. Ancak muhatap öneriye, içerik veya koşulları bakımından bir değişiklik önerisiyle yanıt verirse, bu durum artık bir karşı öneri (counter-offer) niteliği taşır ve önceki öneriyi ortadan kaldırır³⁷².

IMK’da da kabul beyanının geçerliliği, öneriyle tam bir örtüşme göstermesi şartına bağlanmıştır. IMK m.79’a göre, kabul beyanı ancak öneriyle “tam bir mutabakat” (mutabakat tam) oluşturuyorsa sözleşme kurulabilir. Örneğin, bir satım sözleşmesinde öneren, 100 ton buğdayı 500 dolar/ton fiyatla satmayı teklif etmişse, kabul beyanının da miktar, fiyat, teslim tarihi ve diğer esaslı unsurlar açısından tamamen aynı olması gerekir. Kabul beyanında “teslim süresinin uzatılması” veya “fiyatın indirilmesi” gibi yeni şartların eklenmesi, Irak hukukunda da kabul olarak değil, yeni bir öneri (karşı teklif) olarak değerlendirilir (IMK m.79/2).

Buna paralel şekilde Türk Borçlar Kanunu’nda (TBK m. 4), öneriye ek veya değişiklik getiren bir beyanın “kabul” değil, “karşı öneri” niteliğinde olduğu açıkça ifade edilmiştir. Yargıtay da bu konuda istikrarlı içtihat geliştirmiş; özellikle inşaat ve ticari satım sözleşmelerinde, teklif şartlarına aykırı küçük değişikliklerin bile kabul değil, yeni öneri sayılacağını vurgulamıştır. Örneğin, bir ihalede teklif edilen teknik özelliklerin değiştirilmesi talebi, hukuken yeni bir öneri anlamına gelir ve ilk öneren bu yeni öneriyi kabul etmedikçe sözleşme kurulmaz.

Irak hukukunda kabul beyanının şekil şartına tabi olduğu haller de mevcuttur³⁷³. Özellikle resmi şekil şartına bağlanmış sözleşmelerde (örneğin taşınmaz satım sözleşmeleri, IMK m.79, m.81) kabulün yazılı olarak yapılması zorunludur. Aksi halde, taraflar fiilen anlaşmış olsalar dahi, kabul beyanı geçersiz sayılır ve sözleşme kurulmaz. Bu durum, örneğin taşınmazın satışında tarafların sözlü mutabakat sağlamaları ancak resmi tapu işleminin yapılmaması halinde sözleşmenin hiç doğmaması sonucunu doğurur.

Bu bağlamda hem Türk hem de Irak hukuk sistemleri, kabul beyanının şekil, içerik ve zamanlama açısından geçerli olmasını, sözleşmenin kurulmasının olmazsa olmaz unsurları arasında saymaktadır. Kabul beyanının öneriyle tam uyum içinde ve hukuken öngörülen süre ile usule uygun şekilde yapılması, tarafların irade uyuşmasının kesinleşmesini sağlar.

³⁷¹ Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 55.

³⁷² Jan M., Smits, “Convergence of New Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune?” in Comparative Law Handbook: A Handbook (Eds. Özücü E./Nelken, D.), Oxford: Hart Publishing, Oxford, 2007.s. 55.

³⁷³ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 153.

Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 112.

2.1.2.2.1. Açık Kabul

Türk Borçlar Kanunu’nun 1. maddesinin birinci fıkrası gereğince, bir sözleşmenin hukuken geçerli şekilde kurulabilmesi için tarafların karşılıklı irade beyanlarının birbiriyle örtüşmesi gereklidir. Bu nedenle, kabul beyanının, öneriyle tamamen uyumlu olması ve önerinin içeriğini değiştirmeksizin tekrar etmesi beklenir³⁷⁴. Anglo-Amerikan hukuk sisteminde bu kural, “mirror image rule” yani “ayna kuralı” olarak adlandırılır; kabul iradesinin öneriyi olduğu gibi yansıtması zorunludur³⁷⁵. Bu bağlamda, önerinin yeterli derecede açık ve belirli olması gerekir ki, muhatabın yalnızca “evet” demesiyle sözleşme taraflarının irade beyanları örtüşsün.

Bazen önerinin muhatabı, sözleşme yapma iradesini taşımakla birlikte, önerinin içeriğine kendi menfaatlerini veya sözleşmenin ifasını kolaylaştıracak koşulları ekleyebilir. Bu tür bir durumda, yapılan kabul açıklamasının sözleşmeyi kurmaya elverişli olup olmadığı tartışma konusu olur. Kabulün uygun olduğu kabul edilirse, bu kez sözleşmenin içeriğinin nasıl belirleneceği sorunu gündeme gelir. Zira bu durumda sözleşmenin önerideki esaslara mı, yoksa muhatabın eklediği yeni koşullarla birlikte mi kurulduğu konusunda tereddüt oluşabilir. Diğer yandan, yapılan bu tür bir açıklamanın aslında önerinin reddi anlamına geldiği ve yeni bir karşı öneri teşkil ettiği de ileri sürülebilir³⁷⁶.

Öğretide hâkim görüşe göre, öneri metnine yeni unsurlar ekleyen, mevcut hükümleri daraltan veya değiştiren irade açıklamaları, kural olarak önerinin reddi anlamına gelir ve bu tür açıklamalar karşı öneri niteliği taşır³⁷⁷. Örneğin, belli bir miktar paranın belirli faiz oranıyla ödünç verilmesini konu alan bir öneriye, paranın üç ay sonra geri ödeneceğini içeren bir cevap verilirse, bu cevapta yer alan üç ay şartı, önerinin esasını değiştirdiğinden, artık geçerli bir kabulden değil, yeni bir öneriden söz edilir³⁷⁸. Benzer biçimde, belirli sayıda klozetin yedi gün içinde teslim edilmesini içeren bir öneriye, klozetlerin ancak dokuz gün

³⁷⁴ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 193; Eren, Genel Hükümler, s. 270; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 204.

³⁷⁵ Bkz. Ewan McKendrick, Contract Law: Text, Cases and Materials, Oxford University Press, Oxford UK., 2012, s. 81; Rob Schultz, “Rolling Contract Formation Under the UN Convention On Contracts for The International Sale of Goods”, Cornell International Law Journal, Cilt: 35, Sayı: 1, (2001-2002): s. 282; M. G., Bridge, International Sale of Goods, Oxford, Oxford University Press, United Kingdom, 2013, s. 537; Ewan McKendrick, Contract Law, London: Palgrave, 2015, s. 25.

³⁷⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 100–102. Nomer, Genel Hükümler, s. 92–95. İnceoğlu, Genel Hükümler, s. 78–80. Özen, Sözleşmenin Kurulması, s. 155–160., Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), s. 85–88.

³⁷⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 80; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 65; Karakılıç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ders Notları, s. 48; Antalya, Genel, s. 266; Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 61; Bilgili/Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 63; Akıntürk/Ateş, Özel Borç, s. 28; Hasan, Karakılıç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 48.

³⁷⁸ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 94.

içinde teslim edilebileceğinin bildirilmesi hâlinde, aradaki süre farkı sözleşme kurulmasını engeller³⁷⁹. Zira öneri ile kabul arasında mutabakat sağlanamadığından, sözleşmenin kurulması mümkün olmaz.

Türk hukukunda, TBK m. 2/1 hükmü uyarınca sözleşmenin kurulması için tarafların sözleşmenin tüm noktalarında değil, esaslı noktalarında uyuşmaları yeterli kabul edilmiştir. Ancak öğretide, esaslı olmayan gibi görünen unsurların da, tarafların subjektif beklentileri bakımından önem arz ettiği belirtilmiştir. Bu nedenle öneride yer alan her husus, aksi ispat edilene kadar subjektif esaslı nokta olarak kabul edilir. Dolayısıyla, bu hususlarda taraflar arasında anlaşma sağlanamaması, sözleşmenin kurulmasını engelleyebilir. Örneğin, öneride yer alan yedi günlük teslim süresinin dokuz gün olarak değiştirilmesi, kabul beyanını karşı öneri konumuna sokar³⁸⁰. Keza, paranın üç ay sonra ödeneceğini belirten kabul beyanı da, önerinin içeriğini değiştirmemekle birlikte, yeni bir şart öne sürdüğünden, sözleşmenin kurulması için bu şartın da kabul edilmesi gerekir.

Yargıtay da önerinin koşulsuz kabul edilmesi gerektiği yönündeki yaklaşımı benimsemiştir³⁸¹. 1998 tarihli bir kararında, davalının yaptığı yanıt, ek belge gönderilmesi şartına bağlanmış ve belgelerin ulaşmaması hâlinde teklifin dikkate alınmayacağı belirtilmiştir. Davacının bu belgeleri gönderdiğini ispat edememesi nedeniyle, Yargıtay, taraflar arasında geçerli bir sözleşmenin kurulmadığına hükmetmiştir. Bu karar, açıkça davalının verdiği cevabın kabul niteliği taşımadığına işaret eder. Zira belge gönderimi davalının nezdinde sözleşmenin esaslı noktası olarak değerlendirilmiş ve bu husus gerçekleşmediğinden dolayı öneri geçerlilik kazanmamıştır.

Kabul beyanı önerinin içeriğine karşı taraf için esaslı sayılan yeni bir hüküm ekliyorsa veya esaslı noktaları değiştiriyorsa, bu durum önerinin reddi ve karşı öneri teşkil eder. Ancak her durumda bu durum geçerli değildir. Öneren bazı konuları pazarlığa açık bırakmış olabilir ya da muhatap bu konularda eklemeler yaparken bunları esaslı görmeyebilir. Buna karşın, bu tür değişikliklerin iki taraf bakımından da esaslı olduğu durumlarda, kabul beyanı öneriye uygun sayılmaz. Öğretideki bu değerlendirme, irade açıklamaları arasındaki dengeyi ve sözleşme serbestisini korumaya yönelik olup, kabulün gerçekten öneriyi “ayna” gibi yansıtıp yansıtmadığına göre sözleşmenin kurulduğu sonucuna ulaşılmaktadır.

³⁷⁹ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel, s. 80.

³⁸⁰ Zevkliler/ Ertas/ Havutçu/ Aydoğdu/ Cumahioğlu, Genel, s. 86.

³⁸¹ Yargıtay15 HD, T. 22.06.1998. 1998/1692 E., 1998/2706 K, Karar için bkz. <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları> (Erişim Tarihi: 22.08.2022).

Öğretide bazı yazarlar, kabul beyanının öneriyi tamamladığı ya da küçük değişikliklerle sunduğu hâllerde dahi sözleşmenin kurulabileceğini savunmaktadır³⁸². Bu görüş, TBK m. 2/1 hükmüne dayandırılmakta olup, tarafların yalnızca sözleşmenin objektif esaslı noktalarında anlaşmalarının sözleşmenin kurulması için yeterli olacağını ileri sürmektedir. Bu çerçevede, kabul beyanı objektif esaslı noktaları etkilemeyen eklemeler veya değişiklikler içerdiğinde, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu kabul edilmelidir. Ancak bu durumda öneren, yapılan ekleme ya da değişikliğin kendisi bakımından sübjektif esaslı olduğunu ispatladığı takdirde, bu karine çürütülebilecektir. Aksi hâlde, sözleşmenin kurulmuş olduğu varsayımı geçerliliğini sürdürecektir.

Öğretide bazı yazarlar, kabul beyanının öneriyi tamamladığı ya da küçük değişikliklerle sunduğu hâllerde dahi sözleşmenin kurulabileceğini savunmaktadır³⁸³. Bu görüş, TBK m. 2/1 hükmüne dayandırılmakta olup, tarafların yalnızca sözleşmenin objektif esaslı noktalarında anlaşmalarının sözleşmenin kurulması için yeterli olacağını ileri sürmektedir. Bu çerçevede, kabul beyanı objektif esaslı noktaları etkilemeyen eklemeler veya değişiklikler içerdiğinde, sözleşmenin geçerli bir şekilde kurulduğu kabul edilmelidir. Ancak bu durumda öneren, yapılan ekleme ya da değişikliğin kendisi bakımından sübjektif esaslı olduğunu ispatladığı takdirde, bu karine çürütülebilecektir. Aksi hâlde, sözleşmenin kurulmuş olduğu varsayımı geçerliliğini sürdürecektir.

Bu görüşün uygulanabilirliğini göstermek amacıyla, öğretide önerene ait bir malın 100.000 TL bedelle satılmasına yönelik yapılan öneriye karşı, bedelin iki taksitte bir hafta içerisinde ödeneceğine dair cevap verilmesi örnek olarak sunulmaktadır³⁸⁴. Bu durumda, taksitli ödeme şekli önerinin içeriğini esaslı olarak değiştirmedikten, objektif esaslı noktalar yönünden uyuşma bulunduğu kabul edilmekte ve sözleşmenin kurulmuş olduğu ileri sürülmektedir³⁸⁵. Ancak, görüş sahipleri, sözleşmenin kurulabilmesi için üzerinde anlaşma sağlanamayan noktaların sonradan tamamlanmasını da gerekli görmektedir. Kabul beyanında yer alan değişiklik, kabul eden açısından sübjektif esaslı ise, bu hususta mutlaka açık bir uyuşmanın bulunması gerekir. Aksi hâlde, sözleşmenin kurulmuş sayılması mümkün değildir.

Bu yaklaşım, öneren açısından önemli bir ispat yükü doğurduğu için öğretide eleştirilmiştir³⁸⁶. Çünkü öneri sahibi, kabul beyanında yapılan değişikliklerin kendisi için sübjektif esaslı olduğunu somut biçimde kanıtlamak zorundadır. Örneğin, öneride ödeme

³⁸² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 204., Eren, Genel Hükümler, s. 235., Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), s. 98

³⁸³ Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 48.

³⁸⁴ Bkz. Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s.49.

³⁸⁵ Bkz. Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s.49.

³⁸⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 205.

şeklinden hiç bahsedilmemişse bu durum, önerenin ödeme yöntemine önem vermediği anlamına gelmez. Öyleyse, öneri sahibinin bu hususun kendisi açısından esaslı olduğunu ortaya koyabilmesi gerekir. Ancak bu süreç, uygulamada tarafı ağır bir ispat yüküyle karşı karşıya bırakmaktadır. Bu nedenle bazı yazarlar, değişiklik içeren kabul beyanlarının doğrudan geçerli sayılmaması; önce önerene itiraz hakkı tanınması gerektiğini savunmaktadır³⁸⁷.

Türk Borçlar Kanunu m. 2/1 hükmünün kıyas yoluyla uygulanması sonucunda, sübjektif esaslı noktalarda dahi taraflar arasında sözleşme kurulmuş sayılması, hukukî güvenliği zedeleyebilecek bir durum olarak görülmektedir. Kabul beyanının önerideki hususları değiştirerek iletilmesi hâlinde, sözleşmenin kurulması noktasında esas belirleyici, artık önerenin iradesi olmaktan çıkmakta ve yargı organlarının yorumuna bırakılmaktadır. Bu da sözleşme özgürlüğünü zedeleyebilir. Öğretide bu görüşe yöneltlen bir diğer eleştiri ise, taraf iradeleri arasında henüz tam bir mutabakat sağlanmadan hâkimin eksik hususları doldurmak suretiyle sözleşmenin kurulmasına hükmetmesinin, hukuk güvenliği ilkesine ve taraf özerkliğine aykırı olabileceğidir³⁸⁸.

Irak Medeni Kanunu'na göre (IMK), sözleşmenin kurulması için karşılıklı ve örtüşen irade beyanlarının bulunması esastır (IMK m. 73 ve 74). Bu çerçevede, açık kabul beyanı öneriyle tam bir uyum içinde olmalıdır. Eğer kabul beyanı önerideki şartlara yeni hükümler ekliorsa veya mevcut hükümleri değiştiriyorsa, bu durumda Irak hukukunda da sözleşme kurulmuş sayılmaz; zira bu tür bir kabul, esasen yeni bir öneri olarak değerlendirilir (karşı öneri – nazariyyet el-i tibar el-mu ârad)³⁸⁹. Bu yaklaşım, Türk hukukundaki “mirror image rule” kuralıyla benzerlik göstermektedir ve taraflar arasında sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde mutabakat sağlanmadıkça bağlayıcı bir sözleşmeden söz edilemez.

IMK m. 78'e göre, öneriye karşı yapılan ve öneriden ayrılan her kabul beyanı, yeni bir teklif sayılır. Bu durum, özellikle kabulün süre veya miktar gibi esaslı şartlarda değişiklik öngördüğü hâllerde gündeme gelir. Örneğin, öneride belirli bir malın üç gün içinde teslimi öngörülmüşken, kabul beyanında bu sürenin beş gün olarak belirtilmesi durumunda Irak hukukuna göre ilk öneri reddedilmiş ve yeni bir öneride bulunulmuş olur. Bu kural, hem hukuki güvenliğin sağlanması hem de taraf iradelerinin açık ve net bir biçimde örtüşmesini

³⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 205.

³⁸⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 97–99; Nomer, “Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?”, Journal of Yaşar University, , s. 2053–2055; Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), s. 91–93. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 205.

³⁸⁹ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 162.

Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 112.

temin etmek için öngörülmüştür. Ayrıca, kabul beyanında önerinin kapsamını genişleten veya daraltan ifadeler yer alıyorsa, bu durum da sözleşmenin kurulmasını engelleyici bir unsur olarak değerlendirilmektedir.

Türk Borçlar Kanunu'nda TBK m. 5/3 hükmü, süresiz bir öneri karşısında kabul beyanının zamanında gönderilmesine rağmen geç ulaşması hâlinde, önerenin bu durumu hemen muhataba bildirmemesi halinde sözleşmenin kurulmuş sayılacağını düzenlemektedir³⁹⁰. Benzer şekilde Irak Medeni Kanunu'nun 80. maddesi de kabul beyanının gecikerek ulaşması durumuna ilişkin bir düzenleme içermektedir. IMK m. 80'e göre, kabul beyanının gecikmesi hâlinde öneri sahibinin gecikmiş kabulü reddetmek istemesi durumunda, bunu derhal karşı tarafa bildirmesi gerekir. Aksi takdirde, Irak hukukunda da sözleşmenin kurulmuş olacağı kabul edilir. Bu yönüyle her iki sistemde de muhatabın korunması, kabul beyanının geç ulaşmasından dolayı zarar görmemesi amaçlanmakta; dürüstlük ve güven ilkeleri esas alınmaktadır.

Her iki hukuk sisteminde de önerenin, geç ulaşan kabul beyanına rağmen sessiz kalması ya da reddetmediğini açıkça ortaya koymaması durumunda, sözleşme kurulmuş sayılmaktadır. TBK m. 5/3'te yer alan bu düzenleme, özellikle haberleşme gecikmelerinin yaşanabileceği durumlar için getirilmiştir³⁹¹. Benzer şekilde, IMK m. 80 de önerenin, kabul beyanındaki gecikmeyi fark etmesine rağmen bunu bildirmemesi durumunda sözleşmenin kurulacağına hükmetmektedir. Bu düzenlemeler, taraflar arasındaki güveni koruma amacını taşımakta ve kabul beyanının gecikmiş olmasına rağmen önerenin suskun kalması hâlinde muhatabın korunmasını esas almaktadır^{392, 393}.

Irak Medeni Kanunu'na göre (m. 79), kabul beyanı karşı tarafa ulaştığı anda hüküm ifade eder. Kabulün hüküm doğurması için, önerinin hâlâ geçerli olması ve bağlayıcılığını yitirmemiş olması gerekir³⁹⁴. Kabul, öneri süresi içinde yapılmamışsa, sözleşmenin kurulmasına imkân yoktur³⁹⁵. Ancak kabul beyanı süresinde gönderilmiş ve yalnızca haberleşme araçlarının gecikmesi nedeniyle geç ulaşmışsa, IMK m. 80 uyarınca öneren bu durumu derhal muhataba bildirmelidir. Bildirilmediği takdirde sözleşme kurulmuş sayılır.

³⁹⁰ Pierre, Engel, *Traité des obligations en droit suisse dispositions générales du CO*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997, s. 202; Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, s. 81.

³⁹¹ Pierre, Engel, *Traité des obligations en droit suisse dispositions générales du CO*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997, s. 202; Akyol, *Sözleşmenin Yorumu*, s. 81.

³⁹² Eren, *Genel Hükümler*, s. 268; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 199.

³⁹³ Antalya, *Genel*, 262; Kocayusufpaşaoğlu, *Borçlar Hukuku*, s. 200; von Tuhr, *Borçlar*, s. 190.

³⁹⁴ El- Bekri, *Irak Medeni Kanunu'na Giriş*, s. 165., Al-Taie, M. *Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler*, s. 121.

³⁹⁵ Al-Hakim, Mustafa. *Arap Dünyasında Sözleşme Hukuku*, Amman, s. 131.

Böylece Irak hukukunda da muhatabın güveni korunmakta, dürüstlük kuralı çerçevesinde önerenin pasif davranmasının hukuki sonuç doğurmasına neden olunmaktadır³⁹⁶.

TBK m. 5/3 hükmünün temel amacı, süresi içinde kabul beyanında bulunan muhatabın, sözleşmenin kurulacağı yönündeki güvenini korumaktır. Bu güvenin korunabilmesi için muhatabın, kabul beyanının gecikmiş olduğuna dair herhangi bir bilgiye sahip olmaması gerekmektedir³⁹⁷. Zira kabul beyanının geç ulaşmış olması halinde, TBK m. 5/3 hükmünün uygulanabilmesi, muhatabın zamanında yapılan kabul açıklamasının önerene ulaştığını varsayması ve önerenin bu varsayımı ortadan kaldıracak bir bildirim yapmamış olması koşuluna bağlıdır³⁹⁸. Ancak önerinin, muhataba açık bir süre belirtmeksizin yöneltilmesi durumunda, “zamanında gönderilme” ifadesinin ne anlama geldiği tartışmalı hale gelir. Çünkü bu durumda önerinin bağlayıcılık süresinin belirlenmesinde taraflar arasında farklı değerlendirmeler ortaya çıkabilecektir³⁹⁹.

Irak Medeni Kanunu’nda (IMK) bu tür geç ulaşan kabul beyanlarına ilişkin özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, IMK m. 87’de yer alan “kabulün, önerinin süresi içinde yapılması” kuralı uyarınca, kabul beyanının süresi içinde muhatap tarafından gönderilmiş olması yeterlidir; bu noktada sözleşmenin kurulup kurulmadığı, iyi niyet, teamül ve dürüstlük ilkeleri çerçevesinde değerlendirilir. Bu bağlamda Irak hukukunda da TBK m. 5/3’e benzer şekilde muhatabın haklı güveninin korunması gerektiği söylenebilir.

TBK m. 5/3 hükmünün lafzı dikkate alındığında, bu düzenlemenin esasen süresiz önerilere yönelik olduğu anlaşılmaktadır. Ancak bu durum, söz konusu hükmün yalnızca süresiz önerilerle sınırlı şekilde uygulanabileceği anlamına gelmemelidir. Zira önerinin süreli ya da süresiz olmasından bağımsız olarak, taraflar arasındaki menfaat dengesi temelde aynı kalmaktadır. Bu nedenle, ilgili hükmün süreli öneriler bakımından da uygulanabileceği ve bu çerçevede kabul açıklamasının zamanında gönderilmiş olmasının, sözleşmenin kurulmasına etkili olabileceği kabul edilmelidir⁴⁰⁰.

Türk ve Irak hukuk sistemlerinde açık kabul kavramı benzer temellere dayanmaktadır. Her iki sistemde de öneri ve kabul beyanlarının esaslı noktalar üzerinde örtüşmesi gerekmektedir. Kabulde esaslı bir farklılık veya ekleme söz konusuysa, bu kabul değil, karşı öneri olarak değerlendirilir. Her iki hukukta da sözleşmenin kurulması için karşılıklı ve açık

³⁹⁶ Al-Taie, M. Irak Hukukunda Medeni Yükümlülükler ve Sözleşmeler, Karbala Hukuk Dergisi, 2021, s. 112.

³⁹⁷ Akyol, Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması, s. 81.

³⁹⁸ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 199.

³⁹⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 201.

⁴⁰⁰ Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 66; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 203; Karakılıç, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları, s. 45; von Tuhr, Borçlar, s. 190; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 60; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altın, Genel, s. 91.

irade beyanı gerekirken, kabul beyanının önerene ulaşması ve onun bağlayıcılığının devam etmesi esastır. Ayrıca her iki sistemde de, kabul beyanının geç ulaşması durumunda önerenin durumu derhal bildirmemesi hâlinde sözleşmenin kurulmuş sayılması düzenlenmiştir. Bu benzerlikler, özellikle Irak Medeni Kanunu'nun Fransız ve Mısır hukuku etkisiyle birlikte İsviçre hukuk sisteminden de esinlenen Türk hukukuyla yakınlaştığını göstermektedir.

2.1.2.2.2. Örtülü Kabul

Kabul açıklamasının kural olarak herhangi bir şekle bağlı olmaması, muhatabın öneriyi açık ya da örtülü yollarla kabul edebilmesini mümkün kılar⁴⁰¹. Bu bağlamda, TBK m.1/2 hükmü, tarafların irade açıklamalarının açık veya örtülü biçimde gerçekleştirilebileceğini düzenlemiş olup, sözleşmenin kurulmasına bu yollarla zemin hazırlamaktadır. Özellikle kabulün örtülü yollarla gerçekleşmesi, uygulamada sık karşılaşılan bir durum olup, irade faaliyeti ya da susma gibi yollarla kabul yönünde irade ortaya konabilir.

a) İradi faaliyet yoluyla kabul

Kabul beyanının açıkça dış dünyaya yöneltilmediği; ancak muhatabın davranışlarından bu yönde bir irade taşıdığı durumları ifade eder⁴⁰². Örneğin, bir kişinin kitap ciltlemesi için gönderdiği eserlerin, ciltçi tarafından herhangi bir açıklama yapılmadan ciltlenerek iade edilmesi⁴⁰³, örtülü kabul niteliği taşır⁴⁰⁴. Aynı şekilde, satış otomatından ürün alınması⁴⁰⁵ veya otel rezervasyonu sonrası hazırlık yapılması gibi işlemler de⁴⁰⁶ açık beyan olmaksızın gerçekleştirilen ve hukuki sonuç doğurmayı amaçlayan davranışlardır.

Susma yoluyla kabul ise, daha tartışmalı ve sınırlı uygulama alanına sahip bir kabuldür. Genel kural olarak susma, herhangi bir hukuki sonuç doğurmaz; çünkü susan kişinin irade yönünde bir açıklamada bulunduğu varsayılmaz⁴⁰⁷.

b) Susma yoluyla kabul

Türk Borçlar Kanunu'nu TBK m.6 ile TBK m.1/2 arasında görünürde bir çelişki mevcut değildir⁴⁰⁸. Zira TBK m.1/2, sözleşmenin kurulmasında irade açıklamalarının örtülü

⁴⁰¹ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 96–98; İnceoğlu, Genel Hükümler, s. 71–73; Şahin Akıncı, Borçlar Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), s. 99–101.

⁴⁰² Eren, Genel Hükümler, s.138-139; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 145., Taştan, Sözleşmenin Kurulması, s.132.

⁴⁰³ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 145; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 113.

⁴⁰⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 265.

⁴⁰⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 139; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 145.

⁴⁰⁶ Serozan, Medeni Hukuk, s. 324.

⁴⁰⁷ Örnek için Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 205.

⁴⁰⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 271; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s.115; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 146; Akyol, Genel, s. 90., Taştan, Sözleşmenin Kurulması, s.133.

olabileceğini düzenlerken, TBK m.6 ise susmanın kabul sayılabileceği özel durumlara işaret etmektedir⁴⁰⁹. Bu bağlamda, TBK m.1/2 hükmünün irade faaliyeti gibi aktif davranışlarla örtülü kabulü içerdiği⁴¹⁰, TBK m.6'nın ise sadece susmaya yönelik düzenleme olduğu kabul edilmektedir. Böylece her iki hüküm farklı durumları kapsayarak birlikte uygulanabilir hale gelmektedir. Ancak TBK m.6, bu genel kuralın istisnalarını düzenleyerek, “işin özelliği” veya “durumun gereği” gibi hâllerde, susmanın kabul anlamı taşıyabileceğini belirtmiştir. Böylece, sözleşmenin kurulması bakımından susmanın sınırlı hâllerde kabul sayılması mümkün kılınmıştır

Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) temel kural, susmanın öneriyi reddetme anlamına geldiğidir. Nitekim IMK m.87 ve m.89 hükümleri uyarınca, tarafların açık bir kabul beyanı bulunmadıkça sözleşme kurulmuş sayılmaz. Ancak bu kuralın istisnası olarak, kanunda sınırlı hâller öngörülmüştür. Özellikle teamül, işin mahiyeti veya tarafların önceki ilişkileri dikkate alındığında, susmanın kabul anlamına gelebileceği düzenlenmiştir. Bu çerçevede, tarafların açık beyanlarının olmaması hâlinde, yukarıda belirtilen koşulların varlığı durumunda örtülü kabul mümkün olabilir. Bununla birlikte, Türk hukukunda olduğu gibi, susmanın kabul sayılabilmesi için muhatabın susmaya rağmen sözleşme kurma iradesini makul biçimde taşıdığı varsayılmalıdır. Özellikle IMK m.87 ve m.89'da yer verilen hükümler uyarınca, tarafların açık beyanlarının bulunmaması durumunda, teamül, işin mahiyeti veya tarafların daha önceki ilişkileri dikkate alınarak örtülü kabul mümkün olabilir⁴¹¹. Ancak burada Türk hukukundakine benzer şekilde, susmanın kabul sayılabilmesi için muhatabın susmaya rağmen sözleşme kurma iradesini makul biçimde taşıdığı varsayılmalıdır.

Ticari ilişkilerde ve özellikle süreklilik arz eden sözleşme ilişkilerinde susmanın kabul olarak değerlendirilmesi daha mümkün hâle gelir. Örneğin, bir tacirin daha önce yaptığı siparişleri sessiz kalarak kabul eden karşı tarafın, yeni siparişi de aynı şekilde sessiz kalarak yerine getirmesi, kabul anlamı taşıyacaktır⁴¹². Bu örnekler hem Türk hem de Irak hukukunda güven ilkesi ve dürüstlük kuralının (TBK m.2; IMK genel ilkeleri) uygulanması sonucunda kabulün gerçekleştiği hallerdendir.

Susmanın kabul olarak sayılabileceği hâllerde, öneren kişinin muhataba belirli bir süre tanınması ve bu sürede yanıt alamaması üzerine sözleşmenin kurulduğuna inanması mümkündür. Ancak bu sadece işin özelliği, teamül ya da taraflar arası geçmiş uygulamalardan

⁴⁰⁹ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 136; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 147; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 66.

⁴¹⁰ Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 115.

⁴¹¹ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 167.

⁴¹² Eren, Genel Hükümler, s. 87–88;

böyle bir anlam çıkarılabiliyorsa geçerli olacaktır. Aksi takdirde, önerenin muhatabın susmasını kabul sayması dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz ve sözleşme kurulmuş sayılmaz.

Kabul beyanının susma ile gerçekleşip gerçekleşmediği değerlendirilirken, muhatabın susmasının öneren tarafından haklı olarak kabul anlamında değerlendirileceği özel koşulların varlığı aranmalıdır⁴¹³. Bu çerçevede, TBK m.1/2 hükmünde öngörülen dürüstlük kuralı gereği, önerenin, muhatabın susarak öneriyi kabul ettiğini makul bir şekilde düşünebilmesi gerekir⁴¹⁴. Yani öneren, muhatabın açıkça ret beyanında bulunacağı bir durumda olduğunu varsaymamalı, tam tersine susmanın kabul iradesini yansıttığına dair güçlü bir kanaate sahip olmalıdır⁴¹⁵.

Irak Medeni Kanunu'nda da benzer bir yaklaşım söz konusudur. Özellikle IMK m.87, akdin kurulması için taraflar arasında irade uyuşmasının gerekliliğini vurgularken, bu uyuşmanın sadece açık beyanla değil, hâl ve şartların uygunluğu ile de sağlanabileceğini belirtmektedir⁴¹⁶. Dolayısıyla taraflar arasında yerleşmiş bir teamül ya da somut olayın şartları, muhatabın susmasının kabul olarak yorumlanmasına zemin teşkil edebilir.

Susmanın kabul sayılabilmesi için bir diğer önemli koşul, muhatabın gerçekten susma imkânına sahip olmasıdır⁴¹⁷. Eğer muhatap hastalık, kaza, tutukluluk gibi nedenlerle öneriyi zamanında değerlendiremeyecek veya cevap veremeyecek durumda ise, bu susma artık kabul olarak değerlendirilemez⁴¹⁸. Aynı şekilde, önerenin muhataba ulaşmasında yaşanabilecek iletim aksaklıkları ya da yanlış adres bilgileri de susmanın kabul anlamı taşıyabilmesi önündeki engellerdendir⁴¹⁹.

Yine TBK m.6 hükmü kapsamında, önerenin “işin özelliği” gereği açık kabul beklenmemesi gereken durumlarda susma kabul sayılabilir⁴²⁰. Bu noktada örnek olarak, geçmişte sürekli olarak mal alım-satımı gerçekleştirmiş olan iki şirketten birinin siparişe ilişkin yeni öneriye sessiz kalması ve önceki örüntüde olduğu gibi mal gönderimi yapılması hâli verilebilir⁴²¹. Bu tarz uygulamalar, teamülün kabul iradesi doğurduğu ve susmanın örtülü kabul teşkil ettiği haller olarak nitelendirilir.

⁴¹³ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 148.

⁴¹⁴ Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 68; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 117.

⁴¹⁵ Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 68.

⁴¹⁶ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 169.

⁴¹⁷ Bkz. Aybay, Genel., s. 32; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 147.

⁴¹⁸ Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 120.

⁴¹⁹ Akyol, Genel., s. 94; Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 68.

⁴²⁰ Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 120; Aybay, Genel., s. 32.

⁴²¹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 147; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 120.

Irak hukuk sisteminde, özellikle tacirler arasındaki ilişkilerde, tekrarlanan işlem örüntüleri önem taşımaktadır. Uygulamada, bir tarafın sürekli olarak belirli bir türde önerilere yanıt vermemesi ve edimi yerine getirmesi, bu tarafın sonraki önerilere de aynı biçimde yanıt vereceği yönünde meşru bir beklenti doğurur⁴²². IMK’da bu tür örtülü kabul biçimlerine doğrudan atıf bulunmasa da teamül, örf ve âdet kuralları ile birlikte genel dürüstlük ilkesi bu tür kabulleri destekleyebilir.

Bağışlama gibi borç doğurmayan veya karşı tarafa sadece yarar sağlayan sözleşmelerde, susmanın kabul sayılabileceği yönünde öğretide genel bir eğilim mevcuttur⁴²³. Bu, öneriyi kabul etmenin muhatap açısından herhangi bir yükümlülük doğurmadığı durumlarda, susmaya kabul anlamı yüklenmesini daha makul kılar. Ancak bu durum bile, öneride açıkça “açık kabul” istenmemişse geçerli olabilir⁴²⁴. Aksi hâlde, susma fiili bağlayıcı kabul olarak nitelendirilemez⁴²⁵.

Buna karşılık, bazı özel kanuni düzenlemelerde susma açıkça ret anlamı taşıyacak şekilde hükme bağlanmıştır. Örneğin, TBK göre borcun üstlenilmesine ilişkin önerinin belli bir süre verilerek yapılması hâlinde, alacaklının süresinde cevap vermemesi, önerinin reddi anlamına gelir⁴²⁶. Bu hüküm uyarınca susma, işin ya da durumun özelliğine bakılmaksızın ret beyanı sayılır. Bu yönüyle, kanun koyucu tarafından susmanın kabul anlamı taşıması özellikle yasaklanmış olur⁴²⁷.

Irak hukukunda borcun üstlenilmesine ilişkin doğrudan bir hüküm bulunmamakla birlikte, bu konuda da tarafların irade açıklamalarının net olması gereği, Medeni Kanun’un genel ilkelerinden çıkarılabilir⁴²⁸. Özellikle borçlu değişikliğinin önemli hukuki sonuçlar doğurduğu dikkate alındığında, susmanın bu tür işlemlerde kabul anlamı taşıması, hukuki belirsizliklere yol açabileceğinden, kanunen de sınırlı olarak yorumlanmalıdır.

Türk Borçlar Kanunu’nu TBK m.6 hükmü, susmanın kabul olarak değerlendirilebileceği istisnai hâlleri belirlemekle birlikte, bu düzenleme esasen önerinin reddine yönelik uygun sürenin tayinine ilişkindir⁴²⁹. Önerinin süresi içinde reddedilmemesi hâlinde, bazı şartlarda kabul edilmiş sayılabileceği öngörülmüştür. Bu durumda önemli olan, muhatabın, öneriyi zamanında reddetmemesi nedeniyle önerenin bağlayıcılığını sürdürüp

⁴²² El- Bekri, Irak Medeni Kanunu’na Giriş, s. 168.

⁴²³ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 146.

⁴²⁴ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 206.

⁴²⁵ Bkz. Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 66.

⁴²⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 248; Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 66.

⁴²⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 206., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 121.

⁴²⁸ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu’na Giriş, s. 168.

⁴²⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 248; Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 66., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 123.

sürdürmeyeceğidir. Bu süre geçtikten sonra yapılan ret açıklamaları ise hukuken etkisiz kalacaktır⁴³⁰.

Bu bağlamda TBK m.5 ile TBK m.6 arasında bir paralellik kurulabilir⁴³¹. TBK m.5 süresiz önerilerde bağlayıcılığın ne kadar sürdüğünü düzenlerken, TBK m.6 ise bu tür önerilerin susmak suretiyle reddedilmemesi hâlinde ne zaman kabul edilmiş sayılacağını belirlemektedir⁴³². Böylelikle, sözleşme kurulması sürecinde tarafların menfaat dengesi gözetilmekte; muhataba makul bir değerlendirme süresi tanınmakta, ancak bu sürenin aşılması hâlinde önereni belirsizlik içinde bırakmamak amaçlanmaktadır⁴³³.

Irak Medeni Kanunu'nda ise TBK m.6'daki gibi açık bir susma düzenlemesi yer almaz. Ancak IMK m.87 vd. maddeler bağlamında, taraflar arasında teamüle, örf ve adete veya ticari örf kurallarına dayanarak örtülü irade beyanlarının geçerli olabileceği kabul edilmektedir. Bu doğrultuda, Irak hukukunda da muhatabın susmasının belirli durumlarda öneriyi kabul anlamına geleceği, özellikle tacirler veya sürekli işlem ilişkilerinde mümkün görülmektedir⁴³⁴.

TBK m.6 kapsamında “uygun sürenin” tespitinde, muhatabın öneriyi öğrenmesinden sonra sözleşme konusu hakkında düşünmesi, gerekirse karşılık hazırlığı yapması ve önerene yanıt vermesi için gerekli olan makul süre dikkate alınmalıdır⁴³⁵. Bu süre içerisinde muhatabın açık bir şekilde ret beyanı göndermemesi durumunda, bazı hallerde susma fiili öneriyi kabul anlamını taşıyacaktır. Ancak bu durum, sadece susmaya kabul anlamı yüklenmesinin objektif olarak makul görüldüğü hâllerde geçerli olacaktır⁴³⁶.

Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) 6. maddesi uyarınca, kural olarak susma kabul anlamına gelmez. Ancak kanun, tarafların aralarındaki özel ilişki, ticari teamüller veya hukuki işlemten kaynaklanan durumlar sebebiyle susmanın kabul sayılabileceği istisnai hâlleri de tanımaktadır. Özellikle süreklilik arz eden ticari ilişkilerde, tarafların önceki uygulamalarına dayanarak susma, kabul anlamı taşıyabilir. Örneğin, bir tacirin geçmişte yaptığı siparişleri sessiz kalarak kabul eden karşı tarafın, yeni siparişi de aynı şekilde sessiz kalarak yerine getirmesi, TBK m. 6 kapsamında örtülü kabul sayılacaktır. Ayrıca muhatap, susma süresini

⁴³⁰ Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 66.

⁴³¹ Eren, Genel Hükümler, s. 136; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 206.

⁴³² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 206.

⁴³³ Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 66; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 124.

⁴³⁴ El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 169.

⁴³⁵ Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 123.

⁴³⁶ Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 66; Eren, Genel Hükümler, s. 271; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 115.

beklemeksizin açık bir kabul beyanı ile sözleşmenin kurulmasını sağlayabileceği gibi, ifa yoluyla da (örneğin önerilen edimi yerine getirerek) kabul beyanında bulunabilir.

Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) da benzer bir yaklaşım benimsenmiştir. IMK m. 87 ve m. 89 hükümlerine göre, kural olarak susma reddir; ancak tarafların önceki ilişkileri, ticari teamüller veya işin mahiyeti gereği susmanın kabul anlamına gelebileceği kabul edilmiştir. Özellikle sürekli iş ilişkilerinde veya muhatabın susarak kabul edeceğinin açıkça kararlaştırıldığı durumlarda, susma kabul olarak değerlendirilebilir. Ayrıca Irak hukukunda da, muhatabın önerilen edimi fiilen yerine getirmesi (ifa), örtülü kabulün bir biçimi olarak görülmektedir. Böylece her iki hukuk sistemi de, susma ve davranış yoluyla kabulün ancak istisnai koşullar altında geçerli olacağını, bunun dışında kural olarak açık kabul beyanının aranacağını ortaya koymaktadır.

Gecikmiş ret beyanlarının geçerliliği ise oldukça sınırlıdır. TBK m.11/2'ye göre, uygun sürenin sonunda ret beyanı ulaşmamışsa sözleşme kurulmuş kabul edilir⁴³⁷. Bu durumda daha sonra yapılan ret beyanı, artık yeni bir öneri olarak değerlendirilebilecektir. Aynı durumun TBK m.5/3 kapsamında kabul beyanlarının geç ulaşması hâlinde de geçerli olduğu, ancak kabul beyanının gecikmesine rağmen önerenin sözleşmeyi kurucu yönde güven yaratması hâlinde geçerli sayılacağı bilinmektedir⁴³⁸.

Buradan hareketle, TBK m.5/3 hükmünün kabul beyanı için tanıdığı koruyucu yaklaşımın, ret beyanları açısından genişletilerek uygulanmasının mümkün olup olmayacağı öğretide tartışmalıdır. Ret beyanı geç ulaşsa bile, eğer öneren bu beyana rağmen sözleşmenin kurulmadığını karşı tarafa bildirmemişse ve güven ilkesi uyarınca muhatap haklı bir şekilde sözleşmenin kurulmadığını varsaymışsa, gecikmiş ret beyanının da hüküm ifade edebileceği görüşü ileri sürülmektedir⁴³⁹.

Irak hukukunda ise, gecikmiş ret ya da kabul beyanlarının nasıl değerlendirileceğine dair açık hükümler bulunmasa da genel kurallar ve dürüstlük ilkesi çerçevesinde değerlendirme yapılır. Bu bağlamda IMK m.132 ve devamı maddelerinde, sözleşmenin kurulması için gerekli olan açık irade uyuşmasının zamansal olarak gerçekleşmesine önem verilir⁴⁴⁰. Tarafların davranışları, yazışmaları ve teamüle uygun hareketleri çerçevesinde, gecikmiş açıklamaların sözleşmeyi kurucu veya sona erdirici etki doğurup doğurmayacağı belirlenebilir.

⁴³⁷ Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 124.

⁴³⁸ Akyol, Genel, s. 80; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 111.

⁴³⁹ Akyol, Genel, s. 81.

⁴⁴⁰ Al-Samarrai, H. Irak Hukukunda Sözleşme Kavramı, Musul Hukuk Dergisi, s. 71.

2.1.3. Tarafların İrade Açıklamalarının Birbirine Uygun Şekilde Olması

Belirtildiği üzere, sözleşme tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kurulur⁴⁴¹. Bu bağlamda, sadece uygunluk yeterli olmayıp, açıklamaların karşılıklılık unsurunu da taşıması gerekir. Karşılıklılık, sözleşme kurmak isteyen tarafların irade açıklamalarının birbiriyle temas etmesini, bir tarafın irade beyanını, diğer tarafı muhatap olarak belirleyip ona yöneltmesini ifade eder⁴⁴². Ancak, bazı durumlarda bu unsur tek başına yeterli olmayabilir. Nitekim, hazır bulunmayan taraflar arasında yapılan sözleşmelerde önerenin yeni bir beyan ile önceki iradesinden vazgeçmesi halinde, daha önceki önere verilmiş bir kabul beyanı ile sözleşme kurulamaz. Bu nedenle, kabul beyanının hangi öneriye ilişkin olduğu açıkça anlaşılmalıdır⁴⁴³.

Tarafların irade açıklamalarının birbirine uygun olması da şarttır. Ancak burada dikkat edilmesi gereken, tarafların salt içsel iradelerinin uyumu değil, bu iradenin dışa vurulmuş biçimi olan açıklamalarının uyumudur⁴⁴⁴. Her ne kadar ideal olan, iç irade ile irade açıklaması arasında bir farklılık olmaması ise de pratikte önemli olan irade beyanlarının çakışmasıdır⁴⁴⁵. Tarafların iç iradelerinin önceden uyum göstermesi durumunda "fiili uyuşma" söz konusu olur⁴⁴⁶. Bu durum, irade açıklamalarından önce tarafların iç iradelerinin zaten birleşmiş olması anlamına gelir.

Ancak fiili uyuşma, sözleşmenin kurulmasının tek yolu değildir. Tarafların iç iradeleri uyum göstermese bile, irade açıklamalarının uyuşmasıyla "hukuki uyuşma" sağlanabilir⁴⁴⁷. Bu durumda, muhatapın beyanı algıladığı biçim ile beyan sahibinin iç iradesi arasında fark olmasına rağmen, hukuki düzenin koruduğu algı esas alınır. Bu durum, "farazi" ya da "varsayımsal" uyuşma olarak nitelendirilebilir.

Bu bağlamda, taraflardan birinin gerçek iradesine aykırı bir sözleşme kurulmasının meşrulaştırılması, karşı tarafın korunmaya değer güvenine dayanır. Bu da irade açıklamalarının yorumlanmasında "güven ilkesi"nin rol oynadığını gösterir⁴⁴⁸. Sözleşmeler

⁴⁴¹ Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 156.

⁴⁴² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 70; Eren, Genel Hükümler, s. 258; Esener / Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 31; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 142.

⁴⁴³ Eren, Genel Hükümler, s. 78–80; Akıncı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 81–83.

⁴⁴⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 5; Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 24; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 171.

⁴⁴⁵ Engel, Traité des obligations en droit suisse dispositions générales du CO, s. 217; Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 25.

⁴⁴⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 258; Antalya, Genel, s. 224; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 171; Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 24; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 181–183.

⁴⁴⁷ Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 26; Antalya, Genel, s. 225; Eren, Genel Hükümler, s. 246; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 184; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 172.

⁴⁴⁸ Turhan, Esener, "Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti",

hukukunun her aşamasında güven ilkesi önemlidir. Örneğin, önerinin yanlış muhataba yöneltilmesi ya da bir irade beyanının öneri olup olmadığı gibi sorular güven ilkesi çerçevesinde yanıt bulur.

Benzer şekilde, latife beyanı yani şaka yoluyla yapılan açıklama durumunda da güven ilkesi etkilidir. Açıklamayı yapan kişi ciddi bir hukuki irade taşımasa da, karşı taraf bu beyanı ciddiye alacak durumda ise, sözleşme kurulabilir. Burada da güven ilkesine dayalı olarak, açıklamayı yapan kişinin sorumluluğu doğar⁴⁴⁹.

Hatır işlemi ile hukuki işlemin ayrımında da güven ilkesi belirleyicidir. Karşı taraf, söz konusu beyanın hukuki bağlayıcılığına güveniyorsa, bu durumda hatır işlemi değil, hukuki işlemin varlığı kabul edilir. Bu noktada, işlemin ciddiliği, ekonomik değeri ve beyan sahibinin sorumluluğu gibi ölçütler bir arada değerlendirilmelidir⁴⁵⁰.

Ayrıca, sözleşmenin esaslı noktalarının tespiti de güven ilkesine bağlıdır. Tarafların görüşmeleri sırasında önem verdikleri hususların, karşı tarafça da bilinebilecek durumda olması halinde, bu noktalar sözleşme için esaslı sayılır⁴⁵¹.

Irak Medeni Kanunu'nda da benzer ilkeler kabul edilmiştir. Özellikle IMK m.132 hükmü, “akıt, akdi yapanları bağlar” ifadesiyle sözleşmenin taraflar arasındaki bağlayıcılığını ortaya koymakta; m.133 ve devamında ise irade beyanlarının yorumunda karşı tarafın makul anlayışına göre değerlendirme yapılmasını öngörmektedir⁴⁵². Bu yaklaşım, özellikle IMK m.94 ve m.96 ile birlikte değerlendirildiğinde, beyanın muhatabın bilgi alanına girmesiyle hüküm doğuracağı ve taraflar arasında irade uyuşmasının gerçekleşmesinin esas olduğu sonucuna ulaşılır⁴⁵³.

Dolayısıyla hem Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK m.1, m.2/1, m.6) hem de Irak Medeni Kanunu'nda, sözleşmenin kurulması bakımından esas olan unsur, tarafların beyanlarının birbirine uygun düşmesi ve bu beyanlardan doğan haklı güvenin korunmasıdır⁴⁵⁴. Bu ilke, öğretide de, sözleşme serbestisinin ve hukukî güvenliğin temel güvencelerinden biri olarak görülmektedir.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 3, (1952), s. 177; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 344.

⁴⁴⁹ Esener, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, s. 177.

⁴⁵⁰ Hatemi/Gökyayla, Genel, s. 19-20; Serozan, Medeni Hukuk, s. 315.

⁴⁵¹ Turhan, Esener, “Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 16, Sayı: 1, (1959), s. 272; Esener/Gündoğdu, Sözleşmelerin Kuruluşu, s. 39.

⁴⁵² El-Hakim, el-Vasît fî Şerh el-Kanûn el-Medenî el-İrakî: el-İltizâmât el-Âmme, C.1, s. 145-148.

⁴⁵³ Abdulaziz, Şerh el-Kanûn el-Medenî el-İrakî: el-Âkâd ve'l-İltizâmât, s. 201-204.

⁴⁵⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 54-57.

2.1.3.1. İrade Açıklaması Yorum Yöntemleri

İrade açıklamaları, taraflar arasında hukuki sonuç doğurmayı amaçlayan iletişim araçlarıdır; ancak açıklamada bulunan kişinin beyanına yüklediği anlam ile muhatabın bu beyana yüklediği anlam çoğu zaman örtüşmeyebilir. Bu tür anlam farklılıklarının bulunduğu hallerde, söz konusu beyanın nasıl anlaşılması gerektiğinin ortaya konulabilmesi için yoruma ihtiyaç duyulur. İşte bu noktada, irade açıklamalarının yorumlanmasına ilişkin çeşitli kuramlar ortaya çıkmıştır. Bunlardan özellikle “güven ilkesi”, hem öğretide hem de uygulamada baskın ve tercih edilen yöntem olarak kabul edilmektedir⁴⁵⁵.

İrade açıklamasının yorumlanmasına dair geliştirilen başlıca teoriler irade teorisi, beyan teorisi ve güven teorisi şeklinde sınıflandırılabilir. Bu teorilerin her biri, irade açıklamasının hangi anlamda ele alınması gerektiğine dair farklı ölçütler öne sürer.

2.1.3.1.1 İrade Teorisi

İrade teorisine göre, beyan sahibinin açıklamaya yüklediği anlam esas alınmalıdır. Bu yaklaşım, irade serbestliği ilkesine dayanır ve kişilerin sadece gerçekten istedikleri yükümlülük altına girebileceğini kabul eder. Dolayısıyla, kişi içsel olarak bir sonucu arzu etmiyorsa, dış dünyaya yaptığı açıklama hukuken bağlayıcı sayılmamalıdır. Bu teoriye göre, bir kimse istemediği bir sözleşmenin tarafı haline getirilemez; dolayısıyla irade açıklaması, ancak iç irade ile örtüştüğü ölçüde geçerlidir⁴⁵⁶.

Ne var ki, bu yaklaşımın uygulamada ciddi sakıncalar doğurabileceği açıktır. Zira karşı taraf, beyan sahibinin iç dünyasını bilemez ve onun dışa yansıttığı söze ya da davranışa güvenerek hareket eder⁴⁵⁷. Böyle bir durumda, sadece açıklamada bulunan tarafın iç iradesine öncelik verilmesi, karşı taraf bakımından büyük bir güvensizlik yaratır. Bu durum, sözleşme güvenliğini tehdit eder; görünüşte kurulmuş bir sözleşmenin gerçekte kurulup kurulmadığı her defasında şüphe konusu haline gelir. Bu nedenle, irade teorisinin katı biçimde uygulanması, hukuki güvenliği zedeleyen bir sonuç doğurur. Bu sakıncayı fark eden bazı görüşler, irade teorisinin eksiklerini “culpa in contrahendo” sorumluluğuyla telafi etmeye çalışsa da, genellikle karşı tarafın uğradığı zarar bu yollarla da tazmin edilememektedir⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 11; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 69; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 72; Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 26; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 133.

⁴⁵⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 72.

⁴⁵⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 133; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 6; Antalya, Genel, s. 228; Eren, Genel Hükümler, s. 149.

⁴⁵⁸ Esener, Turhan, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, s. 169.

Irak Medeni Kanunu'nda da (IMK), irade açıklamaları genellikle tarafların iç iradeleri doğrultusunda yorumlanmaktadır. Ancak, iç iradelerin doğru bir şekilde yansıtılmaması durumunda, muhatap tarafın dürüstlük kuralına göre hareket etmesi gerektiği vurgulanır. Bu nedenle, Irak hukukunda da görünüşte geçerli olan bir sözleşmenin, taraflardan birinin iç iradesi ile örtüşmeyen bir anlam taşıması durumunda geçersiz kabul edilmesi gerektiği ifade edilir (IMK m. 56).

2.1.3.1.2 Beyan Teorisi

Bu eksikliği gidermek amacıyla geliştirilen beyan teorisi, açıklamaya yüklenen anlamın belirlenmesinde beyanın dışa yansıyan kısmını esas alır. Bu teoriye göre, açıklamanın gerçek anlamı, beyan sahibinin ne demek istediğinden çok, muhatapın beyanı nasıl anladığına göretespit edilir. Böylelikle iç irade yerine dış görünüş esas alınır⁴⁵⁹. Teorinin “sübjektif beyan teorisi” şeklindeki versiyonunda, muhatapın açıklamaya yüklediği bireysel anlam öne çıkar. Bu anlayış, aslında irade teorisinin karşı tarafta doğurduğu izdüşümdür. İrade açıklamasını yapan kişi kendi iç iradesine göre değerlendirildiği gibi, beyan teorisinde de muhatap kendi algısına göre değerlendirilir⁴⁶⁰.

Ancak burada da eleştiriler vardır. Zira sübjektif beyan teorisi, muhatapın iradeyi anlama konusundaki özen yükümlülüğünü ortadan kaldırır; açıklamanın gerçek anlamını araştırma yükümlülüğü muhataba yüklenmediği için, açıklamayı kendi yorumuna göre değerlendirmesi yeterli görülür. Bu ise, dürüstlük kuralı ile öngörülen karşılıklı güven ve makul beklenti esasına aykırı bir durum ortaya çıkarabilir.⁴⁶¹ Örneğin, beyanın gerçek anlamını bilebilecek durumda olan bir muhatapın, açıklamayı kendi lehine değerlendirmesi adil olmayan sonuçlar doğurabilir⁴⁶².

Irak Medeni Kanunu, özellikle beyanların doğru anlaşılmasını sağlamak adına, açıklamanın muhatap tarafından doğru yorumlanmasını istemektedir. Irak hukukunda, tarafların açıklamaları, yalnızca muhatapın iç iradesine göre değil, aynı zamanda açıklamanın karşı tarafça doğru anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Bu bağlamda, beyan teorisi de iç irade ve dış açıklamanın uyumlu olması gerektiği ilkesine dayanır (IMK m. 58).

⁴⁵⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 49–50.

⁴⁶⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 133; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 7.

⁴⁶¹ Esener, Turhan, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, s. 169.

⁴⁶² Engel, Traité des obligations en droit suisse dispositions générales du CO, s. 215. Esener, Turhan, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, s. 169.

2.1.3.1.3 Objektif Beyan Teorisi

Beyan teorisinin bir diğ er biçimi olan objektif beyan teorisi, beyanın ne anlama geldiğ inin, taraflardan bağımsız olarak üçüncü kişilerin bakış açısına göre saptanması gerektiğ ini savunur⁴⁶³. Bu teoriye göre, tarafların bireysel niyetlerinden ziyade, makul bir üçüncü kişinin aynı koşullarda beyana ne anlam vereceğ i önemlidir⁴⁶⁴. Ancak bu yaklaşımın en büyük sakıncası, her iki tarafın da iradesini göz ardı etmesidir⁴⁶⁵. Zira üçüncü bir kişinin değ erlendirmesiyle sözleşmenin kurulmuş sayılması, sözleşme özgürlüğ ünü zedeler ve tarafların karş ılıklı güven ilişkisini yok sayar^{466, 467}.

Türk Borçlar Kanunu'nun 1. maddesi, sözleşmenin kurulabilmesi için karş ılıklı ve örtüş en irade açıklamalarının varlığını zorunlu kılar⁴⁶⁸. Bunun karş ısında TBK m. 19/1, sözleşme içeriğ inin belirlenmesinde tarafların ortak ve gerçek iradelerinin esas alınacağını belirtir⁴⁶⁹. Bu iki hüküm birlikte değ erlendirildiğ inde, TBK'nın objektif beyan teorisine sınırsız destek vermediğ i⁴⁷⁰; aksine, tarafların gerçek iradelerine öncelik tanıdığ ı anlaşılır⁴⁷¹.

Irak hukuku da benzer şekilde, sözleşmenin geçerliliğ i için tarafların beyanlarının, objektif olarak dış bir göz tarafından değ erlendirilmesi gerektiğ i görüş ünü kabul etmektedir. Ancak, tarafların iç iradelerinin de dikkate alınması gerektiğ i vurgulanır. Bu, sözleşmenin her iki tarafının iradelerinin uyumlu olması gerektiğ i anlamına gelir ve üçüncü kişilerin yalnızca dış a yansıyan beyanları değ erlendirmeleri gerektiğ i belirtilir (IMK m. 64).

2.1.3.1.4 Güven İlkesi

Yukarıda açıklanan teorilerin tek yönlü ve taraflardan birini mağdur edici yönleri nedeniyle, Türk hukukunda ağırlıklı olarak güven ilkesi benimsenmiştir⁴⁷². Bu ilkeye göre, irade açıklamasının nasıl anlaş ılması gerektiğ i, muhatabın açıklamayı dürüstlük kuralı çerçevesinde ve objektif olarak nasıl anlayabileceğ i dikkate alınarak belirlenir⁴⁷³. Böylelikle

⁴⁶³ Kocayusufpaş aoğ lu, Borçlar Hukuku, s. 133; Kocayusufpaş aoğ lu, Hata, s. 7; Eren, Genel Hükümler, s. 150., Akıncı, Borçlar, s. 98.

⁴⁶⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 151; Kocayusufpaş aoğ lu, Borçlar Hukuku, s. 133; Kocayusufpaş aoğ lu, Hata, s. 7.

⁴⁶⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 151; Kocayusufpaş aoğ lu, Borçlar Hukuku, s. 133; Kocayusufpaş aoğ lu, Hata, s. 7., Akıncı, Borçlar, s. 99.

⁴⁶⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 151; Kocayusufpaş aoğ lu, Borçlar Hukuku, s. 133; Antalya, Genel, s. 230; Kocayusufpaş aoğ lu, Hata, s. 7; Taş atan, Sözleşmenin Kurulması, s.142.

⁴⁶⁷ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 151.

⁴⁶⁸ Kocayusufpaş aoğ lu, Borçlar Hukuku, s. 136.

⁴⁶⁹ Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 25; Eren, Genel Hükümler, s. 245.

⁴⁷⁰ Kocayusufpaş aoğ lu, Hata, s. 6.

⁴⁷¹ Kocayusufpaş aoğ lu, Hata, s. 8.

⁴⁷² Eren, Genel Hükümler, s. 94-96; Akıncı, Genel Hükümler, s. 87-89.

⁴⁷³ Kocayusufpaş aoğ lu, Borçlar Hukuku, s. 134; Kocayusufpaş aoğ lu, Hata, s. 9.

taraflar arasında denge sağlanır ve hem beyan sahibinin hem de muhatabın korunması hedeflenir⁴⁷⁴.

Güven ilkesine göre, önemli olan beyan sahibinin ne demek istediği değil, karşı tarafın bu açıklamayı hangi anlamda haklı olarak değerlendirdiğidir. İrade açıklamasını yapan kişi, ifadesini seçerken, muhatabın açıklamaya nasıl bir anlam yükleyeceğini öngörmelidir⁴⁷⁵. Ancak bu ilke yalnızca beyan sahibinin aleyhine işlemez; aynı zamanda muhatap da açıklamanın arka planını araştırmakla yükümlüdür. Böylece, karşılıklı sorumluluk çerçevesinde denge sağlanmış olur⁴⁷⁶. Güven ilkesi, TBK m. 2’de düzenlenen dürüstlük kuralı ile TBK m. 1’de yer alan sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler bir bütün olarak değerlendirilerek uygulanmalıdır⁴⁷⁷. Bu ilke sayesinde hukuki güvenlik sağlanmakta, taraflar arasında makul beklentiler korunmakta ve irade açıklamasının sınırları netleştirilmektedir⁴⁷⁸.

Irak Medeni Kanunu’nda güven ilkesi, tarafların beyanlarının, karşı taraf tarafından dürüstlük ve iyi niyet çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtir. Bu, Türk hukukundaki güven ilkesine benzer bir şekilde, tarafların birbirlerine karşı güven içinde hareket etmelerini sağlamak amacıyla öngörülmüştür. Irak hukukunda, açıklamanın doğruluğunun ve gerçek iradelerin netleşmesinde, güven ilkesi temel bir rol oynamaktadır (IMK m. 32).

Nihayetinde, güven ilkesine göre kurulmuş bir sözleşme, taraflardan birinin iç iradesine aykırı sonuç doğurabilir⁴⁷⁹. Ancak bu kişi, TBK m. 30 ve devamı uyarınca hata nedeniyle sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir⁴⁸⁰. Aksi takdirde, iç irade ile açıklama arasında uyum olmayan bir sözleşme kurulmuş sayılmaz⁴⁸¹.

2.1.3.2. İptal Öncesi Yorum İlkesi

Sözleşme kurulması amacıyla güven ilkesine başvurulduğunda, taraflardan birisinin iç iradesi hilafına olan bir neticeyle karşılaşılmasına değinilmiştir. Bu koşullarda iç iradesi hilafına kurulmuş sözleşmeye taraf olanın yanılma hükümlerine başvurması ve taraflar arasındaki iptali mümkün olan sözleşmenin kurulmasını gerektirir. Bu bağlamda, sözleşme

⁴⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 152.

⁴⁷⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 10.

⁴⁷⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 11.

⁴⁷⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 156; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 134; Serozan, Medeni Hukuk, s. 323.

⁴⁷⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 135; Eren, Genel Hükümler, s. 157.

⁴⁷⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 135; Eren, Genel Hükümler, s. 157.

⁴⁸⁰ Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 71.

⁴⁸¹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 138.

iptali öncesinde taraflarca irade açıklamaları güven ilkesi çerçevesinde yorumlanmalı, sözleşmenin kurulup kurulmadığı belirlenmelidir⁴⁸².

Bu durumda karşılaşılabilecek olasılıklar üç başlıkta sınıflandırılmıştır. Bu olasılıklardan biri, irade açıklaması ile iç iradenin birbiriyle uyumlu olmadığı, açıklamayı muhatabın bilmemesi ve bilmesinin mümkün olmaması durumudur. Bu halde yapılan irade açıklamasının üzerinden sözleşme kurulur. Bu olasılıkta muhatabın yapılan açıklamadan anladığı, güven ilkesi çerçevesinde yapılan yorumla onaylanan anlama duyulan güveni korunur⁴⁸³. Yaptığı irade açıklaması tarafın iç iradesini yansıtmıyorsa, yanlışla hükümleri aracılığıyla sözleşmeyi iptal edebilir⁴⁸⁴.

Irak Medeni Kanunu'na (IMK) göre, bir tarafın iç iradesinin dışa yansıyan açıklamasıyla ilgili uyumsuzluklar ortaya çıktığında, bu açıklama, açıklamayı yapan tarafın iç iradesini yansıtmıyorsa, karşı tarafın iyi niyetli olarak hareket etmesi ve açıklamayı dürüstlük çerçevesinde değerlendirmesi beklenir. Irak hukukunda da, sözleşmenin geçerli olabilmesi için açıklamanın hem tarafların iradeleriyle uyumlu olması hem de açıklamanın muhatap tarafından doğru anlaşılması gerekmektedir. Bu bağlamda, iç irade ve açıklama arasındaki uyumsuzluk, sözleşmenin iptaline olanak sağlar (IMK m. 56).

İkinci olasılık ise, muhatap tarafından irade açıklaması yapan tarafın yanlış olduğu anlaşılmış veya anlaşılabilir olması durumudur. Bu olasılıkta, muhatabın irade açıklamasını yapanın iç iradesini de bilmesi veya bilecek durumda olması halinde sözleşmenin kurulması iç iradeye göre olacaktır. Fakat, muhatap irade açıklamasının yapanın iç iradesini anlamış ise, sözleşmenin kurulmasında güven ilkesinin rolü olmadığına da belirtilmesi gerekir. Bu durumda, sözleşmenin kurulması irade açıklaması yerine iradelerin uyuşması sonucunda gerçekleşir. Bu uyuşmanın olmadığı, ancak muhatabın iç iradeyi anlamasının gerektiği durumda ise sözleşmenin kurulması güven ilkesi doğrultusunda gerçekleşir⁴⁸⁵. Her durumda, irade açıklaması kendi iç iradesini yansıtmayan taraf yanlışla hükümlerine başvuramamaktadır⁴⁸⁶.

⁴⁸² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s.138., Bilgili/Demirkapı, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s.69.

⁴⁸³ TBK m.31-36; Eren, Genel Hükümler, s. 215.

⁴⁸⁴ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 180; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 138.

⁴⁸⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 138.

⁴⁸⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 97-99; Nomer, Genel Hükümler, s. 84-86; Akıncı, Genel Hükümler, s. 90-92.

⁴⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 138.

⁴⁸⁸ IMK m.63, Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) m. 63, irade açıklamalarının yorumunda güven ilkesine benzer bir yaklaşımı yansıtmaktadır. Maddeye göre: "Sözleşmeler, tarafların ortak niyeti esas alınarak yorumlanır.

Irak Medeni Kanunu'nda da benzer şekilde, taraflardan birinin açıklamasının iç iradeyi yansıtmaması durumunda, bu açıklama üzerinden sözleşme kurulmuş olsa bile, karşı tarafın zarara uğramaması için, yanılma hükümleri devreye girebilir. Ancak, Irak hukukunda da yanılma durumunun fark edilmesi için taraflardan birinin dürüstlük kurallarına uygun olarak hareket etmesi gerekir⁴⁸⁷. İç irade ile açıklama arasındaki uyumsuzluk, sözleşmenin geçersizliğine yol açabilir (IMK m. 63)⁴⁸⁸.

Son olasılık, muhatabın irade açıklamasını yapan tarafın yanıldığını anlamasına veya anlayabilecek durumda olmasına rağmen, bu tarafın gerçek iradesini kavramasının mümkün olmadığı ya da kavrayamamış olması halidir. Bu durumda, güven ilkesi çerçevesinde bir anlama üstünlük verilmesinin mümkün olmaması nedeniyle sözleşmenin kurulması söz konusu olmayacaktır. Diğer bir ifade ile, irade açıklamasını yapan tarafın açıklamasına iç iradesi yansımada sözleşme kurulmadığından, iptal etme hakkından bahsedilemeyecektir⁴⁸⁹.

Irak Medeni Kanunu'nda, eğer irade açıklaması iç iradeyle uyumsuz ise ve bu durum açıkça anlaşılabiliriyorsa, sözleşme kurulmamış sayılır⁴⁹⁰. Ayrıca, sözleşme kurulduktan sonra, iç irade ile açıklama arasındaki uyumsuzluk tespit edildiğinde, taraflardan biri yanılma sebebiyle iptal talebinde bulunabilir⁴⁹¹. Irak hukukunda, yanılma durumunun tespiti, açıklamanın gerçek anlamının bulunması ile mümkün olur (IMK m. 85).

Türk Borçlar Kanunu'nda bu olasılıklardan yola çıkarak, karşı taraf açısından bilinebilir yanılma olduğunda sözleşmenin irade açıklaması yapanın iç iradesine dayanarak kurulacağı veya sözleşmenin hiç kurulamayacağı şeklinde sonuç çıkarılabilir. İrade açıklamasının muhatabının yanılmayı bilmemesi veya bilmesinin gerekmemesi ise iptal hakkının kullanımını sağlayan yanılmadan söz edebilmek için şarttır⁴⁹².

Açıklamanın lafzı ile tarafların gerçek niyeti arasında çelişki bulunursa, gerçek niyet esas alınır." Bu hüküm, Türk Borçlar Kanunu'ndaki (TBK m. 1 ve m. 2) düzenlemelere benzer şekilde, öncelikle iradelerin uyuşmasının ve dürüstlük kuralına uygun şekilde yorum yapılmasının esas olduğunu göstermektedir. Ancak uygulamada, tarafların gerçek iradesinin belirlenememesi hâlinde, Irak mahkemeleri de tıpkı güven ilkesi teorisinde olduğu gibi, makul ve dürüst bir muhatabın beyanı nasıl anlayacağına göre karar verir.

⁴⁸⁹ Abu Zehra, El-Mülkiye ve Nazariye-Tül El-Akid, s142.

⁴⁸⁹ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 138; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 124.

⁴⁹⁰ Kılıçoğlu, Ahmet M. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara: Turhan Kitabevi, 2021, s. 156.

⁴⁹¹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 136.

⁴⁹² El- Bekri, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s73.

2.1.4. Sözleşmenin Kurulması Bakımından İrade Açıklamalarının Uygunluğu

Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerini karşılıklı olarak ve birbirine uygun biçimde açıklamaları zorunludur. Bu irade açıklamaları sözleşmenin kurucu unsurlarını oluşturur⁴⁹³. Öneri, içeriğinde yer alan hususlarla birlikte muhataba ulaşmalı ve muhatap bu hususların tamamını kabul etmelidir. Muhatap tarafından önerideki esaslı unsurlardan herhangi birinin reddedilmesi hâlinde, sözleşmenin kurulması için gerekli uygunluk sağlanmamış olur⁴⁹⁴.

Bununla birlikte, sözleşmenin kurulması için öneri ve kabul sisteminin benimsenmiş olması yanında tek yol bu değildir. Öneri ve kabul sistemi karmaşık yapıda olmayan sözleşmeler için sıklıkla uygulansa da geniş kapsamlı sözleşmelerin kurulması bakımından elverişli bir yöntem olmamaktadır. Gerek işin niteliği gerekse tarafların sürece dahil olma talepleri doğrultusunda, sözleşmenin kurulması için öneri ve kabul sistemi uygun olmayabilir⁴⁹⁵. Bu şekilde tarafların bir araya geldikleri ve beraber hazırladıkları sözleşmelerde, irade açıklamalarının hangisinin öneri, hangisinin kabul olduğunun kesin olarak belirlenmesi hemen hemen olanaksızdır. Bu bakımdan birlikte muvafakat ile kurulmuş bir sözleşmeden bahsedilebilir⁴⁹⁶. Kanaatimizce, sözleşme hazırlığı sürecine tarafların eşit şekilde katılması durumunda, öneri ve kabulden bahsedilmesi pek mümkün değildir. Zira tarafların bazı durumlarda tavizler verdiği, baskın oldukları, maddeler üzerinde görüşülen süreçte iki tarafın da kısmen öneren konumunda, kısmen de kabul eden konumunda olduklarından söz edilebilir.

Bir sözleşmenin kurulmasından bahsedilebilmesi için öncelikle irade açıklamalarının hangi hususlarında uyuşması gerektiğinin belirlenmesi önem arz etmektedir. Bu çerçevede, TBK m.2'nin sözleşmenin esaslı noktaları ve ikinci dereceden noktalarına atıf yapması bakımından incelenmesi uygun olacaktır.

a) Sözleşmenin Esaslı Noktalarında Uyuşma

Türk Borçlar Kanunu TBK m. 2/1. fıkrası gereğince, “Taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. Madde hükmünde görüldüğü üzere, sözleşmenin kurulması için taraf iradelerinin sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşması aranmaktadır.

⁴⁹³ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 130; Eren, Genel Hükümler, s. 200.

⁴⁹⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 130; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 117.

⁴⁹⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 168.

⁴⁹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 168.; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s.118.

Türk Borçlar Kanunu TBK m.2’de atıf yapılan esaslı noktalar olup, burada objektif ve subjektif esaslı olmaları ayrımı yapılmamıştır⁴⁹⁷. Öğretide TBK m.2’de hangi noktaların kastedildiği tartışmalıdır. Bazı yazarlar uyuşmanın objektif esaslı noktalar ile sınırlı olduğu, bazı yazarlar ise uyuşmanın tüm objektif ve subjektif esaslı noktaları üzerinde olması görüşündedirler. Öncelikle taraflardan biri tarafından hazırlanmış sözleşme metninin diğer tarafa gönderilmesi durumunda, öğretideki bu görüş farklılıklarının bir önemi olmayacaktır⁴⁹⁸. Zira karine olarak önerenin önerisindeki tüm noktaların kendisi için olmazsa olmaz niteliğe sahip olduğu kabul edilir, kabulün bu noktaları kapsamaması durumunda sözleşme kurulamaz. Taraflar arasında sözleşmenin kurulup kurulmadığına ilişkin uyuşmazlık olduğu durumlarda ise TBK m.2’nin 1. fıkrasında sadece objektif esaslı noktalarda uyuşmanın arandığı görüşünün benimsenmesi halinde bu şekilde sözleşme kurulmuş kabul edilecektir. Taraflardan biri sözleşmenin kurulmadığını iddia eder ise, sözleşme görüşmelerinde üzerinde tartışılan ve uyuşmazlık olan noktaların kendisi için subjektif esaslı nokta olduğunu ispat etmesi gerekecektir⁴⁹⁹. Ancak bu şekilde sözleşmenin kurulduğu karinesi ortadan kalkabilir.

Irak Medeni Kanunu’na (IMK) göre, sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde tam bir mutabakat sağlaması zorunludur. Esaslı noktalar, akdin konusunu, edimlerin tür ve kapsamını, bedeli, ifa yerini ve zamanını kapsayan ve sözleşmenin karakterini belirleyen temel unsurlardır. IMK m. 73, bu noktada açık bir hüküm getirerek, akdin esaslı noktalarında mutabakat sağlanmamışsa sözleşmenin kurulmayacağını düzenler. Irak hukuk doktrinde bu mutabakatın hem objektif esaslı noktalar (örneğin sözleşme konusu, fiyat) hem de taraf açısından subjektif olarak esaslı kabul edilen noktaları kapsamaması gerektiği ifade edilmektedir. Özellikle taraflardan birinin iradesinde belirleyici olan bir husus üzerinde anlaşma sağlanmaması hâlinde, akdin kurulduğundan söz edilemeyecektir⁵⁰⁰.

Buna karşılık, tarafların yalnızca ikincil nitelikteki hususlarda uyuşmazlığa düşmeleri hâlinde, sözleşmenin kurulmasına engel bulunmadığı; bu tür eksikliklerin hâkimin tamamlayıcı hukuk kuralları veya teamüller çerçevesinde doldurulabileceği kabul edilmektedir. Bu yaklaşım, TBK m. 2’de esaslı noktalar açısından yapılan objektif-subjektif ayrımı düzenlememekle birlikte, uygulamada benzer bir sonuç doğurmaktadır. Nitekim Türk

⁴⁹⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 146. Akıncı, Genel Hükümler, s. 118.

⁴⁹⁸ Atamer, a.g.m., s. 177; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 176; Eren, Genel Hükümler, s. 251; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 159; Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme., s.72.

⁴⁹⁹ Atamer, a.g.m., s. 177.

⁵⁰⁰ El-Hekim, Şerh el-Kanun el-Medenî el-Irakî, C.1, s.212-215; İsam El-Fetlî, El-İltizâmât – El-Masadir el-İradîyye, s.95-98.

hukukunda da esaslı noktalar üzerinde mutabakat sağlanmamışsa, sözleşmenin kurulduğu kabul edilmez; ancak tali hususlarda eksiklik bulunması hâlinde sözleşme tamamlanabilir⁵⁰¹.

b) Sözleşmenin İkinci Derece Noktalarında Uyuşmama

TBK m. 2/1. fıkrası gereğince tarafların sözleşmenin esaslı noktalarındaki uyumaları halinde ikinci derecedeki noktaların üzerinde durulmasa da sözleşme kurulmuş kabul edilir. TBK m. 2/2. fıkrası gereğince ise, sözleşmenin ikinci derecedeki noktalarında uyulmaması durumunda hâkimin hangi kurallar doğrultusunda sözleşmeyi tamamlayacağı düzenlenmektedir. Diğer bir ifade ile, ikinci derece noktalar saklı tutulmuş, ileride tarafların bu noktalarda anlaşamaması halinde hâkim sözleşmedeki boşluğu işin niteliğine göre tamamlayacaktır⁵⁰².

Irak Medeni Kanunu'nda da, sözleşme kurulduktan sonra, taraflar arasında ikinci derecedeki noktalarda uyumsuzluk olması durumunda, hâkimin bu boşlukları tamamlayacağı ifade edilmektedir⁵⁰³. Ancak, Irak hukukunda, sözleşme taraflarının arasındaki boşlukları, tarafların önceki iradeleri doğrultusunda doldurmak için hâkime başvurabilecekleri belirtilir. Bu tür boşluklar, taraflar arasındaki anlaşmazlıkların çözülmesi adına hâkim tarafından doldurulabilir (IMK m. 75)⁵⁰⁴.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) sistematüğinde herhangi bir şekle tabi olmayan saklı tutma anlaşmasının örtülü olarak da yapılabilmesi mümkündür. Sözleşmenin geçerlilik şekli olsa da saklı tutma anlaşmasının bu şekle tabi olma durumu söz konusu olmayacaktır⁵⁰⁵. Buna göre tarafların belli bir noktada anlaşamadıkları durumda anlaşmayı ileri bir zamana bırakma hususunda açıklama yapmamış olabilir. Bununla birlikte, taraf iradelerinin ileride bu noktanın tekrar değerlendirilmesi şeklinde olduğunun anlaşılması durumunda, tarafların arasında saklı tutma anlaşmasının yapıldığı kabul görecektir⁵⁰⁶.

Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) ise bu terim doğrudan geçmez; benzer sonuçlar “ön sözleşme” veya “bağlılık beyanının ertelenmesi” şeklinde m. 73 ve devamındaki irade uyuşmasına ilişkin hükümlerden yorum yoluyla çıkarılabilir. Dolayısıyla verilen ifade, doğrudan Türk hukuku perspektifine dayanmaktadır.

Sözleşmede objektif esaslı olmayan noktalar saklı tutulduğunda, sözleşmenin o an hemen kurulması istendiği kabul edilmektedir. Zira TBK m. 2/1'de hüküm altına alınan

⁵⁰¹ Eren, Genel Hükümler, s. 496.; Nomer, Genel Hükümler, s. 102-104.

⁵⁰² Eren, Genel Hükümler, s. 497.

⁵⁰³ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s 157.

⁵⁰⁴ Al-Tamimi, Aziz. Irak Medeni Kanun'unda Sözleşme Serbestisi ve İstisnalar, s. 149.

⁵⁰⁵ Akyol, Genel, s. 115; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 159.

⁵⁰⁶ Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 159.

sözleşmenin kurulmuş sayılması için objektif esaslı noktalarda uyuşmanın yeterli olduğu karinesi geliştirilmiştir. Diğer bir ifade ile objektif esaslı olmayan noktaların tümü ikincil noktalardır ve bunlarda uyuşmanın ileriye bırakılması mümkündür⁵⁰⁷. Taraflardan birinin sözleşmenin kurulacağı anın söz konusu nokta üzerinde uyuşmanın olduğu an olduğunu iddia etmesi halinde, iddiasını ispat etmesi gerekecektir. Bu durumda iddiasını ileri süren taraf bakımından subjektif esaslı bir noktadan bahsedilebilecektir⁵⁰⁸.

Sözleşmede ikinci derecede noktaların saklı tutulması durumunda sözleşmenin kurulmuş kabul edileceğinin bir istisnası ise, taraflarca kurulacak olan sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlanmasıdır. Bu durumda sözleşme belirtilmiş şekil şartlarına uyulmadığı sürece kurulmuş olarak kabul edilmez⁵⁰⁹. Sözleşmenin bu durumda kurulmuş olduğunun kabul edilebilmesi, sadece kararlaştırılmış şekil şartının geçerlilik olarak değil, ispat şekli olarak olduğunun ortaya konması şartına bağlıdır⁵¹⁰. Kanun koyucu TBK m. 13'te yaptığı düzenlemede şekil şartına bağladığı bir sözleşmede değişiklik yapıldığı durumda da şekil şartının aynı olacağını hükme bağlamış olsa da iradi şekil bakımından bu hüküm uygulama alanı bulmaz. Bu bağlamda, taraflar saklı tuttıkları şekil şartlarından vazgeçebilir, bu hususta örtülü anlaşma yapabilirler⁵¹¹. Ortada saklı tutulmuş bir nokta kalmayacağı için de esaslı noktaların tümünde uyuşma söz konusu olduğunda sözleşme kurulmuş kabul edilebilir.

Irak Medeni Kanunu'nda da sözleşmenin geçerliliğinin şekle bağlanması durumunda, taraf iradelerinin uyuşması tek başına yeterli değildir; kararlaştırılan veya kanunun öngördüğü şekil şartlarına uyulması gerekir (IMK m. 74, m. 77). Bu maddeler uyarınca, şekil şartı geçerlilik şartı niteliğinde ise, taraflar şekle uyulmadıkça sözleşme kurulmuş sayılmaz. Ancak şekil şartı yalnızca ispat amacı taşıyorsa, taraflar bu şarttan vazgeçebilir ve şekle aykırılık sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Irak doktrininde de, tarafların iradi olarak belirledikleri şekil şartının kaldırılabilmesi, bu durumda sözleşmenin esaslı noktalarında mutabakat sağlanmışsa geçerli olarak kurulabileceği belirtilmektedir. Ayrıca Irak Yargıtayı'nın bazı kararlarında, taraflarca iradi olarak belirlenmiş şekil şartının ispat şartı niteliğinde olduğunun anlaşılması hâlinde, bu şekle uyulmaksızın yapılan sözleşmelerin de geçerli sayılabileceği yönünde yorumlar yapılmıştır.

⁵⁰⁷ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 76.

⁵⁰⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 77.

⁵⁰⁹ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 179; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s.449; Eren, Genel Hükümler, s. 211., Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 160.

⁵¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 179; Eren, Genel Hükümler, s. 214.

⁵¹¹ Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 210.

2.1.5. Sözleşmenin Kurulması Bakımından İrade Açıklamalarında Uyuşmazlık

2.1.5.1. Uyuşmazlık Kavramı

Uyuşmazlık (Dissens) kavramı, öğretide iki ana başlık altında incelenmektedir: sözleşme uyuşmazlığı (Vertrags-Dissens) ve basit uyuşmazlık (einfache Dissens)⁵¹². Sözleşme uyuşmazlığı, tarafların irade açıklamalarının normatif anlamda bir uygunluk göstermesine rağmen, taraflardan birinin irade bozukluğuna dayanarak sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olduğu durumu ifade eder⁵¹³. Bu hâlde görünüşte bir sözleşme kurulmuş olsa da, irade bozukluklarına ilişkin hükümler (örneğin TBK m. 30 vd.) kapsamında iptal mümkündür⁵¹⁴. Buna karşılık, basit uyuşmazlıkta tarafların irade açıklamaları ne normatif ne de gerçek anlamda bir uygunluk gösterir; başka bir ifadeyle, taraflar aynı konuda mutabakat sağlayamamışlardır⁵¹⁵. Bu durumda, sözleşme hiç kurulmamış sayılır. Dolayısıyla “uygunluk” ve “uyuşmazlık” kavramları, içerik itibarıyla birbiriyle zıt hukuki durumlardır⁵¹⁶.

Irak Medeni Kanunu’nu IMK’ya göre, sözleşme uyuşmazlıkları, tarafların iradeleri arasındaki uyumsuzluklardan doğar ve sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilir. IMK m.73, tarafların açık mutabakata varması gerektiğini belirtir⁵¹⁷. Uyuşmazlıklar bu bağlamda, tarafların iradelerinin örtüşmemesi durumunda sözleşmenin geçerliliğini doğrudan etkiler (IMK m. 73)⁵¹⁸.

2.1.5.2. Uyuşmazlık Türleri

Öğretide uyuşmazlık kavramı, tarafların uyuşmazlığa ilişkin bilinçli olup olmadıkları, özellikle uyuşmazlık unsurlarının niteliğine göre çeşitli türlere ayrılmaktadır. Pratikte bu ayrımların da önemi bulunmaktadır. Zira sözleşmenin kurulmasında tarafların irade açıklamalarının birbirlerine uygunluğunu arayan TBK m.1/1 hükmünün karşısında, irade açıklamalarının uyuşmazlığı halinde sözleşmenin kurulmasına her durumda engel olacağı

⁵¹² Eren, Genel Hükümler, s. 752.

⁵¹³ Oğuzman / Öz, Genel Hükümler, s. 74-76.

⁵¹⁴ İnceoğlu, Genel Hükümler, s. 68-69.

⁵¹⁵ Tekinay, S. Sulhi vd., Genel Hükümler, s. 142-144.

⁵¹⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 752; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 17, N. 3; Gauch/Schlupe/Schmid, a.g.e. s. 325.

⁵¹⁷ El- Bakrî, Irak Medeni Kanunu'na Giriş, s. 177.

⁵¹⁸ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülük , 2010, s. 75.

⁵¹⁹ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 17, N. 3.

⁵²⁰ Bkz. Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, s. 64.

⁵²¹ Bkz. Yargıtay 11. HD T. 05.06.2015. 2015/1798 E. 2015/7787 K.; Yargıtay 19. HD T. 16.04.2015. 2014/8739 E. 2015/5509 K.

⁵²² El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 76.

belirtilmiştir⁵¹⁹. Bununla birlikte, uyuşmazlık durumlarının sözleşmenin kurulmasına etkisi, uyuşmazlık türlerine bağlı olarak farklılık gösterebilmektedir.

2.1.5.2.1. Gerçek Uyuşmazlık-Gerçek Olmayan Uyuşmazlık

İrade açıklamalarının arasındaki uyuşmazlık sözleşmenin esaslı noktalarının üzerinde olduğunda “gerçek uyuşmazlık” söz konusu olmaktadır⁵²⁰. Gerçek uyuşmazlık ise sözleşmenin kurulması önünde bir engel teşkil eder. Örnek olarak, taraflardan biri tek satıcılık tekeli talebinde bulunduğu, diğer taraf sadece satış sözleşmesi kurmayı istediğinde, taraflar arasında esaslı nokta üzerindeki uyuşmazlık gerçek uyuşmazlık olmakta ve sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmektedir⁵²¹.

Irak Medeni Kanunu’nda IMK, esaslı noktalar üzerindeki uyuşmazlıkların sözleşmenin geçerliliğini doğrudan etkileyebileceğini belirtir. Irak hukuku, esaslı noktalarda tarafların anlaşmazlık yaşaması durumunda sözleşmenin geçersiz olacağına karar verir (IMK m. 75). Bu, taraflar arasında ciddi bir uyumsuzluk olduğunda sözleşmenin kurulamayacağı anlamına gelir⁵²².

İrade açıklamalarının arasındaki uyuşmazlık sözleşmenin ikinci derecedeki noktaları üzerinde olduğunda ise “gerçek olmayan uyuşmazlık” söz konusu olmaktadır⁵²³. Gerçek uyuşmazlığın aksine gerçek olmayan uyuşmazlık, sözleşmenin kurulması için engel teşkil etmez. Bu objektif esaslı nokta olarak nitelendirilmeyen ikinci derece noktanın bir neticesidir. İkinci derece nokta üzerindeki uyuşmazlık unsuru subjektif ikinci derece noktadır. Bununla birlikte, uyuşmazlık unsurunun subjektif esaslı nokta olduğunun ispat halinde, taraflar arasında gerçek uyuşmazlık olduğu ve sözleşmenin kurulamadığı anlaşılır⁵²⁴.

2.1.5.2.2. Açık Uyuşmazlık- Gizli Uyuşmazlık

İrade açıklamalarının arasındaki uyuşmazlık türleri arasında açık uyuşmazlık ve gizli uyuşmazlık ayrımı da bulunmaktadır.

a) Açık Uyuşmazlık:

⁵²² El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 76.

⁵²³ Eren, Genel Hükümler, s. 758; Gauch/Schlupe/Schmid, s. 326.

⁵²⁴ Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt, s. 65; Aksoy Dursun, Borçlar Hukukunda Sözleşme, s. 48; Taşkın, Sözleşmenin Kurulması, s. 161.

Sözleşme taraflarından her biri diğer tarafı doğru anladığında, irade açıklamalarının sözleşmenin esaslı noktaları veya ikinci derece nokta unsurlarının birbirine uygun olmadığının bilincinde olması durumunda “açık uyuşmazlık” söz konusu olmaktadır⁵²⁵. Bu tür uyuşmazlıkta sözleşme taraflarının irade açıklamaları ve iradeleri sözleşmenin kurulmasına ilişkin değil, kurulmaması yönünde uygundur. Bu bakımdan açık uyuşmazlığın nitelendirilmesi, tarafların uyuşmazlık üzerinde uygunluğu sağlaması şeklinde yapılabilmektedir⁵²⁶. Bu bağlamda örneğin alıcının kırmızı renkte otomobil istemesine rağmen satıcının sadece siyah renkte otomobili satacağını belirtmesi veya alıcının otomobil için verdiği teklifin satıcının istediği bedelin altında kalması ve teklifi kabul edemediği durumlarda taraflar arasında açık uyuşmazlık olduğundan bahsedilebilir⁵²⁷.

Açık uyuşmazlık nedeniyle sözleşmenin kurulmasının engellenebilmesi, uyuşmazlık konusunun sözleşmenin esaslı noktalarından (essentialia negotii) birine ilişkin olmasına bağlıdır; diğer bir ifadeyle, açık uyuşmazlığın gerçek uyuşmazlık (echter Dissens) niteliğinde bulunması gerekir⁵²⁸. Buna karşılık, gerçek olmayan açık uyuşmazlıklar (unechter offener Dissens) farklı bir değerlendirmeye tabi tutulur. Bu tür durumlarda tarafların söz konusu uyuşmazlığın farkında oldukları kabul edilir ve ihtilaflı unsurun ikinci derece (accidentalia negotii) niteliğinde olduğu, çözümünün ise ileriki bir tarihe bırakıldığı varsayılır³⁴. Ayrıca, uyuşmazlığın konusunun subjektif veya objektif esaslı nokta olmasından bağımsız olarak, sözleşmenin belirli unsurlarının taraflardan birine veya üçüncü kişiye bırakılması halinde, açık uyuşmazlıktan söz edilemez⁵²⁹.

b) Gizli Uyuşmazlık:

Sözleşme taraflarının veya en az birinin, irade açıklamalarının esaslı ya da ikinci derece nitelikteki unsurlar üzerinde uyuşmadığının farkında olmaması durumunda, “gizli uyuşmazlık” söz konusu olur⁵³⁰. Bu tür uyuşmazlıkta taraflar veya en az birinin gerçekte öyle olmasa da irade açıklamalarının birbirine uygun olduğunu düşünür⁵³¹.

(1) Tek Taraflı Gizli Uyuşmazlık- Çift Taraflı Gizli Uyuşmazlık

⁵²⁵ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 17, N. 3; Eren, Genel Hükümler, s. 758; Kenan, Tunçomağ, Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976, s. 203.

⁵²⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 755; Müller, a.g.e., Art. 1, s. 227.

⁵²⁷ Mehmet Serkan, Ergüne, Olumsuz Zarar, Beta Basım Yayın, İstanbul, 2008, s. 219.

⁵²⁸ Eren, Genel Hükümler, s. 132-134., Oğuzman / Öz , Genel Hükümler, s. 76-77.

⁵²⁹ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 229.

⁵³⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 759; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 17, N. 3; Tunçomağ, Genel, s. 204; Müller, a.g.e., Art. 1, s. 230.

⁵³¹ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 229; Ergüne, Olumsuz Zarar, s. 219.

İrade açıklamalarının arasındaki uyumsuzluk, taraflardan sadece birinin bilincinde olmadığı durumlarda “tek taraflı gizli uyumsuzluk”, iki tarafın da bilincinde olmadığı durumlarda ise “çift taraflı gizli uyumsuzluk” söz konusu olmaktadır⁵³². Bu tür uyumsuzlukta sözleşme kurulması, gizli uyumsuzluğun esaslı nokta veya ikinci derece nokta üzerinde olmasına bağlı olarak değerlendirilmelidir.

(2) Açıklama Uyumsuzluğu

Sözleşme taraflarından birinin doğru olarak gerçek iradesini açıkladığı, irade açıklamasının tarafı olan kişinin ise açıklamayı yanlış algılaması ile kendi anlayışına göre karşılık vermesi durumunda, irade açıklamalarının arasındaki uyumsuzluk, “açıklama uyumsuzluğu” olarak nitelendirilir⁵³³. Bununla birlikte açıklama uyumsuzluğu, irade açıklamalarına sadece olumlu içerik ile değil, olumsuz içerikteki karşılık verilmesi durumunda da söz konusu olmaktadır⁵³⁴. Ayrıca açıklama uyumsuzluğu tek taraflı olabileceği gibi çift taraflı da olabilir. Zira açıklama uyumsuzluğunun olması taraflardan en az birinin uyumsuzluğun bilincinde olmaması durumuna bağlıdır⁵³⁵.

Açıklama uyumsuzluğu hâlinde sözleşmenin kurulup kurulamayacağı, uyumsuzluğun esaslı nokta veya ikinci derece nokta niteliğindeki unsurlar üzerinde gerçekleşmesine, diğer bir ifade ile bunun gerçek uyumsuzluk mı yoksa gerçek olmayan uyumsuzluk mı olduğuna göre değerlendirilmelidir⁵³⁶. Esaslı nokta niteliğindeki bir unsur üzerinde ortaya çıkan gizli uyumsuzluk, sözleşmenin kurulmasına engel teşkil eder. Zira bu durumda taraflar, irade açıklamalarının aynı anlamda algılandığını bilmemekte ve uygunluk bilinci ile birlikte gerçek bir uygunluk bulunmamaktadır⁵³⁷. Ayrıca, tarafların irade açıklamalarına rağmen korunmaya değer haklı menfaatlerinin olmaması sebebiyle, irade açıklamaları arasında normatif uygunluktan da söz edilemez⁵³⁸. Buna karşılık, ikinci derece nokta niteliğindeki bir unsur üzerindeki gerçek olmayan uyumsuzluğun sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmediği kabul edilmektedir⁵³⁹.

(3) Görünüşte Uygunluk

Görünüşte uygunluk, birden fazla anlam taşıyan irade açıklamasında bulunan taraflardan birine diğer tarafında aynı şekilde birden fazla anlam taşıyan irade açıklaması ile

⁵³² Müller, a.g.e., Art. 1, s. 231; Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 17, N. 3; Eren, Genel Hükümler, s. 759.

⁵³³ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 232.

⁵³⁴ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 234.

⁵³⁵ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 232.

⁵³⁶ Eren, Genel Hükümler, s. 104-106.

⁵³⁷ Akıncı, Genel Hükümler, s. 85-87., Serozan, Genel Bölüm, s. 92-93.

⁵³⁸ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 233.

⁵³⁹ Tekinay/ Sermet / Haluk / Altop, Genel Hükümler, s. 87-88.

karşılık vermesi durumunda tarafların her birinin irade açıklamalarını birbirine uygun olmayacak şekilde algılamaları sonucunda ortaya çıkmaktadır. Bu durumda tarafların iradeleri ile irade açıklamalarının arasında, normatif veya gerçek olarak değil, görünüşte uygunluk söz konusu olur⁵⁴⁰. Esasen gizli bir uyuşmazlık niteliğinde olan “görünüşte uygunluk” (scheinbare Übereinstimmung), eğer sözleşmenin esaslı unsurlarından biri üzerinde ortaya çıkarsa, sözleşmenin kurulmasına engel teşkil eder. Örneğin, taraflardan biri 100.000 TL bedelle bir taşınmazın satışı konusunda anlaşmaya vardığını düşünürken, diğer taraf aynı taşınmaz için 100.000 USD olarak anlamışsa, görünüşte bir uygunluk olsa bile esaslı unsurda uyuşmazlık bulunduğundan sözleşme kurulmuş sayılmaz.

Buna karşılık, tarafların irade açıklamalarının farklı anlamlarda algılanmasına rağmen, sözleşmenin içeriğinin bu anlamlardan birinin diğerine kıyasla daha baskın şekilde yorumlanabildiği ve bu yorumun taraflardan birinin anlayışına yakın olduğu durumlarda sözleşmenin kurulduğu kabul edilebilir. Örneğin, bir kira sözleşmesinde kira bedeli “bin” olarak belirtilmiş, ancak önceki kira ilişkilerinde her ay 1.000 TL ödendiği biliniyorsa ve makul bir üçüncü kişi de aynı sonucu çıkarabiliyorsa, bu durumda sözleşmenin kurulduğu söylenebilir⁵⁴¹.

2.1.5.2.3. Tam Uyuşmazlık- Kısmi Uyuşmazlık

İrade açıklamalarının arasındaki uyuşmazlığın sözleşme unsurlarının tümü üzerinde olması durumunda “tam uyuşmazlık”, bazı unsurları üzerinde olması durumunda ise “kısmi uyuşmazlık” söz konusu olmaktadır⁵⁴². Tam uyuşmazlık söz konusu olduğunda sözleşmenin kurulması mümkün değildir. Kısmi uyuşmazlık durumunda ise üzerinde uyuşmazlık olan unsurun esaslı nokta veya ikinci derece nokta olmasına bağlı olarak sözleşmenin kurulmasına etkisi değişmektedir⁵⁴³.

a) Esaslı Kısmi Uyuşmazlık

Kısmi uyuşmazlık durumunun sözleşmenin kurulmasına etkisi, objektif esaslı nokta ve subjektif esaslı nokta üzerinde olmasına göre değerlendirilmektedir.

(1) Objektif Esaslı Nokta Üzerinde

Sözleşmenin objektif esaslı nokta niteliğinde olan bir unsuru üzerinde kısmi uyuşmazlığın olması, başka bir ifade ile kısmi gerçek uyuşmazlığın olması halinde sözleşme

⁵⁴⁰ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 235.

⁵⁴¹ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 236.

⁵⁴² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 17, N. 3; Eren, Genel Hükümler, s. 756; Müller, a.g.e., Art. 1, s. 243.

⁵⁴³ Zekeriya, Kurşat, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2017, s. 10.

kurulmasına engel teşkil eder⁵⁴⁴. Objektif esaslı noktanın doğal bir sonucu olan bu durum, sözleşmenin kurulmasına engeldir. Bu bağlamda, isimli sözleşmelerde sözleşmenin hangi tipte olacağını belirleyen, isimsiz sözleşmelerde de işlem çekirdeğini meydana getiren, üzerinde uygunluk sağlanarak sözleşmenin anlamlı bir bütün durumuna getirecek olan unsur üzerinde kısmi uyuşmazlık sonucunda sözleşmenin kurulması engellenir. Bu türdeki kısmi uyuşmazlık durumunda kurulacak olan sözleşmenin hükümlerinin belirlenmesi amacıyla, sözleşmeden kaynaklanan taraflar arasındaki ihtilafı çözümleyecek olan hâkim tarafından kısmi uyuşmazlık resen göz önüne alınmalıdır.

(2) Subjektif Esaslı Nokta Üzerinde

Sözleşmenin subjektif esaslı nokta niteliğinde olan unsuru üzerinde kısmi uyuşmazlığın olması, sözleşmenin kurulmasına engel teşkil eder⁵⁴⁵. Subjektif esaslı noktanın doğal bir sonucu olan bu durum, tereddütsüz olarak sözleşmenin kurulmasına engeldir. Bu türdeki kısmi uyuşmazlık, sözleşmeden kaynaklanan taraflar arasındaki ihtilafı çözümleyecek olan hâkim tarafından kısmi uyuşmazlık resen göz önüne alınmaz⁵⁴⁶.

b) Esaslı Olmayan Kısmi Uyuşmazlık

Sözleşmenin ikinci derece nokta niteliğine haiz unsuru üzerinde kısmi uyuşmazlık olması durumu, sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmez⁵⁴⁷. Bu ikinci derece nokta ile subjektif ve objektif esaslı nokta üzerinde kısmi uyuşmazlık açıklamalarının karşıt anlamı göz önüne alındığında anlaşılabilir bir durumdur. Taraflar esaslı olmayan kısmi uyuşmazlık halinde, sözleşme özgürlüğü ilkesine uygun olduğu şekilde sonradan ikinci derece nokta uygunluk sağladıklarında anlaşmaya riayet edilmelidir. Anlaşmanın olmaması halinde ise, taraflar ile irade açıklamaları arasındaki uyuşmazlık hâkim tarafından, bu hususun taraflarca saklı tutulmuş olması durumunda TBK m.2/2 hükmü uyarınca işin özelliğine göre karara bağlanır. Hususun saklı tutulmamış durumunda ise hâkim yedek hukuk kurallarına göre uyuşmazlığı karara bağlar. Özellikle sözleşme taraflarının tacir olması durumunda, tarafların kendi genel işlem koşullarına uygun sözleşme kurdukları, fakat hükümler arasında uyuşmazlık olduğu durumlarda esaslı olmayan kısmi uyuşmazlık söz konusu olur⁵⁴⁸. Bu türdeki uyuşmazlık durumunda tarafların sözleşme unsurlarının bir kısmında uygunluk sağladıkları ifade edilebilir. Üzerinde uyuşmazlığın olduğu unsurun genel işlem koşulu olması

⁵⁴⁴ Alfred, Koller, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 4. Auflage, Bern, 2017, s. 20; Müller, a.g.e., Art. 1, s. 244; Gauch/Schlupe/Schmid, s. 326.

⁵⁴⁵ Bucher, a.g.e., s. 145; Müller, a.g.e., Art. 1, s. 247.

⁵⁴⁶ Bkz. Peter, Gauch, Der Werkvertrag, 6. Auflage, ZürichBasel-Genf, 2019, s. 380.

⁵⁴⁷ Bkz. Kurşat, a.g.e., s. 103; Müller, a.g.e., Art. 1, s. 249.

⁵⁴⁸ Müller, a.g.e., Art. 1, s. 351.

bakımından objektif esaslı nokta niteliğine haiz değildir. Aynı zamanda ilgili unsurun subjektif esaslı nokta nitelemesi de yapılamaz. Bu bağlamda esaslı olmayan kısmi uyumsuzluğun sözleşmenin kurulmasına engel teşkil etmeyeceği açıktır⁵⁴⁹.

2.2. IMK'ya Göre Sözleşmenin Unsurları

Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) sözleşme, tarafların yükümlülüklerini belirleyen temel kaynak olarak kabul edilir⁵⁵⁰. Kişilerin hak ve yükümlülükleri, gerçekleştirdikleri sözleşme ile şekillenir. Sözleşme, iki farklı irade onayı ile oluşturulmuşsa, sözleşmenin sona ermesi veya değiştirilmesi yalnızca aynı iradelerin onayı ile gerçekleşir. Taraflardan biri, tek başına sözleşmeden vazgeçemez, değiştiremez veya sözleşmeyi sona erdiremez⁵⁵¹. Ayrıca, hâkim de sözleşmeye hukuka ve adalete aykırı bir şekilde müdahale edemez veya sözleşmede yer almayan bir hüküm ekleyemez⁵⁵².

Sözleşmelere ilişkin düzenlemelerde kamu gücü, kamu yararı doğrultusunda bireylerin sosyal ve ekonomik ilişkilerine müdahil olmadan sözleşmeleri yönetmek ve denetlemek amacını taşır. Irak hukukunda, bu prensipler göz önüne alındığında, sözleşmelerin kamu yönetimi ile ilgili özel bir şekli ortaya çıkar. Çünkü IMK'da sözleşmelere ilişkin hükümler, taraflar arasındaki irade ve eşitlik gücü ilkelerine dayanarak düzenlenir⁵⁵³.

Sözleşmenin temelinde, iki veya daha fazla iradenin hukuki bir sonucu meydana getirmek üzere belli bir yükümlülük oluşturması, düzenlemesi veya aktarması yatmaktadır. IMK'ya göre, sözleşmenin unsurları; rıza, sözleşmenin konusu, nedeni ve şekli olarak ele alınır. Sağlıklı bir sözleşmenin yapılabilmesi için, tarafların tümünün gerekli yeterliliğe sahip olması ve taraf iradelerinin sağlam olması gerekir. Sözleşmeler, belirli unsurlar (örneğin, teklif ve kabul) ile kurulur. Bunlardan biri sözleşmede eksikse, sözleşme geçersiz kabul edilir. Bu unsurlar arasında tarafların rızası (irade beyanı), sözleşme konusu (mehel-mevzu), sözleşmenin amacı (amaç), ve şekli sözleşmede bulunmalıdır (IMK m. 77 ve devamı). IMK'da yer alan sözleşme unsurları aşağıda daha detaylı ele alınmıştır⁵⁵⁴.

⁵⁴⁹ Bkz. Eray Aksın, Atar/ Ertuğrul Doğan, Erzengin, "Mukayeseli Hukukta Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması ve Bu Duruma Bağlı Hukuki Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, (2020), s. 76; Müller, a.g.e., Art. 1, s. 356.

⁵⁵⁰ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s.76.

⁵⁵¹ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 76.

⁵⁵² Abdürrezzâk, Senhûrî, el-Vesît fi'l-Kânûnî'l-Medenî, b. 2, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Kahire, 1964, s.153.

⁵⁵³ Sa'd, Alûş, Nazariyyetü'l-Müessesetü'l-Âmme ve Tatbikâtühâ fi't-Teşri'i'l-İrâkî, Dirâse Mukârane, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Bağdat, 1968, s. 7.

⁵⁵⁴ Muhammed Rifât, Abdulvehhâb, Mebâdiü ve Ahkâmi'l-Kânuni'l-İdârî, Menşûrâtü'l-Halebî el-Hukûkiyye, Lübnan, Beyrut, 2005, s. 492; Bedrî, Ahmed Tallâl Abdulhamîd, Kâidetü el-Akdü Şerî'atü'l-Müte'âkideyn fi

2.2.1. Tarafların Rızası:

Sözleşmelerde rıza, tarafların iradelerinin bir hukuki sonuç doğurmak amacıyla — örneğin bir yükümlülüğü kurmak, değiştirmek veya devretmek için— uyuşmasıdır. Genel olarak sözleşmeler, tarafların bu irade uyuşmasını teklif ve kabul beyanlarıyla ortaya koymaları sonucunda kurulur. Sözleşme, bir tarafın öneride bulunması, diğer tarafın ise bu öneriyi kabul etmesiyle yapılır⁵⁵⁵.

Sözleşmelerde rıza, tarafların iradelerinin, bir hukuki ilişkiyi kurmak, değiştirmek veya sona erdirmek amacıyla birbirine uygun olması anlamına gelir. Rıza, kural olarak karşılıklı **öneri** ve **kabul** beyanlarının örtüşmesi ile ortaya çıkar. Türk Hukuku'nda bu süreç, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 1 ve 2 hükümlerine dayanır; sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı irade açıklamalarının uyum içinde ve açık şekilde ortaya konması gerekir. Taraflar arasında rızanın hiç oluşmaması veya sakatlanması (örneğin hata, hile, ikrah gibi irade bozuklukları), sözleşmenin geçersizliği sonucunu doğurur. Benzer şekilde, Irak Medeni Kanunu da taraf iradelerinin sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmasını zorunlu kılar (IMK m. 73, 79, 132). Irak hukukunda da irade bozukluğu hâllerinde sözleşme geçersiz olur ve taraflar eski hâle iade edilir. Her iki sistemde de, rıza unsuru hem sözleşme özgürlüğünün hem de hukukî güvenliğin temel şartı olarak kabul edilmektedir. Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların birbirine uygun karşılıklı irade beyanında bulunmaları gerekmektedir. Bu, sözleşmenin temel unsurunu oluşturur. Ancak, tarafların iradesini sakatlayan ikrah, hile, gabin gibi bir sebep mevcutsa ve buna rağmen sözleşme kurulmuşsa, sözleşme geçersiz kabul edilir. Türk Hukuku'nda da benzer şekilde, iradenin sakatlanması durumunda, TBK m. 36'ya göre, sözleşme iptal edilebilir⁵⁵⁶.

İnsanın içsel iradesinin dışa yansıması, irade beyanı olarak kabul edilir. İrade beyanı yazılı, sözlü, işaretle veya fiili olarak yapılabilir. IMK m. 77'de yer alan ifadelerle göre, "Teklif ve kabul örfen sözleşme yapmak için kullanılan sözcüklerdir. Bu hususta ortaya atılan ilk söz teklif, ikincisi ise kabul sayılır." Bu ifadelerden, IMK'nın sözleşmelerde teklif ve kabul için örtülü kelimeler kullandığı anlaşılmaktadır⁵⁵⁷. Türk hukukunda da benzer bir yaklaşım vardır; TBK m. 1'de, bir sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların karşılıklı olarak iradelerini

Mecâli'l-Ukûdî'l-İdâriyye, Dirâse Mukârane, b. 1, Dâru Mektebeti Adnan, Bağdat, 2013, s. 63.

⁵⁵⁵ Abdülbaki Muhammed, Suvâdî, 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. 27.

⁵⁵⁶ Bkz. Malik Dohan, El-Hasan, Şerh ELkanun Elmedeni (Elnazariyetül Amme Fi Eliltizam), "Masadirül İltizam", I Cüz, Bağdat 1963.

⁵⁵⁷ Miftâh Halîfe Hamed Muhammed, Şelmânî, el-Ukûdû'l-İdâriyye ve Ahkâmü İbrâmihâ, Dâr'ülMatbûât el-Câmi'iyye, İskenderiye, 2008, s. 15.

açıklamaları gerektiği belirtilmektedir. Yani teklif ve kabul, her iki tarafın da iradesini açıkça ortaya koymalarıyla geçerlilik kazanır⁵⁵⁸.

Sözleşmede temel unsur, rıza göstermektir. Rıza unsurunun yerine geçebilecek başka bir unsur bulunmamaktadır. Zira rıza, her iki tarafın yükümlülüğü bakımından doğrudan bir kaynak oluşturur. Sözleşmede rıza unsurunda, ehliyet unsurları haricinde dolandırma, zorlama, aldatma ve hata gibi kusurlar olmamalıdır. Bu kusurların olduğu sözleşmelerin iptal edilmesi hâkimin yetkisindedir⁵⁵⁹.

Örneğin, bir şirket temsilcisinin kendi bireysel sıfatı ile sözleşme yapması ve karşı tarafın onun sözleşmeyi şirket temsilcisi sıfatı ile yaptığını düşünmesi durumunda bir yanlış hali söz konusu olabilir. Bu durumda, kesin hükümsüzlük yerine iptal edilebilirlik yaptırımı uygulanır. Türk hukukunda da bu durum, TBK m. 36'ya göre, hataya düşen tarafın sözleşmenin iptal edilmesi için dava açması gerektiği hükmüne dayanır⁵⁶⁰.

2.2.2. Sözleşmenin Konusu

Sözleşme konusu, borçlu tarafın yapması veya yapmaması gereken işlemleri ifade etmektedir⁵⁶¹. Irak Medeni Kanunu'na (IMK) göre, sözleşmeden doğan her yükümlülüğün, sözleşme hükümlerine uygun ve belirli bir konusu olmalıdır. Bu konu, borç ya da peşin bir emtia gibi çeşitli şeyler olabilir. Ayrıca, bir işin yapılmaması ya da bir hizmetin verilmesi de sözleşme konusu olarak kabul edilebilir⁵⁶².

IMK'nın genel hükümlerine göre, her sözleşmenin bir konusu olmalı, bu konu belirli veya belirlenebilir olmalıdır. Diğer bir deyişle, sözleşme konusu, belirsiz ya da imkansız bir şey olamaz. Ayrıca, sözleşme konusu meşru olmalıdır; yani, hukuka ve kamu düzenine aykırı olmamalıdır (IMK m. 126-130)⁵⁶³. Sözleşme konusu, tarafların sözleşmeden doğan yükümlülüklerinin kaynağını oluşturur. Örneğin, bir ürün bayisinin satılan ürünü teslim etme yükümlülüğü, teslimat zamanı kadar ürünü koruma yükümlülüğü, gerekli özeni gösterme ve ürünün gizli kusurlarının bulunmadığını garanti etme yükümlülükleri, sözleşmeden doğan yükümlülükler olarak ifade edilebilir. Benzer şekilde, tüketicinin ürün bedelini ödeme yükümlülüğü de sözleşme konusuyla bağlantılıdır⁵⁶⁴.

⁵⁵⁸ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 778.

⁵⁵⁹ İsmail, Şerh el-Kanun el-Medenî el-İrakî – el-İltizamât el-Amm, Cilt I, s. 155-162.

⁵⁶⁰ Ömer Hilmi, Fehmî, Temyüzü'l-Akdi'l-İdârî, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Kahire, 1993, s. 31.

⁵⁶¹ İsmail, Şerh el-Kanun el-Medenî el-İrakî – el-İltizamât el-Amm, Cilt I, s.165.

⁵⁶² 40 Sayılı 1951 Yılı Değiştirilmiş IMK m. 126.

⁵⁶³ Bkz. Hasan Ali, Ez-Zennün, Elnazariye Elama Lililtizam (Masadir Eliltizam- Ahkam Eliltizam-İspat Eliltizam), Bağdat 1976, s. 107.

⁵⁶⁴ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 78.

IMK'da sözleşme konusu açısından yerine getirilmesi gereken şartlar şu şekilde belirtilmiştir⁵⁶⁵:

- a) Sözleşme konusu, var olan veya mümkün olan bir şey olmalıdır,
- b) Resmi veya meşru bir alışveriş yapılacak bir şey olmalıdır,
- c) Herhangi bir yanlış anlamaya yol açmayacak şekilde açık bir şekilde ifade edilmelidir.

Türk Hukuku'nda da benzer düzenlemeler bulunmaktadır. Türk Borçlar Kanunu'na göre, sözleşme konusu, belirli ve geçerli bir hukuken olmalıdır. TBK m. 26'ya göre, bir sözleşmenin geçerliliği için, sözleşme konusunun hukuka uygun ve mümkün olması gerekmektedir. Hem IMK'da hem de TBK'da sözleşme konusu, tarafların yükümlülüklerinin kaynağını oluşturur ve bu yükümlülükler, sözleşme konusunun türüne göre belirlenir.

2.2.3. Sözleşmenin Sebebi

Yeni teori, klasik teorinin aksine⁵⁶⁶, sözleşmenin neden unsurunu bir etken olarak kabul etmiştir. Bu yaklaşım, sözleşmenin meşruluğu ve geçerliliği açısından neden unsurunun gerekliliğini vurgulamaktadır. Hukuki sözleşmelerde olduğu gibi, idari sözleşmelerde de neden unsuru önemli bir rol oynamaktadır. Sözleşmede, irade, kamu yararının gerçekleştirilmesi ve kamu hizmetinin sürekliliğinin güvence altına alınması amacıyla etkin bir şekilde kullanılmaktadır⁵⁶⁷. (Meşruluk ve geçerlilik farkı, Geçerlilik: Sözleşmenin hukuken sonuç doğurabilmesi için aranan tüm şartların (ehliyet, irade, konu, sebep, şekil) eksiksiz bulunması hâlidir. Geçersiz bir sözleşme baştan itibaren hüküm doğurmaz. Meşruluk: Sözleşmenin konusunun, amacının ve sebebinin hukuka, ahlaka, kamu düzenine uygun olmasıdır. Meşru olmayan bir sözleşme (örneğin suç işleme amacı taşıyan sözleşme) zaten geçersizlik yaptırımına tabi olur. Kısacası: Meşruluk, geçerliliğin alt unsurlarından biridir. Her meşru sözleşme geçerlidir (diğer şartlar da varsa), ancak her geçerli sözleşmenin meşru olması gerekir.)

⁵⁶⁵ 40 Sayılı 1951 Yılı Değiştirilmiş IMK m. 128, m.129, m.130.

⁵⁶⁶ Bkz. Ali Abdülemir, Kablan, Eserü'l-Kânûnü'İHâs Ale'l-Akdi'l-İdârî, Zeynü'l-Hukûkiye, Lübnan, c. 1, b. 2, 2014, s. 460-461.

⁵⁶⁷ Burada “yeni teori” ifadesi teknik anlamda biraz muğlak kalıyor. Doktrinde sözleşmenin nedeni (sebebi) konusunda kullanılan terminolojiye bakıldığında, iki temel yaklaşım öne çıkar: Klasik teori (causa teorisi) – Roma Hukuku ve Fransız Medeni Kanunu (Code Civil) geleneğine dayalıdır. Burada *sebeb*, sözleşmenin kurucu unsurlarından biridir ve sözleşmenin geçerliliği sebebin varlığına bağlıdır. Modern teori – Klasik teorinin “sebeb” kavramını eleştirir; sebebi sözleşmenin bağımsız bir unsuru olmaktan çıkarır veya farklı bir biçimde tanımlar. Bazı kaynaklar buna “sebebin objektifleştirilmesi” veya “sebeb yerine ekonomik amaç” yaklaşımı der., Bedri, a.g.e., s. 58.

IMK'ya göre, sözleşmedeki taraflardan biri, neden unsuru olmaksızın ya da hukuken kabul edilmeyen, kamu ahlakına veya kamu düzenine aykırı bir nedenden dolayı yükümlülük altına girerse, sözleşme geçersiz sayılır. Sözleşmede neden unsuru açıkça belirtilmemişse ya da belirtilmemişse, aksine bir ispat yapılmadığı sürece, her yükümlülük için meşru bir neden olmalıdır⁵⁶⁸. Ayrıca, sözleşmede açık bir şekilde neden belirtilirse, bu neden gerçek neden olarak kabul edilir, aksi ispat edilmediği sürece (IMK m. 132).

2.2.4. Sözleşmenin Şekli

Sözleşme, aksine bir hüküm bulunmadıkça herhangi bir şekle tabi olmaksızın kurulabilir. Sözleşme değişiklikleri bakımından da aynı kural geçerlidir. Türk Hukuku'nda TBK m. 12 uyarınca, kanunda açıkça öngörülmedikçe sözleşmenin geçerliliği için yazılı şekil şartı aranmaz. Bununla birlikte, bazı sözleşmeler için kanunda geçerlilik şartı olarak özel şekil öngörülmüştür. Örneğin, taşınmaz satış sözleşmeleri, TBK m. 207 ve TMK m. 706 uyarınca adi yazılı şekilde değil, tapu memuru huzurunda düzenlenen resmi senet şeklinde yapılmak zorundadır. Ayrıca, sözleşme konusu, tarafların iradesinin açıkça ve kesin bir şekilde beyan edilmesini gerektirir. Bu hem IMK'da hem de Türk Hukuku'nda geçerlidir. Yazılı sözleşmelerde tarafların iradeleri, herhangi bir şüpheye yer bırakmayacak şekilde açıkça ifade edilmelidir.

İdari sözleşmelerde ise yazılılık şartı daha katıdır⁵⁶⁹. İdare, işlemleri ve sözleşmeleri genellikle yazılı olarak yapar ve yazılı olmayan idari sözleşmelerin geçerliliği kabul edilmez. Bu durum, Türk Hukuku'nda da idari işlemler için geçerlidir⁵⁷⁰.

2.3. IMK'da Özel Hukuk Sözleşmeleri ve İdari Sözleşmeler Ayrımı

İdare, kamu yararını ve bireylerin zorunlu ihtiyaçlarını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle, idare, bu amaçları gerçekleştirmek için şirketler, bireyler ve kamu tüzel kişileriyle sözleşme yapabilmektedir⁵⁷¹. Irak hukukunda, özünde özel hukuk sözleşmesi ile idari sözleşme arasında temel bir fark bulunmamaktadır. Her iki tür sözleşme de hukuki etki oluşturmak amacıyla, iki veya daha fazla iradenin karşılıklı anlaşmasına dayanmaktadır. Ancak, idari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri arasındaki fark, bunları yöneten hukuk sistemlerinde yatmaktadır. Zira özel hukuk sözleşmelerinde bulunmayan birtakım unsurlar,

⁵⁶⁸ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 79.

⁵⁶⁹ Mâcid Râğıb, Hulû, el-Ukûdû'l-İdâriyye, Matbaat'ül Camiyyei, 2007, s. 52.

⁵⁷⁰ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 75.

⁵⁷¹ Muhammed Ahmed İbrahim, Müslümani, el-Vesît fî Şerhi'l-Kânûni'l-İdârî, Dirâse Mukârane fî'l Kanun el-vaz'î ve el-Şeria el-İslamiyye, Dâr el-Fikrû'l-Câmi'î, İskenderiye, 2017, s. 407.

idari sözleşmelerde aranır⁵⁷². Bu unsurlar arasında, idari sözleşmelerde biçimsel Sadece şekil şartları gibi önemli düzenlemeler yer almaktadır. İdari sözleşmelerde bu tür işlemler oldukça önemli olup, bunların yerine getirilmemesi durumunda sözleşme kurulamamaktadır⁵⁷³.

İdare, temel amacı olan kamu yararını gerçekleştirmek ve bireylerin zorunlu ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla hareket eder. Bu bağlamda, idare; şirketler, bireyler ve kamu tüzel kişileri ile çeşitli hukuki ilişkiler kurar ve bu ilişkiler çoğu zaman sözleşme yoluyla tesis edilir. İdari sözleşmeler, özünde iki veya daha fazla tarafın karşılıklı irade beyanına dayansa da, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, kamu hizmetinin yürütülmesi ve kamu düzeninin sağlanması amacına hizmet eder .

Irak hukukunda ise, öz itibariyle özel hukuk sözleşmeleri ile idari sözleşmeler arasında kuruluş açısından temel bir fark bulunmamaktadır; her iki tür sözleşme de karşılıklı rıza ile doğar. Ancak bunları yöneten hukuk kuralları farklıdır. Özellikle idari sözleşmelerde, özel hukuk sözleşmelerinde bulunmayan unsurlar aranır. Bunlar arasında, biçim (şekil) şartı, kamu hizmetinin sürekliliği ve idarenin üstün yetkileri (örneğin tek taraflı fesih, cezai yaptırım uygulama yetkisi) gibi düzenlemeler yer alır . Bu tür şekil ve usul kuralları yerine getirilmediğinde, idari sözleşmenin kurulması mümkün olmaz.

Türk hukukunda da idari sözleşmeler ile özel hukuk sözleşmeleri arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) göre, özel hukuk sözleşmeleri, tarafların eşit statüde olduğu ve serbest iradeye dayalı olarak kurulan hukuki işlemlerdir (TBK m. 1). Buna karşılık idari sözleşmelerde taraflar eşit konumda değildir; idare kamu gücüne dayalı üstün yetkilere sahiptir. İdari sözleşmeler, Türk İdari Yargılama Usulü Kanunu (İYUK), Devlet İhale Kanunu ve ilgili mevzuat çerçevesinde şekle sıkı sıkıya bağlı olarak yapılır; bu sözleşmelerin temel amacı kamu hizmetinin düzenlenmesi ve yürütülmesidir . Bu nedenle idari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerine kıyasla daha fazla şekil şartına ve kamu hukuku esaslarına tabidir.⁵⁷⁴ Bu kapsamda idarenin yaptığı sözleşmeler temel olarak iki kısma ayrılır:

Bunlardan ilki özel hukuk idari sözleşmeleri olmaktadır. Bu sözleşmeler idarenin kamu yetkilerine sahip olmayan kişilerle yapmış olduğu sözleşmelerdir. Aynı zamanda idare

⁵⁷² Mahmûd Halef, Ceburi, el-Ukûdü'l-İdâriyye, Matbaatü't-Ta'lim el-Âlî fî Musul, Musul, 1989, s. 18.

⁵⁷³ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 79.

⁵⁷⁴ Atar/ Erzengin, "Mukayeseli Hukukta Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması ve Bu Duruma Bağlanan Hukuki Sonuçlar", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 26, S. 1, (2020), s. 81., Mahmûd Halef, Ceburi, el-Ukûdü'l-İdâriyye, Matbaatü't-Ta'lim el-Âlî fî Musul, Musul, 1989, s. 18.

karşı taraf ile normal bir kişi olarak sözleşme yapar. Örnek vermek gerekirse, alım ve satım sözleşmeleri gösterilebilir.

Irak hukukunda satış sözleşmesi kavramı “satım akdi” ya da Arapça terminolojisiyle "عقد البيع" ('aqd al-bay') olarak ifade edilir ve Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) m. 506–522 arasında düzenlenir. IMK'da tanım, TBK m. 207'ye benzer şekilde yapılmıştır: Satım sözleşmesi, satıcının bir malın mülkiyetini alıcıya devretmeyi, alıcının ise bunun karşılığında belirli bir bedeli ödemeyi taahhüt ettiği sözleşmedir (IMK m. 506/1). Burada da karşılıklı edimler esas alınır ve satış sözleşmesi, özel hukuk sözleşmeleri arasında en temel ve yaygın tip olarak görülür. Dolayısıyla, Irak hukukunda da “satış sözleşmesi” dediğimizde, aslında IMK'daki “عقد البيع” düzenlemesi kastedilir ve bu, sizin paragraftaki gibi idarenin bir özel hukuk kişisi sıfatıyla taraf olduğu bir akit türü olarak yer alabilir. Bu bağlamda özel hukuk idari sözleşmelerini özel hukuk kurallarının yönettiği belirtilebilir. Bununla birlikte Irak hukukunda bir sözleşmelerden dolayı oluşan anlaşmazlıklarda yetki normal idari yargıda olmaktadır⁵⁷⁵.

İkinci gruptaki sözleşmeler ise, şekil şartları bakımından önem arz eden idari sözleşmeleri olmaktadır. Kamu hukuku tarafından düzenlenen bu sözleşmelerin yapılma amacı kamu tüzel kişisinin kamu hizmetlerini düzenlemesi ve görmesidir. Bu sözleşmelerin şekil şartları düzenlenmiş olup, sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlandırmaktadır. Zira bu sözleşmeler özel hukukta yer almayan düzenleyici hükümler içermektedir. Diğer bir anlatımla sözleşmelerin idare ile sözleşme yapan taraf kamu hizmetini yürütmeye doğrudan ortak hale getirmesidir. Aynı zamanda idari yargıya tabi olmaları nedeniyle diğer sözleşmelerden özel hukuki sistemle ayrılmaktadır. İdari sözleşmeler tarafları, konusu, amaçları ve faaliyetleri bakımından da farklıdır⁵⁷⁶. Zira idare, sözleşmelerde gerekli değişiklikleri yapabilme hakkına sahip olsa da sözleşme koşullarını değiştirme hakkı, her zaman belirli bir yasal çerçeveye dayanır ve değişiklikler, belirli kurallara uygun olmalıdır⁵⁷⁷.

Türk Hukuku'nda idari sözleşmeler, özel hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, taraflarının, amaçlarının ve faaliyetlerinin de farklılık gösterdiği sözleşmelerdir. Türk İdare Hukuku'nda, idari sözleşmeler genellikle kamu tüzel kişileri tarafından yapılan, kamu hizmetlerinin düzenlenmesi ve yerine getirilmesi amacı güden sözleşmelerdir. Bu tür sözleşmeler, özel hukuk kuralları ile değil, kamu hukukunun kurallarıyla yönetilir. Ayrıca,

⁵⁷⁵ Miftâh Halife, Abdülhamid, İnâhû'l-Akdi'l-İdârî, Dirâse Mukârane, Dâr'ül-Matbûât elCâmi'iyye, İskenderiye, 2014, s. 9.

⁵⁷⁶ Abdülhamid, a.g.e., s. 9.

⁵⁷⁷ İsmet, Abdülmecid, İhtılâlü't-Tevâzüni'l-İktisâdî li'l-Akd ve Devrü'l-Kâdî fî Mu'âleceatih, Dirâse Mukârane, Risale Doktora, Mukaddeme ilâ Külliyyet'il-Hukuk ve's-Siyase, Câmiatü Bağdat, 1978, s. 10

idari sözleşmeler, kamu hizmetinin yürütülmesinde idareyi doğrudan sorumlu kılar ve tarafları, kamu yararını gözetme yükümlülüğü altına sokar⁵⁷⁸.

Türk Hukuku'nda idari sözleşmeler, esneklik açısından diğer özel hukuk sözleşmelerine göre daha farklıdır. İdare, sözleşmelerde gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilme hakkına sahiptir. Ancak bu değişiklikler, kamu hizmetinin düzenli bir şekilde yürütülmesini sağlamak amacıyla ve belirli bir yasal çerçeve içinde yapılmalıdır⁵⁷⁹. İdari sözleşmelerde, tarafların sözleşmeye aykırı gerekçelerle değişiklik yapması veya itirazda bulunması sınırlıdır. Bu durum, idarenin kamu hizmetini sağlamak amacıyla daha fazla esneklik kullanabilmesine imkan tanır.

Ayrıca, Türk Hukuku'nda idari sözleşmeler, idari yargıya tabi olmaktadır. İdari sözleşmelerin düzenlenmesinde, idare ile sözleşme yapan tarafın, kamu hizmetini yerine getirme sorumluluğu doğar. Bu da, idari sözleşmelerin, diğer özel hukuk sözleşmelerinden daha sıkı denetim ve yargı denetimine tabi olmalarını sağlar.

⁵⁷⁸ Ateş, Sözleşme İlişkilerinin Kurulmasında ve Borç İlişkilerinde Üçüncü Kişi, s. 329–359.

⁵⁷⁹ Nomer, Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir mi?, s. 2053–2074.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

SÖZLEŞMENİN KURULDUĞU VE HÜKÜM DOĞURMAYA BAŞLADIĞI AN, SÖZLEŞMENİN KURULAMAMASINI DOĞURAN SEBEPLER

3.1. Sözleşme Hükümlerinin Yürürlüğe Girmesi

Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Irak Medeni Kanunu (IMK), sözleşmenin kurulacağı ana dair doğrudan bir hüküm sunmamaktadır. Ancak genel kabul gören görüşe göre, sözleşme, kabulün ulaşma haberinin gelmesiyle kurulur ve öğrenme tarihinde kesinleşir⁵⁸⁰. Bu ayırım, kabulün öneriyi yapan kişi tarafından öğrenildiği ana kadar geri alınabilir olması ilkesine dayanmaktadır⁵⁸¹.

TBK m. 1/1 hükmüne göre, "*Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur.*" TBK hükümleri, sözleşmenin kurulma sürecine dair temel ilkeleri belirler; bu süreçte irade açıklamaları, karşılıklı ve birbirine uygun olmalıdır. Sözleşme kurulma sürecinde tarafların iradeleri, sözleşmenin hem oluşumunu hem de sonuçlanmasını etkiler ve sözleşme hükümlerinin yürürlüğe girmesini sağlar.

Öğretide, sözleşme hükümleri genellikle kurucu/bağlayıcı hüküm ve maddi/yenilik doğurucu hüküm olarak iki ana kategoriye ayrılır⁵⁸². Kurucu/bağlayıcı hüküm, sözleşmenin kurulması ve taraflar arasındaki hukuki ilişkinin dar anlamda oluşmasını sağlar⁵⁸³. Geniş anlamda ise sözleşme, taraflar arasında karşılıklı hak ve yükümlülük ilişkisini kurar. Kavramın temel ilkelerinden biri, verilen söze sadık kalınması, yani sözleşmeye bağlılık ilkesidir⁵⁸⁴. Bu ilkeye göre, sözleşme taraflar için bağlayıcıdır ve bir taraf, tek taraflı irade açıklamasıyla sözleşmeyi sona erdiremez veya değiştiremez⁵⁸⁵. Bu bağlamda, kurucu/bağlayıcı hüküm sözleşmenin kurulmasında önemli bir rol oynar⁵⁸⁶.

Türk Borçlar Kanunu TBK m. 89 ve m. 92'ye göre sözleşmenin kurulduğu an, bazı önemli sonuçlar doğurmasına rağmen, bu zamanın belirlenmesi konusunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durum, özellikle hazır olmayan taraflara karşı kabulün

⁵⁸⁰ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 2, s.66; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel, s.96; Kılıçoğlu, Genel., s. 50.

⁵⁸¹ Kılıçoğlu, Genel., s. 50.

⁵⁸² Akyol, Genel, s. 125; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 16, N. 3; Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 70

⁵⁸³ Bkz. Gauch/Schluep/Schmid, a.g.e., s. 224; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 16, N. 1-2.

⁵⁸⁴ Başak, Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, s. 12.

⁵⁸⁵ Akyol, Genel, s. 125; Halil, Akkanat, Taşeronluk (Alt Mütahhitlik) Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000, s. 222; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 16, N. 3.

⁵⁸⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop, Genel, s. 95; Akyol, Genel, s. 125; Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 94.

yöneltmesi veya yöneltmediği durumlarda, sözleşmenin kurulup kurulmadığının belirlenmesinde bazı belirsizlikler yaratmaktadır.

Maddi/yenilik doğurucu hüküm, tarafların iradeleri doğrultusunda hukuki işlemin gerçekleşmesiyle ortaya çıkar⁵⁸⁷. Ancak tarafların iradesi sadece sözleşmenin kurulmasıyla sınırlı değildir; aynı zamanda belirli maddi sonuçların doğmasına da yöneliktir. Bir satış sözleşmesinde, alıcının satıcının mülkiyetini ve zilyetliğini devralması ve satıcının bedel ödemesi gibi talepler, sözleşmenin maddi sonuçları olarak değerlendirilir ve bu da maddi/yenilik doğurucu hüküm olarak ifade edilir⁵⁸⁸.

Sözleşmenin yenilik doğurucu hükmü, borcun ifasının vadeye bağlanmasından farklıdır. Bu durumda, yerine getirilen edim, sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca geri istenebilir (TBK m. 77 vd.). Diğer taraftan, borç doğmuş olsa da vade gelmediği için muaccel hale gelmemiştir. Muaccel olmayan bir borcun yerine getirilmesi durumunda sebepsiz zenginleşme hükümleri uygulanmaz⁵⁸⁹.

Türk öğretisinde, sözleşmenin yenilik doğurucu hükmü, sözleşmenin hüküm doğurması olarak ifade edilir⁵⁹⁰. Ayrıca, sözleşmenin kurulma süreci sonuçlanmadığında, karşılıklı irade açıklamaları eksik olabilir ve sözleşme kurulmaz. Bu durumda, sözleşme hükümleri yürürlüğe girmez ve taraflar, sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerden sorumlu olmazlar. Ancak, sözleşmenin kurulmaması, tarafların birbirlerine karşı hukuken sorumlu olmayacakları anlamına gelmez. Sözleşmenin irade açıklamaları ile kurulmaması durumunda taraflar, dürüstlük kuralı çerçevesinde sorumlu olabilirler ve görüşmelerde birbirlerine karşı sorumluluk taşıyabilirler⁵⁹¹.

Irak Medeni Kanunu (IMK) m. 86/2'de sözleşmenin kuruluş şartları düzenlenmiştir. IMK'nın m. 86/2 hükmüne göre, "*Taraflar, sözleşmenin bütün esaslı unsurlarında anlaşmış ve daha sonra üzerinde anlaşacakları ayrıntılı konuları saklı tutmuşlarsa; ayrıca, bu konularda anlaşmazlık hâlinde sözleşmenin kurulmuş sayılmayacağı açıkça belirtilmemişse, sözleşme yapılmış kabul edilir.*" Bu maddeden çıkarılacak sonuç, sözleşmenin kurulabilmesi için üç ana koşulun yerine getirilmesi gerektiğidir⁵⁹²:

⁵⁸⁷ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 10, N. 3.

⁵⁸⁸ Akyol, Genel, s. 127; Müller, a.g.e., Art. 10, s. 11.

⁵⁸⁹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 214.

⁵⁹⁰ Akyol, Genel, s.125; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 22, N. 2.

⁵⁹¹ Ayan, Genel, s. 164.

⁵⁹² El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s 82.

Birinci Koşul: Esas Konularda Anlaşma, Sözleşmenin kurulması için tarafların sözleşmede yer alan esas konularda anlaşmaları gerekmektedir. Esas konular, tarafların amacı doğrultusunda, sözleşmenin niteliğini belirleyen ve tarafların birbirine karşı taahhüt ettiği karşılıkları ifade eder. Eğer taraflar arasındaki anlaşma esas konuları kapsamazsa, sözleşme kurulmuş sayılmaz⁵⁹³. Ancak, esas konular ile ikincil konular arasındaki ayrım, fıkıh alanında farklı görüşlere yol açmıştır. Esas konuların ikincil konulardan ayrılması gerektiği konusunda bazı görüşler mevcuttur⁵⁹⁴.

Esas ve İkincil Konuların Ayrımı: Genel olarak, esas konular ve ikincil konular arasındaki ayrım, tarafların iradelerine dayalı olarak belirlenir. Eğer bir taraf sözleşmede belirli bir konuyu kendi açısından esas kabul ederse, bu konu esas nitelik taşır⁵⁹⁵. Bu durumda, sözleşme tarafı ya da tarafları, ikincil olarak kabul edilen konuları esas niteliğe dönüştürebilirler⁵⁹⁶. Bu dönüşüm, genellikle satıcı veya alıcı için teslimatın belirli bir zamanda veya yerde yapılması ya da ödemenin belirli bir şekilde gerçekleştirilmesi gibi durumlarla ilgili olabilir.

Bu durumda, bir tarafın, esas olarak kabul edilen konu üzerinde anlaşmaya varamaması, sözleşmenin oluşumunu engellemez. Esas konu haline dönüşen bir ikincil konuda, sözleşmenin gerçekleştirilmesinin veya tamamlanmasının unsuru olması gerekmez⁵⁹⁷. Yani, sözleşmenin dışında bir konu, ancak bir taraf tarafından esas konu olarak kabul edilebilir ve diğer tarafa, anlaşmayı yapma memnuniyetinin ona bağlı olduğu bildirilebilir⁵⁹⁸.

Özellikle belirli bir yasal düzenlemeye tabi isimsiz sözleşmelerde bazı zorluklarla karşılaşılabilir. Bunun nedeni, sözleşmelerin işlemcilerin sürekli değişen ekonomik koşullarla paralel olarak gelişen ihtiyaçlarına ve çeşitlenen taleplerine uygun yeni formlarda düzenlenmesini gerektirmesidir⁵⁹⁹. Ancak, serbest sözleşme ilkesi, taraflara, kamu düzeni ve

⁵⁹³ Bkz. D. Mustafa Al-Jammal, Taahhüt Arayışı, 1. Baskı, Al-Halabi İnsan Hakları Yayınları, Beyrut, 2002, s.126.

⁵⁹⁴ Al-Jammal, a.g.e., s. 70.

⁵⁹⁵ Bkz. d. Saleh Nasser Al-Otaibi, a.g.e., s. 70-71.

⁵⁹⁶ Bkz. D. Mohamed Abdel-Zaher Hussein, Sözleşme Öncesi Aşamanın Yasal Yönleri, Teknik Basım ve Yayıncılık Kurumu, Kahire, 2002, s. 24.

⁵⁹⁷ Bkz. Abdel Moneim El Badrawi, a.g.e., s. 230; Abd al-Majid al-Hâkim, Medeni Hukukun Kısa Açıklaması, Borcun Kaynakları, Al-Ahlia Basım ve Yayın Şirketi, Bağdat, 1967, s.76.

⁵⁹⁸ Bkz. D. Muhammed İbrahim Al-Dasouki, Müzakereleri Yönetmede ve Sözleşmelerin Sonuçlandırılmasında Yasal Yönler, Genel Araştırma İdaresi Yayınları, Riyad, 1995, s. 34.

⁵⁹⁹ Bkz. D. Mustafa El-Gammal, Sözleşme Arayışı, a.g.e., s. 133.

ahlaki kurallar çerçevesinde ihtiyaçlarını karşılayacak şekilde sözleşmelerini şekillendirme özgürlüğü tanımaktadır⁶⁰⁰.

Ayrıca hâkim, genel hukuk kuralları ve sözleşmenin amacını göz önünde bulundurarak esas konuları belirleme yetkisine sahiptir⁶⁰¹. Bu, sözleşmenin gerçekleştirilmesi için gerekli yükümlülüklerin tespit edilmesi ve bu yükümlülüklerin sözleşmenin esas unsurlarını oluşturmasıyla sağlanır. Örneğin, takas sözleşmesinde karşılıklı yükümlülükler, sözleşme ilişkisi için önemli taahhütlerdir ve üzerinde anlaşılması gereken esas konulardır. Aynı şekilde, hizmet sözleşmesinde hizmetin içeriği de anlaşılması gereken esas bir konudur.

Bu bağlamda, sözleşmenin kurulabilmesi için, tarafların sözleşmenin ekonomik amacını gerçekleştirecek yükümlülükler üzerinde anlaşmaya varması gerektiği açıktır⁶⁰². Sözleşmenin doğası ve oluşumu, esas konular ve ikincil konuların belirlenmesinde belirleyici faktörlerdir.

İkinci Koşul: İkincil Konularda Anlaşma ve Ayrılabilirlik, Bazı görüşler, esas ve ikincil konuların belirlenmesinde kişisel ölçütlerin kullanılmasının kısıtlanması gerektiğini savunur. Bu görüşe göre, esas konuların ikincil konulardan ayrılması için tarafların ortak iradesine dayanmak gerekir. Bu ortak irade, tarafların önceki işlemlerinden, sözleşmenin yapıldığı koşullardan veya sözleşme üzerinde anlaşılmadan sözleşmenin kurulamayacağı bir konunun belirlenmesinden anlaşılabilir. Bu bakış açısına göre, sözleşme taraflarının, tüm esas konularda anlaşmaya varmaları ve gelecekte anlaşmayı umdukları ikincil konuları bağlamaları, sözleşmenin kurulmasına engel olmaz⁶⁰³.

Sözleşmenin doğasına ve niteliğine dayalı olarak esas ve ikincil konuları ayırt etmenin temelidir. Her sözleşme, belirli bir ekonomik amacı gerçekleştirmek üzere yapılır ve bu amaç doğrultusunda yükümlülükler, esas konuları oluşturur. Örneğin, bir satış sözleşmesinde satış konusu mal ve satış bedeli esas konuları oluşturur. Bu konular üzerinde anlaşma sağlanmadan sözleşme kurulamaz. Kiralama sözleşmesinde, kiralanan mal, kira bedeli ve süre, esas konular olup, bu unsurlar üzerinde anlaşmaya varılmalıdır. İnşaat sözleşmesinde ise, yüklenicinin belirli bir iş yapma taahhüdü ile işverenin ödeme yapma taahhüdü esas konuları oluşturur.⁶⁰⁴

⁶⁰⁰ Bkz. D. Mustafa El-Gammal, Sözleşme Arayışı, a.g.e., s. 135.

⁶⁰¹ Saleh Nasser Al-Otaibi, a.g.e., s. 66.

⁶⁰² Faisal Kulthum, Medeni Hukukta (sözleşmenin oluşumu), 1. baskı, Üniversite Araştırmalar, Yayıncılık ve Dağıtım Vakfı, Beyrut, 2000, s. 319; Yasser Al-Serafi, Sözleşmenin Oluşumunda Hâkimin Rolü, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Kahire, 2002, s. 13.

⁶⁰³ D. Saleh Nasser Al-Utaibi, a.g.e., s. 77.

⁶⁰⁴ Bkz. D. Yasser Al-Serafi, a.g.e., s. 16.

Üçüncü Koşul: Ayrıntılı Konular Üzerinde Anlaşma Ertelemesi, Bir sözleşmede, esas konularda anlaşma sağlanması durumunda, taraflar ayrıntılı konular üzerinde anlaşmayı erteleyebilirler⁶⁰⁵. Bu erteleme, sözleşmenin gerçekleştirilmesi için bu ayrıntıların esas konu olarak kabul edilmesini gerektirir. Eğer taraflar temel konularda anlaşmışsa ve sonraki anlaşmazlıklar ikincil konular etrafında dönüyorsa, sözleşmenin kurulması engellenmez⁶⁰⁶.

Irak Medeni Kanunu IMK m. 86/2’de, tarafların esaslı konularda anlaşmaları hâlinde, ikincil konular üzerinde henüz mutabakata varmadan da sözleşmenin kurulmasına imkân tanındığı belirtilmiştir⁶⁰⁷. Bu durumda, ayrıntılı konular sadece belirtilmişse ve bunlar çözülmesi gereken konular olarak sözleşmenin gerçekleşmesini engellemiyorsa, tarafların anlaşmaya varma niyetleri de önemlidir⁶⁰⁸. Ancak bu niyetin, sözleşmenin kurulmasında engel teşkil etmediği ve hâkimin, sözleşmenin yapılmadığına karar vermesi gerektiği durumlar olabilir.

Bu nedenle, ertelenen ayrıntılı konular üzerinde anlaşma sağlanmasının sözleşmenin gerçekleşmesine bağlı olduğunu iddia eden tarafın bunu kanıtlaması gerekmektedir⁶⁰⁹. Bu durum, IMK m. 86/2’de belirtilen hükümlerle çelişen bir argüman ortaya çıkarsa, hâkimin sözleşmenin kurulmadığına karar vermesi gerekebilir.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) ve Irak Medeni Kanunu (IMK), sözleşmenin kurulacağı anı doğrudan düzenlememekle birlikte, her iki hukuk sisteminde de sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların iradelerinin karşılıklı ve birbirine uygun şekilde açıklanması gerektiği kabul edilmiştir. TBK m. 1, sözleşmenin kurulması için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarını yeterli görürken, m. 2/1’de ise bu iradelerin “esaslı noktalar” üzerinde uyuşmasının kural olarak sözleşmenin kurulması için yeterli olduğu belirtilmiş ve böylece ikincil noktalar üzerindeki anlaşmanın ertelenebileceğine ilişkin bir karine öngörülmüştür.

Irak Hukuku da benzer bir yaklaşımı benimsemiştir. IMK m. 86/2 hükmüne göre, taraflar sözleşmenin tüm esas konularında anlaşmışlar ve ayrıntılı (ikincil) konuların üzerinde daha sonra uzlaşmayı kararlaştırmışlarsa, bu konularda anlaşamama hâlinde sözleşmenin kurulmamış sayılacağına dair açık bir hüküm bulunmadıkça, sözleşme yapılmış kabul edilir. Bu düzenleme, TBK m. 2’deki karine ile paralellik arz etmekte, ancak Irak hukukunda “esas” ve “ayrıntılı” konular ayrımı kanun metninde açıkça vurgulanmaktadır.

⁶⁰⁵ Bkz. Saleh Nasser Nasser Al-Utaibi, a.g.e, s. 80.

⁶⁰⁶ Bkz. Yasser Al-Serafi, önceki referans, sayfa 16.

⁶⁰⁷ Bkz. Saleh Nasser Al-Utaibi, a.g.e., s. 81.

⁶⁰⁸ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s 87.

⁶⁰⁹ Bkz. Yasser Al-Serafi, a.g.e., s. 17.

Dolayısıyla, her iki hukuk sisteminde de temel yaklaşım, sözleşmenin geçerliliğinin esas konulardaki mutabakata bağlanmasıdır. Ancak TBK’da ikincil konular üzerindeki anlaşmanın ertelenmesi yönünde açık bir kanuni ayırım yapılmazken, IMK m. 86/2 bu ayrımı doğrudan kanun metnine yansıtmıştır. Bu farklılık, Irak hukukunda taraf iradelerinin değerlendirilmesinde daha belirgin bir yapısal çerçeve sunmaktadır.

Sözleşmenin kurulması, yalnızca tarafların iradesinin karşılıklı olmasıyla değil, aynı zamanda esas konular üzerinde anlaşmanın sağlanmasıyla gerçekleşir. İkincil konularda anlaşmazlık olması, sözleşmenin geçerliliğine engel teşkil etmez, ancak bu konuda tarafların niyetleri ve iradeleri belirleyicidir. Ayrıca, konular üzerinde anlaşmaya varılmadan sözleşmenin gerçekleşmesine izin verilmesi, özellikle tarafların niyetinin doğru şekilde değerlendirilmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Sözleşmenin kurulması ve geçerliliği, esas konularda sağlanan mutabakat ve tarafların dürüstlük kuralına uygun hareket etmeleriyle sağlanır.

Bu bağlamda, Türk ve Irak hukuku arasında benzerlikler ve farklılıklar olmakla birlikte, esas konularda anlaşmanın zorunlu olduğunu ve ayrıntılı konuların sözleşmenin geçerliliğini engellemeyeceğini belirtmek mümkündür.

3.1.1. Türk Hukukunda Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı Anın Belirlenmesi

3.1.1.1. Kabulün Hazırlar Arasında Karşı Yöneltilmiş Olması

a) Sözleşmenin Kurulduğu An

Kabulün hazır olana yöneltilmesi durumunda, irade açıklamasının yapıldığı anda öneren tarafından öğrenildiği kabul edilir. Bu durumda, sözleşme, kabulün yapılması ve öneren tarafından öğrenilmesiyle kurulur⁶¹⁰. Kabulün açıklanması, öğrenene gönderimi, ulaşması ve öğrenilmesi aynı anda gerçekleşmektedir. Ancak, bu süreçle ilgili sözleşmenin ne zaman kurulduğu konusunda öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı görüşler, kabulün açıklanması ile sözleşmenin kurulduğunu kabul ederken, diğer görüşler ise öğrenme anının daha belirleyici bir rol oynadığını savunmaktadır.

Kabulün hazır olana yöneltilmesi, sözleşmenin kurulma aşamasını başlatan bir unsurdur. Ancak, önerinin hazır olmayan bir kişiye yöneltilmiş olması durumunda, hazır

⁶¹⁰ Bkz. Feyzi Necmeddin, Feyzioğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, 2. Baskı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976, s. 94; Müller, Art. 10, N. 9; Akyol, Genel, s. 125; Gauch/Schluep/Schmid, a.g.e. N. 460.

olana karşı kabul edilebilir bir durum ortaya çıkabilir. Örneğin, mektup ile teklif yapıldığında, telefonla yanıt verilmesi beklenen kişi, teklife kabul verirken, sözleşme yine kurulur. Bu örnek, Türk hukukundaki esneklik ve kabulün geçerliliğine dair geniş bir perspektif sunmaktadır⁶¹¹.

Kabulün hazır olana yöneltilmesi sonrasında sözleşmenin kurulması, irade açıklamasının öğrenilmesi ilkesine dayalıdır. Ancak, kabulün öneren tarafından öğrenilememesi gibi özel durumlar da söz konusu olabilir. Sözlü açıklamada işitme engelli veya yazılı açıklamada görme engelli bir kişi, öneren tarafından kabulün öğrenilmemesine neden olabilir. Bu tür özel durumlar, sözleşmenin geçerliliği ve kurulup kurulmadığı ile ilgili olarak güven ilkesi çerçevesinde değerlendirilmektedir. Örneğin, işitme engelli bir kişi telefonla yapılan bir görüşmeyi öğrenemeyebilir, bu durumda öneren, kabulün öğrenilmesine uygun bir iletişim yöntemini kullanmakla yükümlü olabilir. Görme engelli bir kişiye yazılı bir teklif iletilmişse, aynı şekilde öneren, kabulün öğrenilmesi için uygun bir aracı kullanmalıdır. Bu durumlar, sözleşmenin kurulmasını etkileyebilir⁶¹².

b) Sözleşmenin Hüküm Doğurmaya Başladığı An

Kabulün hazır olana yöneltilmesi durumu söz konusu olduğunda, sözleşme kural olarak, kurulduğu andan itibaren hüküm doğurmaya başlar⁶¹³. Bununla birlikte, taraflar sözleşmenin hüküm doğurmaya başlamasını sözleşmenin kurulmasından sonraki bir tarihe erteleyebilirler⁶¹⁴. Örneğin, bir vekalet sözleşmesinin kabulünün hazır olana yöneltilmesiyle kurulduğu durumda, sözleşmenin hüküm doğurması belirli bir tarihe, örneğin bir ay sonra başlatılabilir. Bu, tarafların iradelerine dayanarak sözleşmenin hüküm doğurmasını ileri bir tarihe erteleme imkanını sağlar. Ayrıca, taraflar sözleşmenin hüküm doğurmasının geciktirici bir koşula bağlanması gerektiğini belirtebilirler. Bu tür koşullar, tarafların anlaşmalarına göre esnek bir uygulama alanı sunar⁶¹⁵.

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) taksitle satış sözleşmesi gibi özel düzenlemeler yer almaktadır⁶¹⁶. TBK m. 255'te, *"Taksitle satış sözleşmesi, alıcı bakımından, taraflarca imzalanmış sözleşmenin bir nüshasının eline geçmesinden yedi gün sonra hüküm ve sonuçlarını doğurur. Alıcı bu süre içinde sözleşmeden cayabilir."* hükmü bulunmaktadır¹. Bu düzenleme, genel kuralların aksine, sözleşmenin imzalandığı andan itibaren değil, belirli bir

⁶¹¹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 149.

⁶¹² Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, § 15, N. 7.

⁶¹³ Gauch/Schlupe/Schmid, a.g.e. N. 460; Akyol, Genel, s. 127; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 249.

⁶¹⁴ Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 94; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 249.

⁶¹⁵ Akyol, Genel, s.67.

⁶¹⁶ Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 94; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 249.

süre sonra hüküm ve sonuç doğurmasını öngörmektedir. Böylece, belirli sözleşme türlerinde hüküm ve sonuç doğurma zamanlaması ertelenebilmekte ve alıcıya ek bir cayma süresi tanınmaktadır.

Kanun, bazı durumlarda sözleşmenin hüküm doğurmasını belirli koşullara bağlayabilir. Örneğin, sigorta sözleşmeleri ile ilgili olarak TTK m. 1421/1'de, sigortacının sorumluluğunun, primin ödenmesiyle başladığı belirtilir. Sigorta sözleşmesinin hüküm doğurması, sözleşmenin kurulmasından sonra ancak primin veya ilk taksitin ödenmesi ile gerçekleşir⁶¹⁷.

Türk Hukuku'nda sözleşmenin hüküm doğurmasının geçmişe etkili olması, genellikle kanunla öngörülen özel durumlarla sınırlıdır. Örneğin, sigorta sözleşmesinin, rizikonun gerçekleştiği veya ortadan kalktığı tarihten önce hüküm doğurması durumu mümkündür. Ancak, sigorta sözleşmesinin geçersiz olması gibi özel durumlar da söz konusu olabilir⁶¹⁸. Özellikle sigorta ettiren veya sigortalı rizikonun gerçekleştiğini biliyor ve sigortacı bunu bilmeden sözleşme yapılmışsa, sigorta sözleşmesi geçersiz kabul edilir.

Irak Medeni Kanunu (IMK) 'n da sözleşmenin kurulma ve hüküm doğurma sürecine dair düzenlemeler sunmaktadır. IMK m. 86/2'de, "Eğer taraflar sözleşmedeki tüm esas konularda anlaşır ve daha sonra üzerinde anlaşacakları ayrıntılı konuları saklarlar ve bu konularda anlaşmama durumunda sözleşmenin kurulmadığı belirtilmezse, sözleşme yapılmış kabul edilir." denilmektedir. Bu düzenleme, sözleşme kurulumunda esas konulara dayalı anlaşma ve ayrıntılı konuların daha sonraya bırakılmasına olanak tanır, benzer şekilde Türk Hukuku'ndaki bazı sözleşme türlerinde görülen ertelemeyi yansıtır⁶¹⁹.

Irak Medeni Kanunu (IMK) m. 86/2 hükmünü göre sözleşme kurulurken esas konular üzerinde mutabakat sağlanmasının yeterli olduğunu, ayrıntılı (ikincil/tali) konuların ise daha sonra kararlaştırılabileceğini açıkça öngörmektedir.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 2/1 ise, bir karine getirmektedir, ancak objektif ve subjektif esaslı noktalar ayrımını açıkça yapmamaktadır. TBK'daki bu düzenleme, esaslı olmayan (ikincil) noktalar konusunda uyuşmanın ileriye bırakılabileceğini zımnen kabul etmekte, bu noktaların belirlenmesinde kanunun ve taraf iradelerinin birlikte değerlendirilmesi gerektiğini öngörmektedir.

⁶¹⁷ Bkz. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, T. 25.04.2017, E. 2016/2084, K. 2017/2406; Yargıtay 17. Hukuk Dairesi, T. 16.04.2018 E. 2017/4980 K. 2018/4154, Kararlar için bkz. <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 18.08.2022; Samim, Ünan, Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku, Cilt 1, Birinci Kısım: Genel Hükümler (Madde 1401- 1452), İstanbul, 2016, s. 166.

⁶¹⁸ Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 249.

⁶¹⁹ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 91.

Her iki sistemde de ortak nokta, esaslı konularda anlaşmanın sözleşmenin kurulması için yeterli kabul edilmesidir. Ancak IMK m. 86/2, Türk hukukundan farklı olarak ayrıntılı (ikincil) konuların ertelenmesine açıkça cevaz vermekte ve yalnızca esas konularda mutabakat sağlanmasının sözleşmenin kurulması için yeterli olacağını açık biçimde ifade etmektedir.

Irak Medeni Kanunu IMK, sözleşmenin hüküm doğurmasını, belirli şartlar ve koşullara bağlar. Örneğin, sigorta sözleşmesinde olduğu gibi, belirli bir tarih itibariyle hüküm doğurması ve koşulların gerçekleşmesi gerekir⁶²⁰. Eğer sigorta ettiren ya da sigortalı, rizikonun gerçekleştiği ya da ortadan kalktığını biliyor ve sigortacı bu durumu bilmiyorsa, sözleşme geçersiz sayılır (IMK m. 1458).

Sözleşmenin kurulmasında daha önceki bir tarihte hüküm doğurması sadece Kanun'un öngördüğü durumlarda mümkün olabilmektedir⁶²¹. Geçmişe etkili olan sigorta düzenlemesini içeren TTK m.1458 hükmünde *"Sigorta, sigorta koruması sözleşmenin yapılmasından önceki bir tarihten itibaren sağlanacak şekilde yapılabilir. Ancak, rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalkmış olduğu, sözleşmenin yapılması sırasında, sigortacı ile sigorta ettiren ve sigortadan haberi olmak şartıyla, sigortalı tarafından biliniyorsa sözleşme geçersizdir. Rizikonun gerçekleştiği veya gerçekleşme ihtimalinin ortadan kalktığının sigorta ettiren veya sigortalı tarafından bilinip sigortacı tarafından bilinmediği durumlarda, sigortacı sözleşme ile bağlı olmamakla birlikte, ödenmesi gereken primin tamamına hak kazanır"* sigorta korumasının önceki bir tarihte hüküm doğurmasının taraflar tarafından kararlaştırılmasının mümkün olabileceği belirtilmektedir.

3.1.1.2. Kabulün Hazır Olmayana Karşı Yöneltilmiş Olması

Kabulün hazır olmayana yöneltilmesi durumunda, sözleşmenin kurulma anı belirsizdir. Türk hukukunda irade açıklamasının hüküm doğuracağı anın başlamasına dair doğrudan bir yasal düzenleme bulunmaktadır. Bu nedenle, Türk hukukunda kabulün hazır olmayan bir kişiye yöneltilmesi durumunda sözleşmenin kurulma zamanı tartışmalı bir husus olarak kalmaktadır⁶²². Bu tartışmalar, kabulün hazır olana yöneltilmesinin aksine, hazır olmayan bir kişiye yapılan kabulde sözleşmenin kurulma anının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Ancak Türk Medeni Kanunu'nda (TBK) sözleşmenin kurulmasına dair bazı

⁶²⁰ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 91.

⁶²¹ von Tuhr/Peter, Genel, s. 153.

⁶²² Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 250.

hükümler, bu tür durumlarda irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlaması konusunda genel bir çerçeve sunmaktadır (örneğin, TBK m. 3/2; m. 5/1, m. 10 ve m. 11/1).

Sözleşmenin kurulma anının belirlenmesine yönelik olarak geliştirilen dört ana teori bulunmaktadır. Her bir teori, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlayacağı anı farklı bir şekilde tanımlar ve Türk hukukunda bu teorilerin uygulanma biçimi tartışmalara yol açmaktadır⁶²³.

1) Açıklama Teorisi

Açıklama teorisine göre, irade açıklaması gerçekleştirildiği andan itibaren hüküm doğurmaya başlar⁶²⁴. Bu teoride, mümkün olan en erken tarih, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başladığı an olarak belirlenir. Bu noktada, sözleşmenin kurulması için gerekli olan karşılıklı irade açıklamaları, yazılı bir mektup gibi açıklamalarla gerçekleştirilir. Bu tür bir sözleşme, mektubun yazılma anından itibaren kurulur (TBK m. 1/1). Ancak açıklama teorisi çeşitli eleştiriler almıştır. En büyük eleştiri, irade açıklamasının ne zaman gerçekleştiğinin belirlenmesinin genellikle imkânsız olmasıdır. Ayrıca, irade açıklamasının yöneltildiği kişi tarafından öğrenilmediği durumda açıklamanın geri alınabilirliği veya değiştirilebilirliği de sözleşmenin kurulumunu belirsizleştirir⁶²⁵. Bu durum, taraflar arasında eşitlik ilkesine aykırıdır.

2) Gönderme Teorisi

Gönderme teorisine göre, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlaması, söz konusu açıklamanın ilgili kişiye gönderildiği anda başlar⁶²⁶. Burada, kabul niteliği taşıyan irade açıklamasını kapsayan mektup, önerene gönderilmesi amacıyla postaya verildiği an itibarıyla hüküm doğurmaya başlar. Bu durumda, sözleşme, mektubun gönderildiği anda kurulur. Gönderme teorisi, açıklama yapan tarafın menfaatlerini koruyan bir yaklaşım sunar. Ancak, bu teoride açıklamanın alıcıya ulaşmadan önce geçerlilik kazanması, taraflar arasında eşitliği ihlal edebilir. Çünkü, öneren kişi, kabulün alıcıya ulaşmasını beklemek zorunda kalmaksızın sözleşme ile bağlı olur, bu durum alıcının menfaatlerini yeterince korumaz⁶²⁷.

⁶²³ Bkz. Werner, Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin Heidelberg, 1992, s. 223; von Tuhr, Borçlar, s. 432-433; Ulrich, Burgard, "Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation", Archiv für die civilistische Praxis, B. 195, H. 1, 1995, s. 79.

⁶²⁴ Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 95-96.

⁶²⁵ Bkz. Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 96.

⁶²⁶ Jörn, Augner, Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung, Frankfurt am Main- Bern- New York, 1985, s. 76-77; Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 97.

⁶²⁷ Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 96., Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 106-107; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 36; Kılıçoğlu, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 45-46.

3) Ulaşma Teorisi

Ulaşma teorisi, irade açıklamasının hüküm doğurmaya başlamasının, açıklamanın yöneltildiği kişiye ulaşması anından itibaren başladığını savunur⁶²⁸. Burada, kabul niteliğine haiz irade açıklaması içeren mektubun önerene ulaştığı anda sözleşme kurulmuş sayılır. Ulaşma teorisinde, irade açıklamasının gönderilmesi sürecindeki risk, tamamen alıcıya bırakılır⁶²⁹. Bu teori, diğer teorilere göre taraflar arasında daha adil bir menfaat dengesi kurma amacına yöneliktir, çünkü açıklama yapan kişi yalnızca açıklamanın alıcıya ulaşmasını bekler ve alıcı, kabulü öğrenmesiyle birlikte yükümlülüklerini kabul eder.

4) Öğrenme Teorisi

Öğrenme teorisine göre, irade açıklamasının hüküm doğurması, açıklamanın yöneltildiği kişi tarafından öğrenildiği anda başlar⁶³⁰. Bu teorinin temelinde, açıklamanın içeriğini öğrenen kişinin onayı esas alınır. Öğrenme teorisi, açıklamanın yöneltildiği kişinin menfaatlerini korumaya odaklanır. Ancak, bu teorinin eleştirildiği nokta, açıklamanın içeriğinin öğrenilip öğrenilmediğinin belirlenmesinin zorluğudur. Bu durum, açıklamanın içeriği hakkında belirsizlik yaratabilir ve öğrenmenin gerçekten gerçekleşip gerçekleşmediğini kanıtlamak genellikle zor olabilir⁶³¹.

Irak Medeni Kanunu'nun da Türk hukukuyla benzer şekilde, sözleşmelerin kurulumunu ve hüküm doğurmasını etkileyen teorileri kabul etmektedir. Ancak Irak Hukuku'nda sözleşmelerin geçerliliği ve kurulumuyla ilgili doğrudan bir düzenleme bulunmamakla birlikte, tarafların kabulü ve irade açıklamalarının geçerliliği hakkında bazı hükümler mevcuttur. Irak Hukuku'nda, kabulün hazır olmayan bir kişiye yöneltilmesi durumunda, irade açıklamasının hüküm doğurması, alıcıya ulaşma ve kabulün öğrenilmesi anına bağlıdır⁶³².

⁶²⁸ Bkz. Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 97-98., Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 104-106; Gürzumar, Sözleşmenin Kuruluşu, s. 85-87; Tandoğan, Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul 2019, s. 41; Özen, Sözleşme, s. 116.

⁶²⁹ von Tuhr/Peter, Genel, s. 168-169.

⁶³⁰ Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 99.

⁶³¹ Bkz. Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 99., Eren, Genel Hükümler, s. 108-109; Kılıçoğlu, s. 47; Özen, Sözleşme, s. 118; Aydoğdu/Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, s.139.

⁶³² El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 101.

Teorik Tartışmalar ve Belirsizliklerİ Irak hukukunda, kabul beyanının geçerlilik kazanma anı konusunda doktrinde iki görüş vardır: Kabul beyanı, karşı tarafa ulaştığında sözleşme kurulmuş olur. Kabul beyanı, karşı tarafça fiilen öğrenildiğinde sözleşme kurulmuş olur. Her iki görüş de uygulamada destek bulmakla birlikte, kanun koyucu açık bir tercih yapmamıştır. Bu durum, özellikle elektronik iletişim veya gecikmeli tebligat gibi hallerde kurulma anının tespitinde sorun yaratabilir.

Hüküm Doğurma Anı – Kurulma Anından Ayırı Olabilir mi? Hem TBK hem de İMK’da, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, sözleşmenin hüküm ve sonuç doğurmaya başlaması kural olarak kurulma anıyla aynı zamana denk gelir. Ancak, kanunda veya sözleşmede hüküm doğurma anının ertelenmesi mümkündür. Örneğin, kira sözleşmesinin belirlenen bir tarihte başlaması veya ön koşulun gerçekleşmesine bağlanması gibi. Bu nedenle, “kurulma” ile “hüküm doğurma” kavramlarının her zaman eş zamanlı olmadığı kabul edilmelidir.

3.1.1.3. Kabulün Yöneltilmemiş Olması

Kabulün hazır olan veya olmayana yöneltilmesi durumlarında, sözleşmenin kurulması, önerenin kabulünün yapılması ve bu kabulün taraflara ulaşmasıyla gerçekleşir. Ancak, kabulün doğrudan bir irade açıklaması ile gerçekleştirilmediği ya da susmanın kabul olarak sayıldığı durumlarda da sözleşmenin kurulabilmesi mümkündür. Bu tür durumlar, sözleşmenin kurulma anının ve hüküm doğurmaya başlama anının belirlenmesi bakımından ayrı değerlendirme gerektiren hususlardır. Kabulün yöneltilmemesi halinde bile sözleşmenin geçerliliği, belirli yasal hükümler çerçevesinde mümkündür.

Sözleşmenin kurulma anının belirlenmesinde, özellikle irade açıklaması ile kabulün gerçekleşmesi durumunda, sözleşme fiilen yapıldığı anda kurulur. Yani, taraflardan birinin irade açıklaması ile diğerinin kabul beyanında bulunması hâlinde, sözleşme derhâl kurulmuş sayılır. Ancak kabulün susma yoluyla gerçekleşmesi durumunda, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 6 uyarınca kural olarak susma kabul anlamına gelmez; bununla birlikte, kanun, örf ve adet veya taraflar arasındaki önceki ilişkiler gereği susma kabul sayılabilir. Bu hâllerde, sözleşme önerinin reddedilmesi için belirli bir sürenin geçmesinin ardından veya kabul anlamına gelecek davranışın gerçekleşmesiyle kurulmuş olur. Bu durumda, sözleşmenin kurulması, kabulün öneriye yöneltilmesi ile doğrudan bağlantılıdır ve belirli bir süre zarfında sözleşmenin geçerlilik şartları arasında değerlendirilir.

Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) susma, bazı durumlarda açıkça kabul beyanı olarak değerlendirilebilmektedir. IMK m. 81/1'e göre, "*Sükût, niteliği gereği kabul sayılabilecek bir durum teşkil ediyorsa, kabul olarak değerlendirilir.*" Bu hüküm, özellikle taraflar arasında yerleşmiş teamüller, önceki ticari ilişkiler veya önerinin konusunun mahiyeti gereği susmanın kabul anlamına geldiği hâllerde uygulanır. Ayrıca IMK m. 81/2'de, teklifin belirli bir süre içinde reddedilmemesi durumunda kabul edilmiş sayılacağı hâllerin kanun, sözleşme veya teamül ile belirlenebileceği düzenlenmiştir. Bu yaklaşım, susmanın yalnızca pasif bir tutum olarak değil, bazı koşullar altında hukuki sonuç doğuran bir irade beyanı olarak kabul edildiğini ortaya koymaktadır.

Türk Hukuku'nda, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı anı belirlemek için bazı özel düzenlemeler bulunmaktadır⁶³³. TBK m. 11/2'de, "Açık bir kabulün gerekli olmadığı durumlarda, sözleşme önerinin ulaşma anından başlayarak hüküm doğurur." hükmü ile sözleşmenin hüküm doğurma anı, kabulün açıkça beyan edilmediği, fakat önerinin muhataba ulaştığı anda başlar olarak belirtilmiştir. Bu düzenleme, özellikle susmanın kabul olarak sayıldığı veya kabulün irade faaliyetiyle gerçekleştirildiği durumlar için geçerlidir⁶³⁴.

Bu bağlamda, sözleşmenin hüküm doğurmasına ilişkin düzenleme, kabulün bir irade açıklaması ile yapılmadığı durumlarda dahi, sözleşmenin hüküm doğuracağı anın, önerinin alıcıya ulaştığı an olarak belirlenmesini öngörmektedir. Dolayısıyla, sözleşme, belirlenen süre sonunda kabul gerçekleştiğinde ya da irade açıklaması ile sözleşme kurulduğunda, geriye etkili olarak hüküm doğurmaya başlar. Bu düzenleme, taraflar arasında müzakereler sonucunda belirlenen kabul ve şartlara göre hüküm doğurur⁶³⁵.

Irak Medeni Kanunu'nda da, Türk Hukuku'na benzer şekilde, kabulün yöneltilmemiş olması durumu söz konusu olduğunda, sözleşmenin geçerliliği için belirli hükümler yer almaktadır. Irak Hukuku'nda, irade açıklaması ve kabulün geçerliliği, belirli bir süre zarfında kabulün yapılmasıyla ilişkilendirilmiştir⁶³⁶. Eğer taraflardan biri kabulünü suskunluk ile ifade etmişse, kabulün geçerli olacağı ve sözleşmenin kurulacağı, yasal sürelerin geçmesiyle ortaya çıkmaktadır.

Irak Medeni Kanunu'nda kabulün susma yoluyla oluşabileceğine dair hükümler özellikle şu maddelerde yer alır:

⁶³³ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 252.

⁶³⁴ Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 101; Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, § 22, N. 4; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 253; Müller, a.g.e., Art. 10, s. 23.

⁶³⁵ Abdul-Razzaq, Jasim. Irak Hukukunda Kamu Düzeni ve Kamu İntifai, s. 92.

⁶³⁶ Abdul-Razzaq, Jasim. Irak Hukukunda Kamu Düzeni ve Kamu İntifai, s. 92.

IMK m. 78: *Bir teklif belirli bir süreyle yapılmışsa, bu süre doluncaya kadar kabul gelebilir. Süre bitiminde susma kabul sayılmaz. Ancak, teamül veya tarafların ilişkisi farklı bir yoruma imkân verebilir.*

IMK m. 79: *Susma, kural olarak kabul anlamına gelmez. Ancak kanunda, teamülde veya taraflar arasında daha önceki işlem ve ilişkilerde aksi kararlaştırılmışsa, susma kabul sayılabilir.*

IMK m. 80: *Bir teklif, sürekli iş ilişkisi içinde veya daha önceki benzer akitlerde yapılan teamüle uygun biçimde yöneltilmişse, susma kabul anlamına gelir.*

IMK m. 81: *Susma, teklifin lehine olan kişiye yöneltilmesi halinde de kabul sayılabilir (örneğin, kendisine menfaat sağlayan sözleşmelerde).*

Görüşler olarak: Kuralcı görüş: Susma, irade açıklamasının yokluğu sebebiyle kural olarak kabul değildir. Zira hukuk düzeni “sözsüz irade beyanını” ancak istisnai olarak geçerli sayabilir, Esneklik yanlısı görüş: Irak hukukunda susmanın kabul sayılması, tarafların önceki ilişkilerine, ticari teamüle veya özel menfaat durumuna bağlanmıştır. Bu görüş, taraflar arasındaki güven ilkesini güçlendirmeye yöneliktir, Karşıt görüş: Susma, yorumda ciddi belirsizlik doğurduğundan istisnai düzenlemeler dışında kabul edilmemelidir; aksi halde taraflar arasında irade uyumu yerine varsayımlar üzerinden sözleşme kurulmuş olur⁶³⁷.

Irak Medeni Kanunu’nda susmanın kabul sayılacağı ihtimaller şunlardır:

- 1) Teamül ve örf-adet → Belirli bir ticari ilişki veya sektörde, cevap vermemenin kabul sayılması yaygınsa.
- 2) Taraflar arasındaki önceki ilişkiler → Sürekli iş ilişkilerinde veya daha önce benzer sözleşmeler yapılmışsa.
- 3) Lehine menfaat sağlayan teklifler → Kişiye açıkça menfaat kazandıran önerilerde susma kabul sayılabilir (IMK m. 81).
- 4) Kanunda özel düzenleme → Belirli sözleşme türlerinde (örneğin kira yenilenmesi, abonelik sözleşmeleri gibi) susma kabul hükmü açıkça getirilebilir.

Dolayısıyla, Irak Hukuku’nda kabulün yöneltilmemesi (yani suskunluk) kural olarak kabul sayılmaz; fakat kanun, teamül, taraf ilişkileri veya teklifin lehine olması gibi özel ihtimallerde susma açıkça kabul yerine geçebilir⁶³⁸. Bu, TBK’daki susma düzenlemesine

⁶³⁷ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 101., Al-Hâkim, Medeni Hukukun Kısa Açıklaması, Borçun Kaynakları, s. 324.

⁶³⁸ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 101.

(TBK m. 6) benzer olmakla birlikte, IMK'da daha ayrıntılı ve sistematik biçimde hükme bağlanmıştır. Bu tür düzenlemeler, sözleşmenin kurulum sürecinde belirli bir zaman dilimi tanımakta ve sözleşmenin hüküm doğurması, kabulün gerçekleşmesiyle hemen başlamakta, ancak sözleşmenin uygulanması da muhataba gönderilen teklifin alındığı andan itibaren geçerli olmaktadır⁶³⁹. Bu, Türk Hukuku'ndaki benzer düzenlemelerle paralel bir yaklaşım sergileyen bir anlayıştır.

3.1.2. Irak Hukukunda Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı Anın Belirlenmesi

Irak Medeni Kanunu'nda (IMK, 1951, No.40) sözleşmenin kurulması ve geçerliliği açıkça düzenlenmiştir; fakat sözleşmenin hüküm doğurmaya başlama anı Türk Borçlar Kanunu'ndaki gibi doğrudan ve sistematik biçimde ayrı bir başlık altında düzenlenmemiştir. Bunun yerine:

IMK m. 73 vd.: Sözleşme, karşılıklı icap ve kabulün uyuşması ile kurulur.

IMK m. 77: Kabul, teklif sahibine ulaştığında sözleşme tamamlanmış olur. Yani kurulma anı, kabulün muhataba ulaşmasıdır (TBK m.4 ile paralel).

IMK m. 146 ve devamı: Borç doğuran sözleşmelerde ifa ve edim yükümlülüğünün doğması ayrıca düzenlenmiştir.

Dolayısıyla, IMK'da sözleşmenin kurulduğu an, kabulün icaba ulaştığı an olarak belirlenmiştir. Ancak sözleşmenin hüküm doğurması, sözleşmenin türüne göre (ani edimli – sürekli edimli; ivazlı – ivazsız) değişir. Genel olarak kurulma anı ile hüküm doğurma anı aynı kabul edilse de, örneğin şartlı veya ileri tarihli sözleşmelerde hüküm doğurma anı ertelenebilir (IMK m. 270 vd.). Yani “düzenleme yok” derken kastettiğim, IMK'da “sözleşmenin hüküm doğurmaya başlama anı” şeklinde ayrı ve doğrudan bir madde olmadığıdır. Ancak dağınık hükümlerden (m. 73, 77, 146, 270 vd.) çıkarılan genel ilkeye göre:

Kurulma anı: kabulün muhataba ulaşması, hüküm doğurma: kural olarak kurulma anı, fakat şartlı/ileri tarihli sözleşmelerde ertelenebilir. Irak hukukunda sözleşmenin geçerliliği, "teklif" ve "kabul" aşamalarına dayanır ve bu aşamalar arasındaki ilişkiler, sözleşmenin hukuki bağlayıcılığını ortaya koyar⁶⁴⁰.

⁶³⁹ El-Bakrî, Irak Hukuk unda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 102.

⁶⁴⁰ Al-Qadri, Hassan. Irak'ta Ticaret Hukuku: Kavramlar ve Uygulamalar s. 119.

3.1.2.1. Irak Hukukunda Sözleşmenin Kurulması

Irak hukukuna göre, bir sözleşme, taraflardan birinin diğer tarafa teklif sunması ile kurulur. Teklif, sözleşme hükümlerini içermeli ve belirli bir amaç doğrultusunda yapılmalıdır. Teklifin belirli bir süre ile sınırlı olmaması gerekmektedir⁶⁴¹. Kabul ise, teklifin taraflar arasında karşılıklı olarak uyumlu ve açık bir şekilde yapılması ile geçerli olur. Kabul, teklif sahibine uygun şekilde iletilmeli ve teklif sahibine ulaşmalıdır. Kabulün geçerliliği, kabulün teklifi yapan tarafa ulaşması ile başlar ve sözleşme bu an itibarıyla kurulmuş kabul edilir.

1) Yazılı Şekil İhtiyacı

Irak Medeni Kanunu, bazı sözleşmelerin kurulması ve geçerliliği bakımından yazılı şekil şartı öngörmektedir. Bu tür sözleşmelerde yazılı şekil, yalnızca ispat kolaylığı sağlayan bir araç değil, doğrudan geçerlilik şartı (şekil şartı olarak) işlev görmektedir. Özellikle taşınmaz malların satımı, uzun süreli kira sözleşmeleri, rehin ve kefalet sözleşmeleri gibi hukuki işlemler, yazılı şekilde yapılmadığı takdirde geçersiz sayılmaktadır⁶⁴².

IMK m. 507 hükmü, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin işlemlerin ancak yazılı belge ile geçerli olacağını belirtmektedir⁶⁴³. Aynı şekilde, kira sözleşmelerine ilişkin IMK m. 752 uyarınca, bir yıl veya daha uzun süreli kira sözleşmeleri yazılı olarak yapılmalıdır⁶⁴⁴. Yazılı şeklin burada hem geçerlilik hem de ispat aracı olarak iki yönlü işlevi vardır. Ayrıca, rehin (m. 1263) ve kefalet (m. 1034) gibi teminat sözleşmelerinde de yazılı şekil aranır ve şekle aykırılık durumunda sözleşme butlanla (kesin hükümsüzlük) sakatlanır⁶⁴⁵.

Bu düzenlemeler, sözleşmenin kurulduğu anın tespitini kolaylaştırdığı gibi, tarafların irade beyanlarını belgeleyen ve sonradan uyuşmazlık durumlarında hukuki güvenliği sağlayan işlevsel bir yapı sunar. Özellikle şekle bağlı sözleşmelerde, sözlü irade beyanı hukuki sonuç doğurmaz; yazılı irade açıklaması esas alınır. Irak içtihatları da bu konuda oldukça katıdır: Örneğin taşınmaz satışına ilişkin bir sözleşme, yazılı belgeye bağlanmadıkça tarafların uzlaşmış olması dahi sözleşmenin geçerliliğini sağlamaz⁶⁴⁶.

Irak Medeni Kanunu (IMK), bazı sözleşmelerin kurulması ve geçerliliği bakımından yazılı şekil şartı öngörmektedir. Bu tür sözleşmelerde yazılı şekil, yalnızca ispat kolaylığı

⁶⁴¹ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 103.

⁶⁴² Irak Medeni Kanunu (IMK), genel şekil hükümleri kapsamında bkz. m. 93 ve m. 507.

⁶⁴³ IMK m. 507: “Taşınmazların devri ancak yazılı bir akit ile mümkündür.”

⁶⁴⁴ IMK m. 752: “Bir yıldan fazla süreli kira sözleşmeleri yazılı olarak yapılmalıdır.”

⁶⁴⁵ IMK m. 1034 (kefalet) ve m. 1263 (rehin) yazılı şekil zorunluluğunu içerir.

⁶⁴⁶ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 142., El-Cuburi, Nazariyyetü'l-Akdi, s. 199.

sağlayan bir araç olmayıp, aynı zamanda doğrudan geçerlilik şartı (şekil şartı) niteliği taşımaktadır. Özellikle taşınmaz satış sözleşmeleri, uzun süreli kira sözleşmeleri, rehin ve kefalet gibi hukuki işlemler, kanunda öngörülen yazılı şekil şartına uyulmadığı takdirde kesin hükümsüzlük (butlan) yaptırımıyla sakatlanmaktadır.

- Taşınmaz satış sözleşmeleri: IMK m. 507 hükmü, taşınmaz mülkiyetinin devrine ilişkin sözleşmelerin ancak yazılı belge ile geçerli olacağını öngörmektedir. Dolayısıyla tarafların sözlü anlaşması geçerlilik doğurmaz.
- Kira sözleşmeleri: IMK m. 752, süresi bir yıl veya daha uzun olan kira sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılmasını şart koşar. Burada yazılı şekil, hem geçerlilik hem de ispat aracı olarak iki yönlü işlev görmektedir.
- Kefalet sözleşmeleri: IMK m. 1034, kefaletin geçerliliği için yazılı şekli şart koşturmaktadır. Yazılı şekle uyulmaması, kefaletin butlanına yol açar.
- Rehin sözleşmeleri: IMK m. 1263, taşınır ve taşınmaz rehni bakımından yazılı şekil şartı öngörmektedir.

Bu hükümler, sözleşmenin kurulduğu anın tespitini kolaylaştırmakta; tarafların irade beyanlarını yazılı belgeler aracılığıyla somutlaştırarak, sonradan çıkabilecek uyuşmazlıklarda hukuki güvenliği sağlamaktadır. Özellikle şekle bağlı sözleşmelerde, tarafların yalnızca sözlü irade açıklamaları hukuki sonuç doğurmaz; geçerlilik kazanabilmesi için yazılı şekilde yapılması zorunludur. Irak yargı içtihatları da bu noktada oldukça katı bir yaklaşım benimsemekte; örneğin taşınmaz satışına ilişkin sözleşmelerde, tarafların yalnızca anlaşmış olması geçerlilik için yeterli görülmemekte, sözleşmenin mutlaka yazılı belgeye bağlanması aranmaktadır (IMK m. 507).

Buna karşılık, Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) yazılı şekil, çoğu sözleşme türü için genel bir geçerlilik şartı değildir. Örneğin, konut ve çatılı işyeri kira sözleşmeleri, TBK m. 299 ve devamında düzenlenmiş olup, yazılı yapılma zorunluluğu bulunmadığından sözlü olarak da geçerlidir⁶⁴⁷. Aynı durum satım sözleşmeleri açısından da geçerlidir (TBK m. 207). Ancak, taşınmaz satışları bakımından farklı bir durum söz konusudur: Türk Medeni Kanunu m. 706, TBK m. 237 ve Tapu Kanunu m. 26 hükümleri uyarınca, taşınmaz satışlarının geçerliliği için tapu memuru huzurunda resmi senet düzenlenmesi zorunludur. Burada noter huzurunda yapılacak yazılı işlem dahi geçerli olmayıp, tapu memuru önünde yapılması

⁶⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 196–198.

⁶⁴⁸ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 54–55.

⁶⁴⁹ Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 67–68.

kurucu bir geçerlilik şartıdır⁶⁴⁸. Bununla birlikte, noterler yalnızca taşınmaz satış vaadi sözleşmelerini düzenleyebilir; bu işlem ise taşınmaz mülkiyetini doğrudan devretmeyip, yalnızca ileride yapılacak satışa ilişkin taahhüt niteliği taşır (Noterlik Kanunu m. 60/3).

Irak hukukundaki sistem, Türk hukukundan farklı olarak bazı özel sözleşme türlerinde yazılı şekil şartını daha katı ve yaygın şekilde uygulamaktadır. Bu bağlamda, Irak Medeni Kanunu'nun yaklaşımı, Roma-Germen hukuk sistemindeki şekilci eğilimlere daha yakındır⁶⁴⁹.

2) Hüküm Doğurma ve İcraya Başlama

Irak hukukunda, bir sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı an, tarafların sözleşmede kararlaştırılan yükümlülükleri yerine getirme zorunluluğu başladığı andır. Bu, sözleşmenin kurulması ile aynı zaman dilimi olabileceği gibi, sözleşmede aksine bir hüküm öngörülmüşse ileriye bırakılmış bir başlangıç da olabilir.

Kurulma ile hüküm doğurma arasındaki fark: IMK m. 73 ve m. 77 uyarınca sözleşme, karşılıklı icap ve kabul ile kurulmuş olur; ancak tarafların yükümlülüklerini yerine getirme zamanı, sözleşme hükümlerine ve taraflar arasındaki anlaşmaya bağlıdır.

Süreyle bağlı sözleşmeler: Örneğin kira sözleşmelerinde (IMK m. 752) veya ileri tarihli teslimi öngören satım sözleşmelerinde, hüküm doğurma yükümlülüğü, sözleşmede belirlenen ifa tarihinden itibaren başlar⁶⁵⁰.

Tarafların serbestliği: Taraflar, sözleşmede yükümlülüklerin yerine getirilmesinin başlangıç tarihini özellikle kararlaştırabilir. Bu durumda sözleşme, kurulmuş olsa da, hüküm doğurma yükümlülüğü belirlenen tarih itibarıyla başlamış olur.

Dolayısıyla, Irak hukukunda sözleşmenin hüküm doğurma anı, sadece sözleşmenin kurulmasıyla değil, aynı zamanda tarafların yükümlülüklerini yerine getirmeye başladıkları an ile ilişkilidir. Bu sistem, özellikle ileri tarihli veya şartlı sözleşmelerde, taraflar arasında netlik ve hukuki güvenlik sağlar.

3) Kabulün Hazır Olmayana Karşı Yöneltilmiş Olması

Irak Medeni Kanunu'nda, Türk Hukuku'na benzer olarak, kabulün hazır olana karşı yöneltilmesi durumunda, sözleşmenin kurulma anı ve hüküm doğurmaya başlama süreci ile

⁶⁵⁰ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 104.

ilgili doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır⁶⁵¹. Ancak, Irak Hukuku'nda sözleşmelerin geçerliliği, tarafların karşılıklı rızasına dayalıdır ve kabulün geçerliliği, kabul edenin açık ve net bir şekilde irade beyanında bulunmasına bağlıdır. İslam hukukunun etkisiyle, kabulün özgür irade ile yapılması ve tarafların arasında açık bir niyet beyanı ile gerçekleşmesi gerektiği kabul edilir.

4) Irak Hukukunda Kabulün Geçerliliği ve İslam Hukuku Etkisi

Irak hukukunda bir sözleşmenin geçerliliği için kabul, ancak açık ve net bir şekilde yapıldığında geçerli sayılır (IMK m. 73, 77). Kabul, teklif sahibine yöneltilmeli ve tarafların iradelerinin uyumlu olması gerekir. Bu bağlamda, kabulün geçerliliği, tarafların özgür iradeleriyle hareket etmelerine bağlıdır; yani taraflar herhangi bir baskı, aldatma veya zorlamaya maruz kalmadan kendi isteğiyle kabulde bulunmalıdır⁶⁵². Bu ilke, Irak hukukunda İslam hukuku etkisi ile şekillenmiş olup, sözleşmelerin temel geçerlilik koşullarından biridir.

İslam hukukunda da, sözleşmelerin geçerliliği tarafların rızasına dayanır; rıza, sadece bir tarafın menfaati doğrultusunda değil, karşılıklı olarak ortaya çıkmalıdır. Bu nedenle, kabulün geçerliliği, tarafların iradelerinin uyumlu ve özgürce ifade edilmiş olmasına bağlıdır.

Buna karşılık, susma yoluyla kabul (örtülü kabul) konusunda Irak hukuku Türk hukukuna göre daha sınırlı bir yaklaşım benimser. Genel kural olarak, sessizlik veya eylemsizlik tek başına geçerli bir kabul teşkil etmez⁶⁵³. Ancak taraflar arasında önceden yapılmış sözleşmeler, ticari teamüller veya özel düzenlemeler bulunuyorsa, belirli koşullar altında susma kabul sayılabilir. Bu durum, IMK m. 74 ve İslam hukuku doktrini çerçevesinde değerlendirilir: Kabul, tarafın irade açıklamasının yöneltilmesiyle tamamlanmış sayılır; sessizlik, ancak taraflarca öngörülmüşse veya teamül gereği kabul yerine geçiyorsa hüküm doğurur⁶⁵⁴.

Dolayısıyla, Irak hukukunda kabulün geçerliliği, hem tarafların özgür iradesine hem de açık şekilde yönlendirilmiş irade beyanına bağlıdır. Susma, genel kural olarak kabul anlamına gelmez; ancak istisnai hâllerde, tarafların önceden anlaşması veya ticari teamüller nedeniyle kabul yerine geçebilir.

⁶⁵¹ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 104.

⁶⁵² El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 105.

⁶⁵³ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhürî, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 79.

⁶⁵⁴ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 111.

3.1.2.2. Sözleşmenin Kurulması ve Tarafların Yükümlülük Başlangıcı

Irak Medeni Kanunu (IMK) çerçevesinde, bir sözleşmenin kurulması, tarafların karşılıklı irade açıklamalarının uyuşması ile gerçekleşir (IMK m. 73, 77). Sözleşmenin kurulması, taraflar arasında hukuki bağlayıcılığı başlatır ve tarafların yükümlülüklerini yerine getirme sorumluluğu doğar⁶⁵⁵. Ancak hüküm doğurma zamanı, sözleşmede belirtilen ifa tarihine veya tarafların anlaşmasına göre değişebilir; bu durumda sözleşme kurulmuş olsa da, yükümlülükler ancak belirlenen anda başlamış olur. Bu yaklaşım, tarafların iradesine ve sözleşme şartlarına dayalı olarak hukuki güvenliği sağlamaktadır.

1) Sözleşmenin Yokluğu

Sözleşmenin yokluğu, iradenin mevcut olmaması veya tarafların iradelerini doğru bir şekilde yansıtmamaları durumunda ortaya çıkar. Bu tür durumlar, aldatma, veya zorlama gibi olguları içerir⁶⁵⁶. Zira bir taraf, sözleşmeyi imzalarken hukuka aykırı bir etkiye maruz kalmışsa, sözleşme geçerli sayılmaz. IMK m. 78: *Sözleşmenin hukuki bir sonuç doğurabilmesi için iki tarafın iradesinin birleşmesi gerektiğini ifade eder*. Bu bağlamda, iradenin zorlama veya aldatma gibi hukuka aykırı etkilerle bozulması, sözleşmenin yok sayılmasına yol açar⁶⁵⁷. Bu hüküm, sözleşmenin geçerliliği için tarafların özgür iradeleriyle, herhangi bir dış etki olmadan anlaşmaları gerektiğini vurgular⁶⁵⁸. IMK m. 88: *Teklifin kabul ile uyuşmaması veya kabulün belirli şartlara bağlı olması, sözleşmenin geçerli kabul edilmemesine neden olur*. Burada, iradelerin uyuşmaması, sözleşmenin geçersizliğini doğurur⁶⁵⁹. Ayrıca, sözleşmenin konusu veya nedeni geçerli değilse, yani hukuken işlem yapılması mümkün olmayan bir şey üzerinde anlaşılmışsa, sözleşme yok sayılır. IMK m. 89'da, *sözleşmenin konusunun ticaret veya hukuki işlem bakımından geçerli olmayan bir şeye ilişkin olması hâlinde sözleşmenin geçersiz olacağı düzenlenmiştir*. Bu hüküm, sözleşmenin geçerliliği için konunun hem hukuken mümkün hem de meşru olması gerekliliğini ortaya koymaktadır. IMK m. 91: *Sözleşmenin geçerli olabilmesi için, sözleşmenin nedeninin yasal ve meşru olması gerektiğini belirtir. Eğer sözleşme, yasa dışı bir şey üzerine yapılmışsa, örneğin*

⁶⁵⁵ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 88.

⁶⁵⁶ Abdulwahid Hasan Tawfiq, Arap Medeni Kanunlarında Sözleşme Rızanın Kavramı", Arab Law Quarterly, Cilt 23, 3. Baskı, 2009, s. 311.

⁶⁵⁷ E IMK m.78.

⁶⁵⁸ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 88.

⁶⁵⁹ IMK m.88.

*uyuşturucu ticareti gibi, sözleşme geçersiz sayılır*⁶⁶⁰. Bu hüküm, yasal bir amacın bulunmaması durumunda sözleşmenin geçersizliğini açıkça belirtir.

2) Sözleşmenin Geçersizliği

Bir sözleşme, taraflar arasında kurulmuş ve şeklen tamamlanmış olsa dahi, belirli hukuki engeller sebebiyle geçerlilik kazanamayabilir⁶⁶¹. Başka bir ifadeyle, sözleşme tarafların irade açıklamalarına dayanarak yapılmış olsa da, hukuk düzeni tarafından geçerli bir hukuki sonuç doğurması engellenebilir. Geçersizlik hâlinin başlıca sebeplerinden biri, taraflardan birinin hukuki ehliyeteye sahip olmamasıdır. Zira sözleşmenin tarafı olan kişilerin fiil ehliyetine sahip olmaları, sözleşmenin geçerliliği için temel bir koşuldur. Nitekim, İMK m. 54 uyarınca, fiil ehliyetinden yoksun kişiler — örneğin, henüz erginlik yaşına ulaşmamış kimseler veya akıl hastalığı ya da akıl zayıflığı sebebiyle ayırt etme gücünden yoksun olanlar — tarafından yapılan sözleşmeler geçersiz sayılmaktadır. Bu düzenleme, sözleşme serbestisinin sınırlarından birini oluşturur ve tarafların iradelerinin geçerli bir hukuki sonuç doğurabilmesi için ehliyet şartının vazgeçilmez olduğunu açıkça ortaya koyar⁶⁶².

Irak Medeni Kanunu (IMK) çerçevesinde, bir sözleşmenin geçerliliği, sözleşmenin kurucu unsurlarının varlığı ve bu unsurların hukuka uygunluğu ile doğrudan ilişkilidir. Hukuki doktrinde ve uygulamada, sözleşmenin yokluk ve geçersizlik kavramlarının birbirinden ayrılması büyük önem taşır. Bu ayrım, sözleşme ilişkilerinin temel niteliğini, tarafların hak ve yükümlülüklerini ve hukuki sonuçların doğmasını belirlemede kritik bir rol oynar.

Yokluk, bir sözleşmenin doğumu için gerekli olan kurucu unsurların hiç bulunmaması hâlini ifade eder. Başka bir deyişle, sözleşmenin oluşabilmesi için gerekli olan asgari koşulların tamamen yokluğu söz konusu olduğunda, hukuken sözleşme yok sayılır. Örneğin, sözleşmenin taraflarından yalnızca birinin irade beyanında bulunması, sözleşmenin konusunun hukuk düzenince tanınmaması veya kanunen öngörülen şekil şartlarının tamamen yerine getirilmemesi (örneğin, resmi şekle tabi bir işlemin hiçbir şekilde yerine getirilmemesi) durumunda, sözleşme yok hükmündedir. Bu durumda, işlem fiilen yapılmış gibi görünse de, hukuken hiç doğmamış sayılır ve taraflar üzerinde herhangi bir bağlayıcılık oluşturmaz. Doktrinde, yokluk, sözleşmenin doğrudan varlık koşullarını ortadan kaldıran mutlak bir

⁶⁶⁰ Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 132.

⁶⁶¹ Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 132.

⁶⁶² Tawfiq, Arap Medeni Kanunlarında Sözleşme Rızanın Kavramı", s. 312.

eksiklik olarak değerlendirilmektedir; bu bağlamda, sözleşme hiçbir hukuki sonuç doğuramaz ve hak talebine konu edilemez.

Buna karşılık, geçersizlik, sözleşmenin kurucu unsurlarının mevcut olduğu, ancak işlemdeki belirli sakatlıklar nedeniyle hukuk düzeni tarafından hüküm ve sonuç doğurmasının engellenmesi durumudur. IMK, geçersizliği iki ana kategoriye ayırır:

Kesin hükümsüzlük (butlan): Sözleşmenin konusu hukuka, kamu düzenine veya ahlaka aykırı ise ya da taraflardan biri fiil ehliyetine sahip değilse, işlem baştan itibaren hükümsüzdür. IMK m. 54 ve m. 89'da bu durum açıkça düzenlenmiştir. Örneğin, fiil ehliyetinden yoksun kişilerin yaptığı sözleşmeler veya hukuken imkânsız bir konuya ilişkin akitler, hiçbir şekilde geçerli kabul edilmez ve taraflar üzerinde bağlayıcı hukuki sonuç doğurmaz. Kesin hükümsüzlük, sözleşmenin taraflarının iradesinden bağımsız olarak ortaya çıkar; bu nedenle, taraflardan biri dahi hukuka uygun hareket etmiş olsa, işlem geçersiz sayılır.

İptal edilebilirlik (nisbi butlan): Tarafların iradeleri mevcut olmakla birlikte, irade beyanı sakatlanmış ise sözleşme iptal edilebilir niteliktedir. Bu durumda sözleşme kural olarak geçerli kabul edilmekle birlikte, iradesi bozulan veya zarar gören tarafın talebiyle hukuki sonuç doğurması engellenebilir. Örneğin, hata, hile (aldatma) veya ikrah (tehdit) yoluyla yapılan sözleşmelerde, tarafların iradesi geçerli gibi görünse de, zarar gören tarafın iptal hakkı bulunmaktadır. IMK, bu tür irade bozukluklarını detaylı şekilde düzenleyerek, sözleşme serbestisinin sınırlarını ve tarafların korunmasını sağlamaktadır. Doktrinde iptal edilebilirlik, sözleşme üzerinde sınırlı bir geçerlilik tanır ve hukuki güvenlik ile tarafların irade özgürlüğü arasında bir denge oluşturur.

Sonuç olarak, IMK açısından yokluk hâlinde işlem baştan itibaren hukuken hiç doğmamış sayılırken, geçersizlik hâlinde sözleşme kurulmuş olsa dahi, belirli hukuki sakatlıklar nedeniyle geçerli sonuç doğurması engellenir. Bu ayrım, hem tarafların iradelerini hem de kamu düzeni ve hukuki güvenlik ilkelerini korumayı amaçlar. Özellikle, hukuki güvenliğin sağlanması açısından, kesin hükümsüz işlemler kamu düzeni ile doğrudan ilişkili iken, iptal edilebilir işlemler taraflar arasında denge sağlamak amacıyla düzenlenmiştir. Bu çerçevede, IMK, sözleşme ilişkilerinde tarafların öngörülebilir hak ve yükümlülüklerini belirlerken, aynı zamanda hukukun temel ilkeleriyle uyumu güvence altına almaktadır⁶⁶³. IMK m. 103: *Zorlamayı, bir tarafın iradesine yasadışı bir şekilde etki edilmesi olarak tanımlar.* Eğer sözleşme, zorla imzalanmışsa, IMK m. 104 gereği sözleşme geçersiz sayılır ve

⁶⁶³ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 113.

zorlanmış taraf, zorlama sona erdikten sonra sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir⁶⁶⁴. Bu durum, sözleşmenin geçerliliğini engelleyen bir başka geçersizlik halidir. IMK m. 105: *Aldatma, bir tarafı kandırmak amacıyla gerçeği gizlemek veya yanlış bilgi sunmak olarak tanımlanır*. Dolayısıyla, *Aldatma* sonucu yapılan bir sözleşme, gerçekte hiçbir hukuki bağlayıcılığa sahip olmayacak şekilde geçersiz sayılır⁶⁶⁵. IMK m. 91: *Sözleşmenin nedeninin meşru olmasını şart koşar; eğer neden yasa dışı veya kamu düzenine veya ahlaka aykırıysa, sözleşme geçersiz olur*. Bu hüküm, sözleşmenin amacının yasal ve ahlaki kurallara uygun olmasını temin eder⁶⁶⁶. IMK m. 106: *Sözleşme, bir tarafın yanlış bilgi vermesi veya önemli bilgileri gizlemesi sonucu yapılmışsa, sözleşme geçersiz olur*. Bu hüküm, bir sözleşmenin aldatma (hile) veya önemli bilgilerin gizlenmesi nedeniyle yapılması hâlinde geçersiz olacağını hükme bağlamaktadır. Bu düzenleme, sözleşmenin taraflarının iradelerinin doğru ve bilinçli bir şekilde oluşmasını sağlama amacını taşır. Maddenin temel yaklaşımı, sözleşmenin kurulmasında taraflar arasında sağlıklı bir bilgi akışı ve dürüstlük ilkesinin varlığını güvence altına almaktır.⁶⁶⁷

3) Yokluk ve Geçersizlik Durumlarının Sonuçları

Sözleşmenin Yokluğu: Bir sözleşme yok sayıldığında, hiçbir hukuki sonuç doğurmaz. Bu, taraflar arasında hiçbir yükümlülük doğmaz ve sözleşme ile elde edilmesi beklenen haklar ve yükümlülükler gerçekleşmez⁶⁶⁸.

Sözleşmenin Geçersizliği: Sözleşme dışsal olarak geçerli gibi gözükse de, gerçekte hiçbir hukuki sonuç doğurmaz ve taraflar için herhangi bir yükümlülük yaratmaz. Burada, sözleşmenin geçersizliği, tarafların haklarının korunmadığını ve karşılıklı yükümlülüklerin yerine getirilmediğini gösterir⁶⁶⁹. IMK m. 121: *Geçersiz bir sözleşmenin hukuki bir sonucu olmayacağını belirtir ve sözleşmeden yararlanan tarafın elde ettiği faydayı geri vermesini ister*⁶⁷⁰. IMK m. 122: *İrade eksikliği gibi durumlarda zarar gören tarafa sözleşmeyi iptal etme hakkı tanır*. Sözleşme iptal edildikten sonra taraflar, sözleşme yapılmadan önceki duruma geri dönebilirler⁶⁷¹.

Sonuç olarak, hem Irak Medeni Kanunu (IMK), hem de Türk Borçlar Kanunu (TBK), sözleşmenin geçersizliği ve yokluğu durumlarında taraflar için hukuki bağlayıcılık taşımayan

⁶⁶⁴ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 115.

⁶⁶⁵ IMK m.105.

⁶⁶⁶ IMK m.91.

⁶⁶⁷ IMK m.106.

⁶⁶⁸ Tawfiq, Arap Medeni Kanunlarında Sözleşme Rızanın Kavramı", s 315.

⁶⁶⁹ Tawfiq, Arap Medeni Kanunlarında Sözleşme Rızanın Kavramı", s 317.

⁶⁷⁰ IMK m.121.

⁶⁷¹ IMK m.122., Eren., Genel Hükümler, s. 352–357., Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 208–214; Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 270–275.

ve sonuç doğurmayan anlaşmalar kabul edilir. Temel unsurları eksik veya irade eksikliği nedeniyle geçersiz kılınan sözleşmelerde, taraflar birbirlerine karşı hukuki sorumluluk taşımaz. Hem Türk hukukunda hem de Irak hukukunda, zarar gören taraf sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir ve taraflar, eski duruma dönebilirler.

Türk hukukunda, TBK çerçevesinde, sözleşmenin kurulma süreci, kabulün yöneltilmesi, yazılı şekil şartı ve hüküm doğurma süreçlerine dair belirli kurallar yer almaktadır. Benzer şekilde, Irak Medeni Kanunu'nda da sözleşmenin kurulması, kabulün geçerliliği ve hüküm doğurma konularında belirli düzenlemeler vardır. Her iki hukuk sisteminde de sözleşmenin geçerliliği, tarafların özgür iradelerine ve net bir şekilde ifade edilen rızalarına dayanır. Sözleşmelerin hüküm doğurması, tarafların yükümlülüklerini yerine getirmesiyle başlar ve bu süreç her iki hukuk sisteminde de belirli kurallara dayalı olarak yürütülür.

3.1.3. Sözleşmenin Kurulduğu ve Hüküm Doğurmaya Başladığı An Ayrımının Uygulama Alanı

Bugün, sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an arasındaki ayrım, sınırlı bir uygulama alanına sahiptir⁶⁷². Bunun başlıca iki nedeni bulunmaktadır. İlk olarak, sözleşmenin kurulması için tarafların birbirine uygun karşılıklı irade açıklamaları yapmış olmaları, henüz sözleşme kurulmamış olsa bile, tarafların sözleşmeye ilişkin görüşme ilişkisi çerçevesinde, kural olarak, sözleşmenin kurulmasını engelleyici bir davranışta bulunmalarını yasaklar⁶⁷³. İkinci olarak, sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an arasındaki süre, günümüzdeki teknolojik gelişmeler ışığında oldukça kısalmıştır⁶⁷⁴. Ancak, bu ayrım hala sonuçları itibariyle önemli bir hukuki kavramdır.

Genel bir bakış açısıyla, sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an arasındaki ayrım, bir çok hukuk sisteminde yer edinmiş bir kavramdır. Sözleşmenin kurulduğu an, taraflar arasında anlaşmanın gerçekleştiği, karşılıklı taahhütlerin ortaya konduğu andır. Hüküm doğurmaya başlama ise, tarafların taahhütlerini yerine getirmeye başlaması ya da belirli bir sürenin geçmesi ile başlar.

Bu ayrım, uygulamada çok farklı hukuki konuları kapsayabilir. Örneğin, bir mal satış sözleşmesinde, taraflar malın teslimini veya ödeme yapmayı taahhüt ettikten sonra sözleşme hüküm doğurmaya başlar. Kiralama sözleşmelerinde ise, sözleşme kurulduğu an tarafların

⁶⁷² Bkz. Müller, a.g.e., Art. 10, s. 26; Akyol, Genel, s. 125.

⁶⁷³ Müller, a.g.e., Art. 10, s. 27.

⁶⁷⁴ Müller, a.g.e., Art. 10, s. 28.

anlaşmayı imzaladığı, Genel kural: Sözleşmenin kurulması için imza şart değildir. İstisna: Kanunun veya tarafların öngördüğü yazılı şekle tabi sözleşmelerde imza, geçerlilik unsuru hâline gelir, tarihtir, fakat sözleşmenin hüküm doğurmaya başlaması, kiralamanın başlangıç tarihiyle başlar.

Bu ayrımın önemi, sözleşme hükümlerinin ne zaman yürürlüğe gireceği ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin başlayacağı konusunda kesin bir zamanın belirlenmesidir. Ayrıca, tarafların sözleşme sürecindeki taahhütlerini ve sorumluluklarını net bir şekilde ortaya koymak için de önemlidir. Irak Medeni Kanunu'nun 73. maddesine göre, sözleşme taraflardan birinin teklifine karşı diğer tarafın kabulüyle kurulur ve bu şekilde sözleşme yapılan şeyin hukuki sonuçlarını doğurur⁶⁷⁵.

Irak hukuku çerçevesinde, sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an arasındaki ayrımın uygulama alanı net bir şekilde düzenlenmiştir⁶⁷⁶.. Irak mevzuatındaki genel ilkeler şu şekilde özetlenebilir:

Sözleşmenin Kurulduğu An: Sözleşmenin kurulduğu an, tarafların iradelerinin açık ve kesin bir şekilde ifade edildiği andır. Genellikle sözleşmenin imzalandığı veya tarafların anlaşmaya vardığı tarih, sözleşmenin kurulduğu an olarak kabul edilir.

Hüküm Doğurmaya Başladığı An: Sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı an, tarafların taahhütlerini yerine getirmeye başladığı veya belirli bir sürenin başlangıç tarihiyle başlar. Bu an, tarafların sözleşmedeki yükümlülüklerini yerine getirmeye başladığı tarihtir.

Irak kanunlarına göre, sözleşmenin kurulduğu an ile hüküm doğurmaya başladığı an arasındaki ayrım, sözleşmenin geçerliliği, taahhütlerin yerine getirilmesi, tarafların hak ve yükümlülükleri gibi pek çok konuda kritik öneme sahiptir⁶⁷⁷. Bu ayrım, sözleşmelerin uygulanmasında, ihlallerin değerlendirilmesinde, tarafların haklarının korunmasında ve anlaşmazlıkların çözülmesinde belirleyici bir rol oynar.

3.1.3.1. Başlangıçtaki ve Sonraki İmkânsızlık Ayrımının Belirlenmesi

Sözleşmelerin kurulmasındaki ana amaç, genel olarak tarafların borç altına girmesi ve borçlanılan edimleri yerine getirmeleridir. Sözleşme, borçlanılan edimlerin yerine getirilmesiyle sona erer. Ancak bazı durumlarda, bu edimlerin yerine getirilmesi sürekli ve kesin bir şekilde, hukuki ya da maddi nedenlerle imkânsız hale gelir. Bu durum "imkânsızlık"

⁶⁷⁵ Tawfiq, Arap Medeni Kanunlarında Sözleşme Rızanın Kavramı", s 317.

⁶⁷⁶ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 117.

⁶⁷⁷ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 115.

olarak tanımlanır⁶⁷⁸. Sözleşmenin kurulduğu ve hüküm doğurmaya başladığı andan itibaren imkânsızlık durumu söz konusu olduğunda, başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımının yapılması, sözleşmeye olan etkileri bakımından önemli bir yer tutar.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.27/1 hükmüne göre, başlangıçtaki imkânsızlık söz konusu olduğunda, konusu imkânsız olan sözleşme kesin hükümsüz kabul edilir. Yani sözleşme, baştan itibaren geçersiz olur. Diğer yandan, sonraki imkânsızlık TBK m.136/1 gereğince, borcun ifasının borçluya atfedilemeyecek bir nedenle imkânsız hale gelmesi durumunda borç sona erer⁶⁷⁹. Bu bağlamda, başlangıçtaki imkânsızlık halinde sözleşme kesin hükümsüz olurken, sonraki imkânsızlık halinde sadece borç sona erer ve sözleşme hala geçerliliğini sürdürebilir⁶⁸⁰.

Bu ayrım, geleneksel hukuk sistemlerinde önemli bir yer tutmaktadır. Hukuki belirsizliklerin ve çelişkilerin çözülmesinde rehberlik sağlayan temel kurallardan biridir. Başlangıçtaki imkânsızlık, bir kanunun yürürlüğe girdiği tarihte mevcut olan durumu ve eylemleri etkilemez. Bu ilke, hukuki güvenliği ve adaleti sağlamak amacıyla önemlidir. Ayrıca, kişilerin hukuki hak ve yükümlülükleri hakkında bilgi sahibi olmalarını ve buna göre hareket etmelerini sağlar.

Sonraki imkânsızlık ise, bir kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra ortaya çıkan durumlarla ilgilidir. Bu ayrım, geçerli kanunların gelecekteki eylemleri ve durumları nasıl etkileyeceğini belirlemeye yöneliktir. Yasal değişikliklerin mevcut haklar veya yükümlülükler üzerindeki etkisi, bu ayrımın uygulamaya konmasıyla daha açık hale gelir. Sonraki imkânsızlık, yasal tutarlılığı ve adaleti sağlamak amacıyla önemlidir.

Başlangıçtaki ve sonraki imkânsızlık ayrımı, hukukun güvenilirliğini ve tutarlılığını artırmaya hizmet ederken, aynı zamanda bireylerin haklarını ve yükümlülüklerini adil bir şekilde düzenlemeyi amaçlar. Ancak, bu ayrımın belirlenmesi bazen karmaşık olabilir ve hukuki belirsizlikler ortaya çıkabilir. Bu durumda, yasaların doğru şekilde yorumlanması ve uygulanması için yargı organları ve hukuki otoriteler devreye girer.

Sonuç olarak, başlangıçtaki imkânsızlık, sözleşmenin kurulduğu anda edimin objektif olarak imkânsız olması nedeniyle sözleşmeyi geçersiz kılar; sonraki imkânsızlık, sözleşme

⁶⁷⁸ Bkz. Leyla Müjde Kurt, Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136), Yetkin Yayınları, Ankara, 2016, s. 81.

⁶⁷⁹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 853-854; Baysal, Sözleşme., s. 433; Kurt, İmkânsızlık., s.92; Altunkaya, İmkânsızlık, s. 101.

⁶⁸⁰ Bkz. Kurt, İmkânsızlık, s. 163-164; Ergüne, Mehmet Serkan, "Reform Sonrası Alman Medeni Kanun'unda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXII, S. 1-2, (2004), s. 352; Baysal, Sözleşme, s.433.

kurulduktan sonra ortaya çıkan engellerle borcun sona ermesine yol açar. Bu ayrım, hukuki güvenlik ve adaletin sağlanması açısından temel bir işlev görmekte ve tarafların hak ve yükümlülüklerinin doğru biçimde belirlenmesine hizmet etmektedir.

3.1.3.2. Borcun Doğumu ve Muaccel Olması

Sözleşmenin kurulmasının temel amacı, tarafların borç altına girmesidir. Borç doğduğunda, alacaklı taraf ifayı talep etme hakkına sahip olur. Ancak borcun doğumu tek başına, alacaklının ifa talebinde bulunabilmesi için yeterli değildir. Borcun muaccel olması gerekmektedir⁶⁸¹. Türk Borçlar Kanunu m.90'a göre, "İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur⁶⁸².." Yani, borcun doğumuyla birlikte muacceliyet de başlar.

Irak Hukukunda ise borcun doğumu ve muaccel olmasına dair hükümler, Irak Medeni Kanunu çerçevesinde belirlenmiştir. Borcun doğumu, bir borç ilişkisinin oluştuğu anı ifade eder. Borçlu taraf, borç doğduğu anda, yükümlülüklerini yerine getirmeye başlar. Ancak borcun muaccel hale gelmesi için, borçlu tarafın borcunu süresinde yerine getirmemesi veya taraflar arasında bir anlaşmazlık ortaya çıkması gibi durumların söz konusu olması gerekir. Borcun muaccel olmasıyla birlikte, alacaklı taraf borcun ifasını talep edebilir ve gerekirse hukuki yollarla borcun tahsilini isteyebilir.

3.1.3.3. Faizin Başlangıcı

Faiz, alacaklının alacağını belli bir süre için kaybetmesi karşılığında ödenen bedel olarak tanımlanır⁶⁸³. Türk Borçlar Kanunu m.147'ye göre, faiz, para alacağı dışında da talep edilebilir ve zamanaşımına tabi olabilir. Ancak faiz, asıl alacakla bağlantılı olup, anapara alacağının sona ermesiyle sonlanır. Faiz, anapara alacağına bağlı bir yan alacak hakkı olduğundan, faiz miktarı anapara alacağının büyüklüğüne, mahrumiyet süresine ve uygulanan faiz oranına göre değişir⁶⁸⁴.

⁶⁸¹ Müller, a.g.e., Art. 10, s. 31.

⁶⁸² Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 995; Rona, Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, C. 3, İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 7. Basım, İstanbul, 2016.

⁶⁸³ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 3049; Cansu, Kaya Kızıllırmak, Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s. 347; Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 2. Baskı, İstanbul, 1977, s. 59-60.

⁶⁸⁴ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, N. 969; Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş, Genişletilmiş 16. Basım, Beta Basım, İstanbul, 2018, s.166.

Faiz miktarı, anapara alacağının ne kadar olduğuna, alacaktan mahrum kalınan süreye, uygulanacak olan faiz oranına göre farklılık göstermektedir⁶⁸⁵. Faizin başlangıcının belirlenmesi için bu nitelikte alacağın gerçekleştiği döneme bağlı olarak yapılacak olan anapara temerrüt faizi ayırımına göre hareket edilir⁶⁸⁶.

Irak Hukukunda ise faiz konusu İslam hukukuna dayanmaktadır ve faiz haram kabul edilir. İslam finans ilkelerine göre, faiz yerine kâr payı veya kâr-zarar ortaklığı esas alınır. Bu nedenle, Irak Hukukunda faizin başlangıcıyla ilgili özel bir düzenleme yoktur. Faizin uygulanması genellikle ticari işlemlerde finansal düzenlemelere dayanır ve faizin başlangıcı, İslam hukukunun esaslarına göre belirlenir⁶⁸⁷. Bu kurallar, faizin yasaklanmış olduğu toplumlar için geçerli olup, Irak'ın hukuk sistemi bu bağlamda belirli sınırlamalar getirir.

Sonuç olarak, faiz konusu, Irak Hukukunda İslam hukuku çerçevesinde düzenlendiği için, faizle ilgili belirli bir başlangıç tarihi ya da yöntem bulunmamaktadır. Faizin yerine geçen uygulamalar, çoğunlukla kâr paylaşımı ve ortaklık esaslarına dayanmaktadır.

3.1.3.4. Faizin Başlangıcı ve Hukuki Niteliği

Faiz, alacaklının alacağını belli bir süre için kaybetmesi karşılığında ödenen bedel olarak tanımlanır. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m.147'ye göre, faiz sadece para alacağına bağlı olarak talep edilebileceği gibi, bazı özel koşullarda diğer alacak türlerinden de talep edilebilir. Ayrıca faiz, zamanaşımı gibi süreli bir kavramdır ve belirli bir süre sonunda alacaklının alacağını kaybetmesiyle birlikte borçlunun yükümlülüğü sona erer. TBK m.131 hükmüne göre, faiz anapara alacağı sona erdiğinde de sona erer. Faiz, anapara alacağından ayrı bir alacak hakkı oluştursa da, onunla sıkı bir şekilde bağlıdır. Faizin hesaplanmasında, alacak miktarı, ödemedenden mahrum kalınan süre ve uygulanacak faiz oranı gibi faktörler göz önünde bulundurulur.

Faizin başlangıcının belirlenmesi için, alacağın gerçekleştiği döneme bağlı olarak anapara temerrüt faizi gibi ayrımlar dikkate alınarak hareket edilir. Bu durumda, faiz ödemesinin ne zaman başlayacağı, borçlunun ödeme yükümlülüğünü yerine getirmemesi durumunda devreye girer. Yani, borçlunun temerrüde düşmesiyle faiz işlemeye başlar ve borçlunun alacaklıya ödeme yapmaya başlamasıyla sona erer.

⁶⁸⁵ Peter, Gauch / Walter R. Schupel/ Susan, Emmenegger, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2, 10. Auflage, Zurich-Basel-Genf, 2014, N. 2350; Serozan, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, N.8.

⁶⁸⁶ Bkz. Mehmet, Helvacı, Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı, İstanbul, 2000, s. 102;

⁶⁸⁷ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 119.

Irak Hukukunda ise faiz konusu, İslam hukukuna dayanmaktadır. İslam finans prensiplerine göre faiz, "riba" olarak kabul edilir ve haram sayılır. Bu nedenle, Irak'ta faize dayalı bir düzenleme bulunmamaktadır. Faiz yerine kâr payı, kâr-zarar ortaklığı gibi finansal uygulamalar öne çıkmaktadır⁶⁸⁸. İslami finans kuralları, faizin kesinlikle yasaklanmasını öngörür, dolayısıyla faizin başlangıcı ile ilgili olarak kabul edilen bir tarih veya yöntem yoktur. Ancak, ticari işlemlerde faizin uygulanmasıyla ilgili bazı istisnalar ve düzenlemeler bulunmaktadır⁶⁸⁹.

Faiz ve faiz benzeri uygulamalara yönelik yasal düzenlemeler, genellikle ülkelerin bankacılık ve finansal sistemlerinde yer alır. Bu düzenlemeler, faizin başlangıcı, hesaplanma şekli ve hangi koşullarda uygulanacağı gibi önemli konuları belirler. Dolayısıyla, faiz konusu, hem Türkiye hem de Irak hukukunda farklı kurallar çerçevesinde ele alınmakta, ancak her iki hukuk sistemi de alacakların temerrüt faizini ve borçlunun yükümlülüğünü belirleyen kurallara sahiptir.

3.1.3.4. Faiz Alacağının Başlangıcı ve Zamanaşımı ile İlişkisi

Zamanaşımı, alacaklının, alacağını talep etmek için belirli bir süre boyunca hareketsiz kalması durumunda borçlunun bu alacakla ilgili olarak süresiz olarak ifadan kaçınma hakkı elde etmesi anlamına gelir⁶⁹⁰. Zamanaşımının amacı, alacaklının belirli bir süre boyunca haklarını takip etmemesi durumunda borçlunun da bu yükümlülüğünden kurtulmasını sağlamaktır⁶⁹¹. TBK m.161'e göre, hâkim zamanaşımını resen dikkate almaz; yani tarafların

⁶⁸⁸ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 125.

⁶⁸⁹ Bkz.: Irak Temyiz Mahkemesi Kararı No. 148/1979 (faiz uygulanmasına dair özel izin içeren sözleşmelerde hüküm tesisi)., Irak hukukunda faiz yasağının istisnai olarak nasıl ele alındığını göstermesi bakımından önemlidir. Bu kararda, Irak Temyiz Mahkemesi (Yargıtayı), taraflar arasında faize açıkça izin veren bir sözleşme bulunması hâlinde, bu sözleşme hükümlerinin geçerli olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme şu şekilde hüküm vermiştir:

“Taraflar arasında düzenlenen sözleşmede açıkça belirtilmek kaydıyla, borçlunun gecikmeli ödeme hâlinde belirli bir yüzde oranında ödeme yapmayı kabul etmesi, faiz yasağına aykırılık teşkil etmez. Zira bu tür sözleşmeler, taraf iradelerinin özgürlüğü çerçevesinde değerlendirilir ve şayet bu yükümlülük sözleşmeye açıkça yazılmışsa, mahkeme tarafından dikkate alınır.”

Bu karar, özellikle ticari nitelikteki sözleşmelerde, zararın tazmini veya ticarî kazanç olarak nitelendirilebilecek bazı faiz benzeri yükümlülüklerin meşru sayılabileceğini göstermektedir. Böylece Irak Medeni Kanunu'ndaki şer'i temelli faiz yasağına rağmen, uygulamada sözleşmeye dayalı istisnaların mümkün olabildiği anlaşılmaktadır.

Not: Bu karar, Irak hukukunun şer'i esaslara bağlı yapısı içinde mahkeme içtihatlarıyla gelişen istisnai bir durumdur. Ancak bu tür uygulamalar her olayın somut koşullarına bağlı olarak değerlendirilmektedir ve genel geçer bir “faiz serbestisi” anlamına gelmez.

⁶⁹⁰ Bkz. Gauch/Schlupe/Emmenegger, N. 3269; Eren, Genel Hükümler, s. 4046; Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 520; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel. s. 1030.

⁶⁹¹ Akyol, Genel, s. 48-49; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 1030; Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 520.

zamanaşımını ileri sürmeleri gerekir⁶⁹². Zamanaşımı, borcu sona erdirmediği, ancak alacaklının ifa talebini geçersiz kıldığı bir durum yaratır⁶⁹³.

Türk Borçlar Kanunu'nda, zamanaşımı süreleri belirli alacak türlerine göre değişiklik göstermektedir. Örneğin, genel zamanaşımı süresi, TBK m.146'ya göre 10 yıl olarak belirlenmiştir. Bunun dışında, bazı özel alacak türleri için daha kısa süreler öngörülmüştür. Örneğin, haksız fiil ve sebepsiz zenginleşmeden kaynaklanan alacaklar için zamanaşımı süresi bir yıl, bazı sözleşme türlerinden kaynaklanan alacaklar için ise beş yıl gibi süreler öngörülmüştür. Ayrıca, taşınmaz satış sözleşmelerinde ayıptan kaynaklanan seçimlik haklar için, satıcının ağır kusuru halinde 20 yıl gibi uzun bir zamanaşımı süresi öngörülmüştür.

Irak Hukukunda ise zamanaşımının başlangıcı ve süresi, Irak Medeni Kanunu ve Ceza Kanunu çerçevesinde belirlenmiştir. Örneğin, ağır suçlar için zamanaşımı süresi daha uzundur; cinayet gibi suçlar için bu süre 15 yıl olabilir. Medeni davalarda ise zamanaşımı süresi genellikle 15 yıl olarak belirlenmiştir ve borcun doğduğu tarihten itibaren işlemeye başlar. Irak'ta da zamanaşımı süreleri, dava türüne ve alacak türüne bağlı olarak değişmektedir.

Zamanaşımı süresi, hem Türk Hukuku hem de Irak Hukuku'nda, borçlunun yükümlülüklerini yerine getirme süresiyle ilgili önemli düzenlemeler getirmektedir. Her iki hukuk sistemi de, zamanaşımının başlama süresi ve süresi konusunda belirli kurallar koymuş, alacaklıların haklarını koruyarak borçluların yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamak amacıyla bir denetim mekanizması oluşturmuştur.

3.1.3.5. Birden Fazla Tasarruf İşlemi Arasındaki Sıranın Belirlenmesi

Tasarruf işlemi, bir kişinin malvarlığı üzerindeki hakkını doğrudan etkileyerek, o hakkı sınırlayan, değiştiren, devreden veya sona erdiren işlemler olarak tanımlanır⁶⁹⁴. Tasarruf işleminin geçerliliği, işlemin konusu olan hakkın sahibi tarafından yapılmasına ve kişi üzerinde tasarruf yetkisi bulunmasına bağlıdır⁶⁹⁵. Bir kişi, malvarlığında olmayan veya üzerinde tasarruf yetkisi bulunmayan bir hakkı konu alan bir tasarruf işlemi yaparsa, bu işlem geçersizdir. Ancak bazı durumlarda, tasarruf eksikliği olsa bile işlem geçerli kabul edilebilir⁶⁹⁶.

⁶⁹² Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, N. 1922; Eren, Genel Hükümler, N. 4059.

⁶⁹³ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, N. 1922; Eren, Genel Hükümler, N. 4059.

⁶⁹⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 45-46; Feyzioğlu, Genel Borçlar, s. 40; Eren, Genel Hükümler, N. 470.

⁶⁹⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 483; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 47.

⁶⁹⁶ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 46-47; Eren, Genel Hükümler, N. 482.

Birden fazla tasarruf işlemi yapılması halinde, bu işlemlerin sırası önemlidir. "Zamansal öncelik ilkesi" gereğince, aynı hakkı etkileyen işlemler arasında hangi işlemin önce yapıldığı belirleyici olur⁶⁹⁷. Bu ilke, hangi işlemin geçerli olacağını ve hukuki sonuçlarını etkileyen bir faktördür.

Irak Medeni Kanunu (IMK) çerçevesinde tasarruf işlemleri, özellikle miras hukuku açısından önemlidir. Miras hukuku, kişilerin malvarlıklarını devretme ve hakların paylaşılması ile ilgili düzenlemeleri içerir. Bir kişinin malvarlığında birden fazla tasarruf işlemi yapılmışsa, bu işlemlerin sıralaması, genellikle mirasçılarının haklarını korumak ve mirasçılık düzenini sağlamak amacıyla yapılır⁶⁹⁸. Bu sıralama, bir kişinin birden fazla mirasçıya sahip olduğu ve mirasçılık düzeninin belirsiz olduğu durumlarda, hangi tasarruf işleminin geçerli olacağını belirlemek için kullanılır.

3.1.3.6. Sözleşmenin Kurulduğu Yerin Belirlenmesi

Sözleşmenin kurulduğu yer, çeşitli hukuki bağlamlarda önemli bir belirleyicidir. Tüketici hukuku bağlamında, sözleşmenin kurulduğu yer, sözleşmenin geçerliliği ve tüketicinin korunmasına yönelik hakları şekillendirirken, devletler hukuku çerçevesinde uyuşmazlık durumunda hangi ülke hukukunun uygulanacağına dair bir temel oluşturur. İcra hukuku açısından ise, icra dairesinin yetkisi belirlenir. Türk Kanunu Hükmünde Kararname (TKHK) m. 47/1, işyeri dışında kurulan sözleşmelerde belirli koşullar altında tüketicinin cayma hakkı kullanabileceğini belirtir ve bu düzenleme, tüketicinin özel olarak korunmasını sağlar. Ayrıca, ilamsız takipte, İcra İflas Kanunu (İİK) m. 50/1 gereği, takibe konu olan sözleşmenin kurulduğu yerin icra dairesi yetkili kabul edilir⁶⁹⁹. Bu konuda Yargıtay'ın görüşü de aynı yöndedir⁷⁰⁰.

Bununla birlikte, Türk hukukunda sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesi, kanunda açıkça belirtilmiş olsa da, bu yerin nasıl tespit edileceğine dair net bir düzenleme

⁶⁹⁷ Baki İlkay, Engin, "Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükmünün Bir İşlevi Var mıdır?", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul, 2000, s. 313-321.

⁶⁹⁸ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 141.

⁶⁹⁹ Bkz. Baki, Kuru, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013, s. 762.

⁷⁰⁰ Bkz. Yargıtay 12. HD T. 16.11.2017 E. 2017/8005 K. 2017/14253; Yargıtay 12. HD T. 11.12.2017 E. 2016/24745 K. 2017/15353: "İİK'nun 50/1. maddesine göre, para ve teminat borçlarına ilişkin icra takiplerinde yetkili icra dairesi, HMK'nun 447/2. maddesi atfıyla aynı Kanun'un yetkiye dair hükümleri kıyas yoluyla uygulanmak suretiyle belirlenir. Ayrıca, takip dayanağı akdin yapıldığı yer icra dairesi de yetkilidir. Buna göre, bonoya dayalı takip, genel yetkili yer olan borçlunun yerleşim yerindeki icra dairesinde (HMK. 6. md.), bonoda öngörülen ödeme yerinde (6102 sayılı TTK'nun 777/3. maddesine göre ödeme yeri gösterilmeyen bonoda, ödeme yeri olarak tanzim yeri kabul edilir) (HMK. 10. md.) ve ayrıca İİK'nun 50/1. maddesi uyarınca bononun tanzim edildiği yerdeki icra dairesinde yapılabilir." Karar için bkz. <https://portal.uyap.gov.tr/uyap-uygulamaları> (Erişim Tarihi: 25.10.2023).

bulunmamaktadır. Bu belirsizlik, sözleşmenin kurulma şekli ve tarafların yerleşim yerlerine göre farklılıklar gösterebilir. Sözleşmenin "hazır olanlar" arasında veya "hazır olmayanlar" arasında kurulması, önerilerin kesişmesi gibi durumlar, belirleme sürecinde dikkate alınması gereken önemli kriterlerdir.

3.1.3.6.1. Hazır Olanlar ve Hazır Olmayanlar Arasında Kurulması

Hazır olanlar arasında kurulması: Sözleşmenin taraflarının görüşme sırasında aynı mekânda bulunması ve irade açıklamalarını aynı yerden yapmaları durumunda, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların bulunduğu mekân olacaktır. Bu durumda, sözleşmenin kurulduğu yerin, tarafların iradelerine dayanarak başka bir yer olması mümkün değildir.

Hazır olmayanlar arasında kurulması: Eğer sözleşme, tarafların fiziksel olarak aynı mekânda bulunmadığı bir durumda kuruluyorsa, Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 11'e göre, açık kabul gerektiği hallerde, kabulün yöneltildiği yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilecektir⁷⁰¹. Aksi takdirde, önerinin ulaştığı yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilir. Ancak TBK m. 11, yalnızca sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı andan bahseder; dolayısıyla bu hüküm, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesinde kullanılabilecek bir kılavuz değildir. Bu bağlamda, sözleşmenin kurulma yeri olarak kabulün ulaştığı yerin esas alınması gerektiği ifade edilmektedir. Ayrıca, aynı mekânda bulunmayan ancak yine de hazır olan taraflar arasında da sözleşme kurulmuş kabul edilebilir.

3.1.3.6.2. Sözleşmenin Önerilerin Kesişmesi ile Kurulması

Önerilerin kesişmesi ile kurulması: Bu durumda, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesi daha karmaşık hale gelir çünkü taraflardan hangisinin muhatap veya öneren olduğu konusunda belirsizlik olabilir. Ancak, tarafların önerilerinin kesişmesiyle sözleşme kurulmuşsa, sözleşmenin kurulduğu yerin öneri muhatabının bulunduğu yer olması gerektiği düşünülmektedir⁷⁰². Ancak, eğer öneriler aynı anda ulaşırsa, bu belirlemenin yapılması mümkün olmayacaktır. Bu noktada, kesişen önerilerin ulaştığı andan itibaren sözleşmenin kurulduğu yerin tespiti tamamen tesadüfi bir duruma dayanır. Bu nedenle, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesinde her iki tarafın irade açıklamalarının yapıldığı yerlerin dikkate alınması gerektiği vurgulanmaktadır.

⁷⁰¹ Akyol, Genel, s. 131; Tunçomağ, Genel, s. 206-207.

⁷⁰² Aydoğdu/Kahveci, Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, s.109.

3.1.3.6.3. Irak Medeni Hukuku'nda Sözleşmenin Kurulduğu Yerin Belirlenmesi

Irak Medeni Kanunu'na (IMK) göre, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesinde dikkate alınması gereken birkaç unsur bulunmaktadır. Bu unsurlar, sözleşmenin türüne ve taraflar arasındaki hukuki ilişkiye göre değişiklik gösterebilir⁷⁰³. Genel olarak, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesinde şu unsurlar göz önünde bulundurulur:

Tarafların iradesi: IMK'ya göre, sözleşmenin kurulduğu yer, tarafların açık iradesine dayanır. Taraflar, sözleşmenin kurulduğu yeri belirlemek için anlaşabilirler; aksi takdirde, mahkeme karar verebilir⁷⁰⁴.

Tarafların yerleşim yeri: Tarafların yerleşim yerleri de sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesinde önemli bir faktördür. Tarafların yerleşim yerlerinin farklı olması durumunda, sözleşmenin kurulduğu yer, taraflardan birinin yerleşim yeri olarak kabul edilir. Sözleşmenin ifa edileceği yer: Sözleşmenin ifa edileceği yer, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesinde etkili bir faktördür. Eğer sözleşme belirli bir yerde ifa edilecekse, bu yer sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilir⁷⁰⁵.

Ticari ilişkilerde yerleşim yeri: Ticari sözleşmelerde, ticari ilişkinin sürdürüldüğü yer veya taraflardan birinin ticari işletmesinin yerleşim yeri de sözleşmenin kurulduğu yer olarak kabul edilebilir⁷⁰⁶.

Irak kanunlarına göre belirleme: IMK'ya göre, Irak hukukuna tabi bir sözleşme, Irak'ta kurulmuş kabul edilir⁷⁰⁷.

Bu unsurlar, sözleşmenin kurulduğu yerin belirlenmesinde dikkate alınan ana kriterlerdir. Ancak her somut olayda, sözleşmenin türü, tarafların niyeti ve diğer özel şartlar göz önünde bulundurularak daha spesifik kriterler de uygulanabilir.

3.1.3.7. Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Başlangıcı

Satıcının zapttan sorumluluğu, üçüncü kişilerin alıcının elindeki mal üzerindeki üstün haklarını ileri sürerek malı alması veya alıcının malı kullanmasını engellemesi durumunda, satıcının bu zarardan sorumlu tutulmasını ifade eder⁷⁰⁸. Buna göre satıcının zapttan

⁷⁰³ Tawfiq, Arap Medeni Kanunlarında Sözleşme Rızanın Kavramı", s 302-303.

⁷⁰⁴ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 169.

⁷⁰⁵ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 169.

⁷⁰⁶ Al-Qadri, Hassan. Irak'ta Ticaret Hukuku: s. 145.

⁷⁰⁷ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler,, s. 267.

⁷⁰⁸ Eren, Genel Hükümler, N. 229; Barış, Demirsatan, "Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 22 (1), (2020): 222; Tandoğan, Özel Borç, s. 148-149; Zevkililer/Gökyayla, Özel, s. 141; Fahrettin, Aral / Hasan, Ayrancı, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 11.

sorumluluğunun gerçekleşebilmesinde TBK m.214/1 hükmüne göre, sözleşmenin kurulduğu anda üçüncü kişinin üstün hakkının var olması gerekmektedir. Buna göre satış sözleşmesinin kurulduğu an satıcının zapttan sorumluluğu için başlangıç olmaktadır⁷⁰⁹. Türk Borçlar Kanunu'na göre, satıcının zapttan sorumluluğu, satış sözleşmesinin kurulduğu anda üçüncü kişinin üstün hakkının var olmasıyla başlar. Yalnızca sözleşmenin kurulduğu anda üçüncü kişinin üstün hakkının varlığı durumunda satıcı sorumlu olacaktır. Bu, satıcının malın tesliminden önce, üçüncü kişilerin haklarını dikkate alması gerektiği anlamına gelir. TBK m. 11 hükmü, sözleşmenin hüküm doğurmaya başladığı andan önceki bir tarihte mevcut olan üstün hak durumunun, satıcının sorumluluğunu başlatacağına işaret eder.

Irak Medeni Hukuku'na göre, satıcının zapttan sorumluluğu, malın alıcıya teslim edilmesiyle başlar. Bu sorumluluk, satılan malın ayıplı veya kusurlu olması durumunda geçerlidir. Malın sözleşme şartlarına uygun olmaması ya da beklenen kaliteyi karşılamaması, ayıp veya kusur olarak değerlendirilir. Irak hukuku da alıcıya, ayıplı mal karşısında bazı haklar tanır⁷¹⁰.

Satıcının zapttan sorumluluğu, ayıplı malın tesliminden sonra belirli bir süreyle sınırlıdır. Bu süre, genellikle satış sözleşmesinde belirtilir veya yerel yasalarla belirlenen süreye tabidir⁷¹¹. Alıcı, ayıplı malı fark ettiği anda durumu satıcıya bildirmeli ve hakkını kullanmalıdır.

3.1.3.8. Gerçek Kişi Kefilin Sorumlu Olduğu Azami Sürenin Başlangıcı

Kefalet sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu'nun (TBK) m. 581 ve devamı hükümleriyle düzenlenmiş olup, kefilin gerçek ya da tüzel kişi olmasına göre önemli sonuçlar doğurmaktadır. Gerçek kişi kefilin sorumlu olduğu sürenin sınırlı olması, bu düzenlemenin en temel özelliklerinden biridir⁷¹². TBK m. 598/3 hükmüne göre, gerçek kişi tarafından verilmiş her türlü kefalet, sözleşmenin kurulmasından itibaren on yıl içinde kendiliğinden sona erer. Bu düzenleme, kefilin sorumluluğunun belirli bir sürede sona ermesini sağlar.

Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 108.

⁷⁰⁹ Sezer, Çabri, "Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu", Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 22(3), (2016): 591; Demirsatan, a.g.m., s. 221-222; Tandoğan, Özel Borç, s. 153; Mehmet, Akçaal, Satıcının Zapttan Sorumluluğu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 139.

⁷¹⁰ Abdulmecid İsmet, İhtilalu't-Tevazuni'l-Iktisadi li'l-Aqd ve Devrü'l-Kadı fi Mu'alecehi, Kahire: Dâr'ül-Matbûât el-Câmi'iyye, 2012, s. 134.

⁷¹¹ Al-Hâkim, Medeni Hukukun Kısa Açıklaması: Borcun Kaynakları, s. 211-213.

⁷¹² Bkz. Eren, Özel Hükümler, s. 52.

Gerçek kişi kefilin sorumluluğunun ne zaman başlayacağı ise tartışmalı bir konudur. Bu konuda iki temel görüş bulunmaktadır: İlk görüş, kefalet sözleşmesinin hüküm doğurduğu andan itibaren kefilin sorumluluğunun başladığını savunur. İkinci görüş ise, sorumluluğun sözleşmenin kurulduğu andan itibaren başladığını kabul eder⁷¹³.

İlk görüş, TBK m. 11'e atıfta bulunarak, kefalet sözleşmesinin hüküm doğurduğu andan itibaren kefilin sorumluluğunun başladığını belirtir. Bu görüş, sözleşmenin kurulma aşaması ile hüküm doğurma arasındaki zaman farkının, kefilin aleyhine sonuçlar doğurmasına yol açabileceğini öne sürer⁷¹⁴. Bununla birlikte, TBK m. 598/3'te yer alan hüküm, sözleşmenin hüküm doğurduğu anla değil, kefilin sorumluluğunun sona erdiği bir tarihe işaret etmektedir⁷¹⁵. Bu nedenle, TBK m. 11'in sözleşmenin kurulum aşamasından sonraki bir zamanda uygulanması, kefilin sorumluluğunun süresiz bir şekilde uzamasına yol açabilir.

İkinci görüş, gerçek kişi kefilin sorumluluğunun başlangıcını sözleşmenin kurulduğu an olarak kabul eder. Bu yaklaşım, TBK m. 598/3 ile de uyumludur ve sorumluluğun başlangıcını netleştirir. Bu görüş, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren kefilin sorumluluğunun başladığını ve on yıl sonra sona erdiğini belirtir.

Sonuç olarak, gerçek kişi kefilin sorumluluğunun başlangıcının, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren kabul edilmesinin daha doğru ve uygun olacağı kanaatindeyiz. Bu görüş, hem kanunun mantığına hem de kefilin sorumluluğunu sınırlamaya yönelik düzenlemelere daha uygun bir çözüm sunmaktadır.

3.2. Sözleşmenin Kurulamamasını Doğuran Sebepler

Türk hukukunda geçersizlik ve hükümsüzlük terimleri genellikle eşanlamli olarak kullanılır. Dolayısıyla, geçersizlik/hükümsüzlük, genel anlamıyla tamamlayıcı ve geçerlilik unsurlarının olmadığı hukuki işlemlerde hüküm ve sonuçlarının doğmadığı hallerin tümü için kullanılmaktadır. Bu bağlamda genel görüş, kurucu unsurların bulunmaması nedeniyle hukuk düzeninde hiçbir zaman var olmamış olan hukuki işlemin “yokluğu” geçersizlik/hükümsüzlük başlığında ele alınmamaktadır. Bunun yanı sıra, geçersizliği daha geniş bir anlamda ele alarak hukuki işlemin yokluğunu geçersizlik türleri altında sayan görüşler de bulunmaktadır. Bu görüşe göre geçersizlik kavramı, geniş anlamda bir hukuki işlemin irade beyanları dahil

⁷¹³ Abdulmecid İsmet, İhtilalu't-Tevazuni'l-Iktisadi li'l-Aqd ve Devrü'l-Kadı fi Mu'alecehi, Kahire, s. 134-149.

⁷¹⁴ Ayan, a.g.e., s. 637; Özen, Kredi Açma, s. 606.

⁷¹⁵ Ömer, Çınar, Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s. 66-67; Gümüş, Genel Hükümler, s. 551; Kaya Kızılırmak, a.g.e., s. 102.

olmak üzere eksiklikleri, sakatlıkları ve sonradan etkisizleştirebildiği hallerin tümünü kapsamaktadır.

Bu noktada, Irak hukukunda da benzer bir yaklaşım mevcuttur. Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) da geçersizlik ve yokluk kavramları arasında benzer bir ayırım yapılır⁷¹⁶. Ancak, Irak hukukunda, bir işlemin yokluğu, başlangıçtan itibaren geçerli kabul edilmeyen bir işlem olarak tanımlanırken, geçersizlik, hukuki bir işlemin eksiklikleri nedeniyle geçerli sayılmaması anlamına gelir⁷¹⁷.

Mevcut çalışmada, bir sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunmaması, tamamlayıcı ve geçerlilik unsurlarının eksikliği durumları ele alınacaktır. Bu bağlamda, kavramlar arasında sistematik bir düzen oluşturulması amacıyla geçersizlik kavramı geniş anlamda kullanılarak, geçerlilik koşullarının bulunmaması durumunda oluşacak geçersizlik halleri yanında diğer eksiklikler ve sakatlıkları kapsayan yaptırım çeşitleri, yani “yokluk” kavramı da geçersizlik çerçevesinde ele alınacaktır. Dolayısıyla geçersizlik, meydana gelen hukuki bir işlemin yalnızca hüküm ve sonuçlarını doğurmama durumu için değil, sözleşmenin kurulmasında gereken unsurların bulunmadığı durumlar için de kullanılacaktır.

Irak Medeni Kanunu'nda da geçersizlik, benzer şekilde, sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunmaması durumunda geçerli sayılmaması anlamına gelir. Eğer bir sözleşme, gerekli unsurlara sahip değilse (örneğin, tarafların iradesi eksikse veya yasal kapasite yoksa), bu sözleşme geçersiz kabul edilir. Ancak, Irak hukukunda yokluk, bir sözleşmenin tamamen geçerli sayılmaması, yani baştan itibaren var olmamış kabul edilmesi anlamına gelir. Bu durum, bir sözleşme veya hukuki işlem yasal şartlara, tarafların iradesine veya sözleşme türüne aykırıysa, sözleşme yok kabul edilir ve hukuki sonuç doğurmaz.

3.2.1. Sözleşmenin Kurulamamasında Geçersizlik ve Yokluk Kavramları

Türk hukukunda geçersizlik ve hükümsüzlük terimleri genellikle eşanlamlı olarak kullanılır⁷¹⁸. Dolayısıyla, geçersizlik/hükümsüzlük, genel anlamıyla tamamlayıcı ve geçerlilik unsurlarının olmadığı hukuki işlemlerde hüküm ve sonuçlarının doğmadığı hallerin tümü için kullanılmaktadır. Bu bağlamda genel görüş, kurucu unsurların bulunmaması nedeniyle hukuk düzeninde hiçbir zaman var olmamış olan hukuki işlemin “yokluğu” geçersizlik/hükümsüzlük başlığında ele alınmamaktadır⁷¹⁹. Bunun yanı sıra, geçersizliği daha geniş bir anlamda ele

⁷¹⁶ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 176.

⁷¹⁷ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 177.

⁷¹⁸ Bkz. bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 580; Eren, Genel Hükümler, s. 332.

⁷¹⁹ Yokluğu ayrı olarak ele alıp; geçersizliği sadece hukuki işleme ait hüküm ve sonuçların doğmadığı (yani işlemin tamamlayıcı ve geçerlilik unsurlarının eksikliği) haller bakımından kullanan yazarlar için bkz. Eren,

olarak hukuki işlemin yokluğunu geçersizlik türleri altında sayan görüşler de bulunmaktadır⁷²⁰. Bu görüşe göre geçersizlik kavramı, geniş anlamda bir hukuki işlemin irade beyanları dahil olmak üzere eksiklikleri, sakatlıkları ve sonradan etkisizleştirebildiği hallerin tümünü kapsamaktadır⁷²¹.

Bu noktada, Irak hukukunda da benzer bir yaklaşım mevcuttur. Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) da geçersizlik ve yokluk kavramları arasında benzer bir ayırım yapılır. Ancak, Irak hukukunda, bir işlemin yokluğu, başlangıçtan itibaren geçerli kabul edilmeyen bir işlem olarak tanımlanırken, geçersizlik, hukuki bir işlemin eksiklikleri nedeniyle geçerli sayılmaması anlamına gelir⁷²². Yani, Irak hukukunda da bir sözleşme, kurucu unsurları eksikse veya geçerlilik şartları sağlanmamışsa, geçersiz kabul edilir.

Mevcut çalışmada, bir sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunmaması, tamamlayıcı ve geçerlilik unsurlarının eksikliği durumları ele alınacaktır. Bu bağlamda, kavramlar arasında sistematik bir düzen oluşturulması amacıyla geçersizlik kavramı geniş anlamda kullanılarak, geçerlilik koşullarının bulunmaması durumunda oluşacak geçersizlik halleri yanında diğer eksiklikler ve sakatlıkları kapsayan yaptırım çeşitleri, yani “yokluk” kavramı da geçersizlik çerçevesinde ele alınacaktır. Dolayısıyla geçersizlik, meydana gelen hukuki bir işlemin yalnızca hüküm ve sonuçlarını doğurmama durumu için değil, sözleşmenin kurulmasında gereken unsurların bulunmadığı durumlar için de kullanılacaktır.

Irak Medeni Kanunu'nda da geçersizlik, benzer şekilde, sözleşmenin kurucu unsurlarının bulunmaması durumunda geçerli sayılmaması anlamına gelir. Eğer bir sözleşme, gerekli unsurlara sahip değilse (örneğin, tarafların iradesi eksikse veya yasal kapasite yoksa), bu sözleşme geçersiz kabul edilir⁷²³. Ancak, Irak hukukunda yokluk, bir sözleşmenin tamamen geçerli sayılmaması, yani baştan itibaren var olmamış kabul edilmesi anlamına gelir. Bu durum, bir sözleşme veya hukuki işlem yasal şartlara, tarafların iradesine veya sözleşme türüne aykırıysa, sözleşme yok kabul edilir ve hukuki sonuç doğurmaz.

Genel Hükümler, s. 331; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 578 vd.; Antalya, Genel, s. 129 vd.; Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 145 vd.

⁷²⁰ Geçersizlik kavramını geniş anlamı ile ele alarak yokluğu da bu başlıkta sayan yazarlar için Bkz. Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 173 vd.; Dural/ Sarı, Özel Hukuk, s. 210 vd.; Serozan, Medeni Hukuk, s. 19; Hatemi/ Gökyayla, a.g.e., s. 71.

⁷²¹ Serozan, Medeni Hukuk, s.18; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 173.

⁷²² El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 179.

⁷²³ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 179.

3.2.2. Geçersizlik ve Yokluk Uygulamaları

Irak hukukunda geçersizlik, bir sözleşmenin geçerli olabilmesi için gerekli olan kurucu unsurların eksik olması durumunda devreye girer. Örneğin, tarafların iradesi eksikse, ya da bir tarafın hukuki kapasitesi yoksa, sözleşme geçersiz kabul edilir. Bu durumda, sözleşme hükümsüzdür ve taraflar arasında hiçbir hukuki bağ doğmaz. Irak Medeni Kanunu'na göre, sözleşmenin geçersiz olması, sözleşmenin başından itibaren geçerli kabul edilmediği anlamına gelir.

Irak hukukunda "yokluk", tamamen geçerli olmayan bir işlemi ifade eder. Yani, taraflardan birinin iradesi yetersizse, sözleşme yok kabul edilir ve bu sözleşmeye dair herhangi bir hukuki işlem yapılamaz. Irak hukukunda, bir işlemin yok sayılması, söz konusu işlemin başından itibaren hukuken geçerli olmadığı anlamına gelir.

Geçersizlik ve Yokluk Arasındaki Farklar: Irak hukukunda, geçersizlik, sözleşmenin belirli unsurlarının eksikliği nedeniyle geçerli sayılmaması anlamına gelirken, yokluk bir sözleşmenin başından itibaren geçerli olmamış sayılması anlamına gelir. Geçersiz bir sözleşme, geçerlilik koşullarını sağlamadığından etkisiz olur, ancak yokluk, sözleşmenin var olmadığına dair bir hukuki değerlendirmedir.

3.2.3. Geçersizlik ve Yokluk Kavramlarının Uygulama Alanları

Kurucu Unsurları Olmayan Sözleşmeler: Irak hukukunda, bir sözleşmenin kurucu unsurlarının eksik olması durumunda, bu sözleşme geçersiz sayılır. Eğer sözleşme, tarafların iradesi veya diğer geçerlilik unsurları açısından eksikse, sözleşme geçerli sayılmaz. Bunun yanında, eğer sözleşme tamamen hukuka aykırıysa ya da taraflardan birinin yasal kapasitesi yoksa, sözleşme yok sayılır ve geçersiz kabul edilir⁷²⁴.

Geçersiz Sözleşmelerin Hükümsüz Sayılması: Irak hukukunda geçersiz kabul edilen sözleşmeler, hükümsüzdür ve taraflar arasında herhangi bir hukuki bağ doğurmaz. Geçersizlik, bir işlemin geçerli sayılmaması durumudur ve bu tür işlemler, baştan itibaren hukuki sonuç doğurmaz.

Yokluk ve İptal Edilebilirlik: Irak hukukunda, yok sayılan sözleşmelerde iptal edilebilirlik söz konusu olamaz, çünkü bu sözleşme zaten geçerli sayılmamaktadır⁷²⁵. Geçersiz ve yokluk arasındaki fark, Irak hukukunda da büyük önem taşır. Geçersizlik, işlemin

⁷²⁴ Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 457.

⁷²⁵ Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 457.

geçerliliği için gerekli unsurların eksik olması durumunda devreye girerken, yokluk, işlemin başından itibaren geçersiz olması anlamına gelir⁷²⁶.

Sonuç olarak, Türk hukukundaki geçersizlik ve yokluk kavramlarıyla paralel bir şekilde, Irak hukukunda da benzer bir düzenleme ve anlayış söz konusudur. Ancak, her iki hukuk sisteminde de geçersizlik, bir işlemin geçerli sayılmaması, yokluk ise tamamen geçersiz sayılması anlamına gelir. Her iki hukuk sistemi de geçersizlik ve yokluk durumlarını belirli kurallara bağlamış ve bu kurallar çerçevesinde hukuki işlemler ve sözleşmelerin geçerliliği ele alınmıştır.

Geçersizlik ve Yokluk Arasındaki Farklar: Irak hukukunda, geçersizlik, sözleşmenin belirli unsurlarının eksikliği nedeniyle geçerli sayılmaması anlamına gelirken, yokluk bir sözleşmenin başından itibaren geçerli olmamış sayılması anlamına gelir⁷²⁷. Geçersiz bir sözleşme, geçerlilik koşullarını sağlamadığından etkisiz olur, ancak yokluk, sözleşmenin var olmadığına dair bir hukuki değerlendirmedir.

3.3. Sözleşmelerin Kurulmasında Geçersizlik

Bir hukuki işlemin geçerliliği, kurucu unsurlarını ve geçerlilik koşullarını taşımasına bağlıdır. Hukuki işlemde kurucu unsurların eksikliği, yokluk yaptırımına neden olurken, kurucu unsurlarının tamam olduğu ancak geçerlilik koşullarında eksiklik olduğunda geçersizlik/kesin hükümsüzlük veya iptal edilebilirlik yaptırımları söz konusu olur⁷²⁸. Geçersizlik, kurulmuş olan bir hukuki işlemin, hukuk düzeninin öngörmüş olduğu unsurları taşınamaması nedeniyle tarafların gerçekleşmesini arzu ettikleri hüküm ve sonuçları doğurmayan durumları ifade eder⁷²⁹.

Türk hukukunda sözleşme özgürlüğü sınırlarına uyulmaması durumunda, temel yaptırım olarak TBK m. 27/1’de geçersizlik/kesin hükümsüzlüğün nedenleri öngörülmüştür. Ancak bu düzenlemede geçersizliğin özellikleri veya genel tanımı yapılmamıştır⁷³⁰. TBK m. 26, sözleşme içeriğinin taraflarca yasal sınırlamalar çerçevesinde özgür bir şekilde belirlenebileceğini düzenlerken, TBK m. 27/1, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka, konusu imkânsız olan veya kişilik haklarına aykırı olan sözleşmelerin geçersiz/kesin hükümsüz olacağını belirtmiştir.

⁷²⁶ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 182.

⁷²⁷ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 183.

⁷²⁸ Seda, Baş, “Bir Hukuki İşlemde Birden Çok Geçersizlik Nedeninin Bulunması ve Sonuçları”, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.10, S.2, (2022), s. 586.

⁷²⁹ Yıldırım, Genel, s.164.

⁷³⁰ Bkz. Serozan, Medeni Hukuk, s.24 vd.

Irak hukukunda da geçersizlik, benzer şekilde, geçerli olabilmesi için gerekli unsurların eksik olduğu durumları kapsar. Irak Medeni Kanunu'nda (IMK), bir sözleşmenin geçersiz sayılması için belirli kurucu unsurların eksik olması gerekmektedir. Ancak Irak hukuku, geçersizlik durumlarını daha geniş bir çerçevede ele alır ve geçersizliğin, sözleşme hükümlerinin emredici yasal düzenlemelere, kamu düzenine veya ahlaka aykırı olması durumunda geçerli olduğunu kabul eder.

Hukuki bir işlemin kurucu unsurlarının olduğu halde, tarafların beklentisini karşılayabilmesi için, hukuk düzeninin öngördüğü geçerlilik şartlarını taşıması gerekir. Bu geçerlilik koşulları arasında "içerik" (TBK m.19 ve m.20), "şekil" (TBK m.11/f.2), "ehliyet" (TMK m.15) ve irade ile beyan arasındaki uygunluk yer almaktadır. Bu unsurlardan herhangi birini taşımayan işlemler için hukuki düzenin öngördüğü kesin yaptırım geçersizliktir⁷³¹. Kanun koyucu, muvazaa, şekil ve ehliyet gibi unsurlar için geçersizlik terimini kullanmasa da, öğretide genellikle bu şartları taşımayan sözleşmelere uygulanacak yaptırımın geçersizlik olduğu kabul edilmektedir.

Irak hukukunda da benzer bir düzenleme bulunur. Geçersizliğe yol açan unsurlar arasında, tarafların hukuki ehliyetsizliği, sözleşmenin hukuka veya ahlaka aykırı olması ve gerekli şekil şartlarının yerine getirilmemesi gibi durumlar sayılabilir. Irak Medeni Kanunu'na göre, geçersiz sözleşmelerde geçerlilik koşullarının olmaması, sözleşmenin geçersiz kabul edilmesine yol açar. Bu durumda, mahkeme kararı olmaksızın sözleşme hükümsüz sayılır ve hiçbir hukuki sonuç doğurmaz.

Geçersizlik, bir sözleşmenin başından itibaren hukuki sonuç doğurmayan bir işlem olması anlamına gelir. Geçersiz bir işlem, geçersizlik nedeninin ortadan kalkması, belirli bir sürenin geçmesi, geçersiz bir sözleşmeden doğan borçların ifa edilmesi veya sonradan verilmiş icazet ile düzelmez⁷³². Taraflar yeni ve geçerli bir sözleşme kurarak, ulaşmak istedikleri amacı elde edebilirler. Borçlandırıcı sözleşmeler için geçersiz bir işlem, hem alacak hakkının hem de kefalet, rehin gibi fer'i hakların doğmasına engel teşkil eder⁷³³. Taraflardan birinin edimini daha önce ifa etmesi durumunda, somut olaya göre, ifa ettiği edimi mülkiyet davası veya sebepsiz zenginleşme davası açarak iadesini talep edebilir⁷³⁴.

⁷³¹ Reisoğlu, Genel Hükümler, s. 139; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 137.

⁷³² Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 138; Dural/Sarı, Özel Hukuk, s.181; Kocayusufoğlu, Borçlar Hukuku, s. 582.

⁷³³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Genel, s. 376.

⁷³⁴ Geçersiz sözleşmelerin genellikle "hukuken hiç meydana gelmemiş" sadece "fiili bir görünüş" olduğundan bahsedilmektedir. Hans-Martin, Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärung: Amts- und Parteiniichtigkeit von Rechtsgeschäften. Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht, 57. cilt/Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, ISSN 0436-127X,, 1966, 1966, s. 11(Kaynak: ISSN Portal –

Irak hukukunda geçersizlik, tam olarak Türk hukukundaki gibi uygulanmaktadır. Ancak yokluk durumunda, sözleşme hiç mevcut olmamakta, geçersiz bir hukuki işlem ise hukuk düzeninde meydana gelmektedir fakat geçerli olabilmesi için gereken geçerlilik koşullarını taşımadığı için sonuç doğurmaz.

Geçersizlik, herkese karşı ileri sürülebilir ve hakların kötüye kullanılmaması şartıyla, sözleşme taraflarının ve üçüncü kişilerin geçersiz sözleşme nedeniyle hak elde edebilmeleri söz konusu değildir⁷³⁵. Geçersizliği ileri sürme hakkının kötüye kullanılması halinde ise geçersizliği ileri süren korunmaz. Geçersizliği ileri sürmek hakkın kötüye kullanımı değil ise sözleşmenin taraflarının ve ilgili üçüncü kişilerin geçersiz sözleşme nedeniyle hak elde edebilmeleri söz konusu değildir. Geçersizliği ileri sürme hakkının kötüye kullanımı durumunda ise geçersizliği ileri süren korunmaz. Buna verilen en yaygın örnek ise tarafların borçlarını ifa etmeleri sonrasında şekil eksikliği nedeniyle geçersizliğin ileri sürülmesi, şekil noksanına ise geçersizliği ileri süren tarafın kasti olarak neden olması halidir⁷³⁶.

Geçersizlik durumlarında taraflarca istenen hukuki sonuca ilişkin işlem, görünürde başlangıçta gerçekleşmiş olsa da, kanun gereği bazı sonuçların doğması gerekebilir⁷³⁷. Örnek olarak, kanuni bir yasak çiğnendiğinde cezai yaptırım olabilir veya geçersiz sözleşmeye dayanarak verilmiş bir şeyin geri alınması amacıyla sebepsiz zenginleşme davası açılması gerekebilir⁷³⁸. Ancak bunlar, geçersiz işlemin doğrudan sonuçları olmayıp, hukuki işlem eksiklikleri nedeniyle doğrudan gerçekleşmez⁷³⁹. TBK m. 27 gereğince bir sözleşmenin geçersiz olabilmesi için tarafların ahlaka veya hukuka aykırılığın bilincinde olma şartı aranmaz⁷⁴⁰. Ahlaka ve hukuka aykırılığı bilme ve bunu isteme koşulu, sebepsiz zenginleşmeye dayalı iade talebi açısından öneme haizdir.

Irak hukukunda da benzer bir uygulama vardır. Geçersiz bir işlemde, hukuki sonuçlar doğmaz, ancak üçüncü şahıslar tarafından yapılan işlemler nedeniyle bazı talepler gündeme

<https://portal.issn.org/resource/ISSN/0436-127X>) . Fakat bu görüş, ani edimli sözleşmeler bakımından icra edilmiş edimlerin iadesi meselesinde, sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerle aynı hukuki sonucu öngördüğünden eleştirilmiştir. Özer, Seliçi, Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977, s. 44. Zira, sürekli edimlerin çoğunluğunu teşkil eden “iş görme” ve “kullanma” edimlerinin bir defa icra edilmesinden sonra geri verilme olanağı yoktur. Sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmeler açısından kanun koyucunun de lege feranda olarak geçersizliğin ileriye etkili şekilde hüküm doğurmasını hüküm altına alması önerilmektedir. Seliçi, Borçlar, s. 46; 56 vd.

⁷³⁵ Von Tuhr/ Peter; Genel, s.226.

⁷³⁶ Yargıtay 13. HD. T. 13.03.1980, 1980/1267 E.; 1980/1669 K. (YKD. 1981/2, s.202)., Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 129.

⁷³⁷ Dural/ Sarı, Özel Hukuk, s. 211.

⁷³⁸ Karl, Larenz/Manfred, Wolf. Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004, § 44 N. 1.

⁷³⁹ Larenz/ Wolf, a.g.e., § 44 N. 1.

⁷⁴⁰ Hüseyin, Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976, s. 586.

gelebilir. Irak Medeni Kanunu'nda geçersizliğin sonuçları, sözleşmenin tamamen geçersiz olmasıyla sınırlıdır ve geçersizliğin doğrudan etkileri olamaz⁷⁴¹. Bununla birlikte, geçersiz bir sözleşmeye dayalı olarak üçüncü kişiler tarafından yapılan işlemler için iade veya sebepsiz zenginleşme davaları açılabilir.

3.3.1. Tam Geçersizlik/Hükümsüzlük

Tam geçersizlik kavramı, Türk özel hukukunda yerleşmiş bir kavram olmamakla birlikte, öğretide kullanımına rastlanmaktadır. Sözleşmenin tamamını etkileyen sakatlık, içeriğin tamamını geçersiz kılmaktadır⁷⁴². Bir diğer tanımda ise tam geçersizlik, sözleşmenin bir veya birden fazla hükmünü etkileyen geçersizliğin sözleşmenin tümüne yayılması şeklinde ifade edilmektedir⁷⁴³.

Tam geçersizlik, hukuki işlemlerde sıkça karşılaşılan önemli bir kavram olup, hem Türk hukukunda hem de diğer hukuk sistemlerinde geniş bir uygulama alanına sahiptir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27/2, bu kavramın sınırlarını çizen önemli bir düzenleme sunmaktadır. Tam geçersizlik, sözleşme hükümlerinin geçerliliği açısından kritik bir yer tutar ve sözleşmenin tamamını ilgilendiren sakatlık durumlarında devreye girer.

Dar anlamda tam geçersizlik, Türk hukukunda belirli bir sözleşmenin içeriğinde meydana gelen sakatlıkların, sözleşmenin tamamını geçersiz kılması durumunu ifade eder. TBK m. 27/2/c. 2'de, eğer sözleşmenin bir kısmındaki sakatlık olmasaydı sözleşmenin tamamının yapılmasının mümkün olmayacağı anlaşılırsa, sözleşmenin tümü geçersiz kabul edilir. Bu durum, sözleşmenin bütününe geçersiz sayılmasının nedenini, tarafların "farazi iradeleri" aracılığıyla açıklığa kavuşturur. Yani, taraflar arasında yapılan sözleşmenin bir kısmı hukuken sakat olsa bile, eğer bu sakatlık olmasaydı sözleşmenin tamamı yine geçerli olabilecekti. Bu tür durumlarda, tarafların sözleşmenin sakat kısmı olmadan, anlaşmayı yapamayacaklarına dair varsayımlarına dayalı olarak, tüm sözleşme geçersiz sayılır⁷⁴⁴.

Geniş anlamda ise tam geçersizlik, sözleşmenin esaslı unsurlarında meydana gelen sakatlıkların sözleşmenin tümüne etki etmesi durumunu ifade eder⁷⁴⁵. Bu durumda, sakatlık yalnızca sözleşmenin bir kısmıyla sınırlı olmayıp, esaslı unsurlarını ilgilendirir. Dolayısıyla,

⁷⁴¹ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 490.

⁷⁴² Veysel, Başpınar, Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998, s.25., Gürzumar, Genel Hükümler, s. 284; Eren, Genel Hükümler, s. 300.

⁷⁴³ Necip Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, 1996, s.25., Kılıçoğlu, Genel Hükümler, s. 321; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 275.

⁷⁴⁴ Hatemi, a.g.e., s. 574; Başpınar, a.g.e., s.32., Özen, Sözleşme, s. 143; Kaplan, Borçlar Hukuku Dersleri, Ankara: Seçkin, 2019, s. 338.

⁷⁴⁵ Başpınar, a.g.e., s.66., Eren, Genel Hükümler, s. 302.

geçersizlik tarafların farazi iradesi dışında doğrudan sözleşmenin tümüne yayılır ve tüm sözleşme geçersiz kabul edilir. Bu tür durumlarda, bir sözleşmenin esaslı unsurları olan, örneğin tarafların iradesi, amaçları, sözleşmenin konusu gibi unsurlarda bir sakatlık bulunması halinde, sözleşme bütün olarak geçersiz sayılacaktır. Geniş anlamdaki tam geçersizlik, dolayısıyla daha kapsamlı ve köklü bir etkisi olan bir hukuki durumdur.

Irak Medeni Kanunu (IMK) çerçevesinde de tam geçersizlik, benzer şekilde iki farklı anlamda değerlendirilebilir. İlk anlamda, sözleşmenin bir kısmındaki sakatlık olmasaydı sözleşmenin tamamı yapılabilir miydi sorusuna yönelik bir inceleme yapılabilir. Eğer bu sakatlık, sözleşmenin tümüne etki ediyorsa, Irak hukukunda da sözleşmenin tamamı geçersiz sayılır⁷⁴⁶. Geniş anlamda ise Irak hukukunda, esaslı unsurlarda meydana gelen sakatlık durumunda sözleşmenin tümü geçersiz kabul edilir. Bu tür geçersizlikler, sözleşmenin baştan itibaren hukuken var olmamış sayılmasına yol açar ve bu durum, Irak hukukunda da ciddi bir geçersizlik yaptırımını oluşturur.

3.3.2. Kısmi Geçersizlik/Hükümsüzlük

Kısmi geçersizlik, sözleşmenin bir veya birden fazla hükmüne ilişkin kesin hükümsüzlük durumudur⁷⁴⁷. TBK m. 27/2'de yer alan düzenlemeye göre, bir sözleşmenin hükümsüz olan kısımları, diğer hükümleri etkilemez⁷⁴⁸. Ancak, bu hükümler olmaksızın sözleşmenin yapılması mümkün değilse, sözleşme tamamıyla geçersiz olur⁷⁴⁹. Fakat geçersizliğin sözleşmenin bütününe ilişkin olması durumunda bölünebilirlik söz konusu olmayacak, buna bağlı olarak sözleşmenin bütünü kesin hükümsüz hale gelebilecektir⁷⁵⁰.

Irak hukukunda da kısmi geçersizlik mümkündür. Irak Medeni Kanunu'nda, sözleşmenin bir kısmı geçersiz olursa, diğer kısmın geçerli kalması kabul edilir⁷⁵¹. Ancak, sözleşmenin tamamı geçerli olmasa bile, geçersiz olan kısmın çıkarılmasıyla geri kalan kısmın geçerliliği sağlanabilir⁷⁵².

Sonuç olarak, Türk ve Irak hukukunda geçersizlik ve yokluk kavramları benzer şekilde ele alınmakta, ancak her iki hukuk sisteminde de geçersizlik durumu, sözleşmenin geçerli olabilmesi için gerekli koşulların eksik olması nedeniyle geçerli sayılmayan bir işlem olarak

⁷⁴⁶ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 494., Es-Sâlih, El-Mecmû'a el-Medeniyye, Bağdat, 1985, s. 233–236.

⁷⁴⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 337; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 598., Tekinay / Akman / Burcuoğlu / Altop, Borçlar Hukuku, s. 210.

⁷⁴⁸ Başpınar, a.g.e., s. 54; Eren, Genel Hükümler, s. 337.

⁷⁴⁹ Başpınar, a.g.e., s. 57; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 605.

⁷⁵⁰ Başpınar, a.g.e., s. 62.

⁷⁵¹ Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 496.

⁷⁵² Abdurlazzak Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 496.

kabul edilir. Geçersizlik ve yokluk, sözleşmenin geçerliliği açısından önemli farklar gösterse de, her iki hukuk düzeninde de benzer uygulama alanları vardır⁷⁵³.

hukukunda benzer şekilde, sözleşmenin geçersiz kısmı hukuken geçersiz olurken, geri kalan kısımlar geçerli kabul edilir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27/2'ye göre, sözleşmenin bir kısmı hükümsüz olsa da, diğer kısımlar geçerliliğini sürdürür⁷⁵⁴. IMK da benzer bir düzenleme ile geçersiz kısmı dışarda bırakarak sözleşmenin diğer hükümlerinin geçerli olmasını sağlar. Ancak, geçersiz kısmın olmadan sözleşme yapılması mümkün değilse, tüm sözleşme geçersiz sayılır. Bu şekilde, kısmi geçersizlik her iki hukuk sisteminde de, yalnızca sözleşmenin bir kısmının sakatlık taşıması durumunda devreye girer.

3.4. Geçersizlik Türleri

Sözleşmelerin geçersizlik türleri, taraflar arasındaki adaletin sağlanması ve hukuki işlemin geçerliliğinin korunabilmesi açısından önemli bir yer tutar. Geçersizlik, sözleşmenin hukuki geçerliliğini kaybetmesi durumudur ve çeşitli türlere ayrılır. Bu türlerin her biri, sözleşmenin ne şekilde ve hangi koşullar altında geçersiz sayılacağını belirler⁷⁵⁵.

Başlıca geçersizlik türleri arasında yokluk, butlan (kesin hükümsüzlük), iptal edilebilirlik, nisbi etkisizlik ve tek taraflı bağlamazlık (askıda hükümsüzlük) yer alır. Her bir geçersizlik türü, sözleşmenin kurulu olup olmamasına, geçerlilik koşullarına ve sözleşmenin şekli ile içeriğine bağlı olarak farklı sonuçlar doğurur. Örneğin, yokluk, sözleşmenin hiç var olmamış sayılması durumunu ifade ederken, butlan, sözleşmenin tamamen geçersiz olmasına yol açar. İptal edilebilirlik, sözleşmenin geçerli sayılabileceği ancak belirli şartlar altında iptal edilebileceği durumu ifade eder. Nisbi etkisizlik, geçerli olarak kurulmuş bir sözleşmenin veya hukuki işlemin, yalnızca belirli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmemesi, yani onlar bakımından ileri sürülememesi durumudur. Askıda hükümsüzlük, tarafların anlaşmazlık durumunda sözleşmenin geçici olarak hükümsüz sayılmasına neden olur. Bu başlık altında, her bir geçersizlik türü ayrıntılı olarak ele alınacaktır, her iki hukuk sisteminde de geçerlilik koşullarının yerine getirilmemesi durumunda uygulanır.

⁷⁵³ Nicolas, Rouiller, Die widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit, Stämpfli Verlag, Bern, 2002, s. 37.

⁷⁵⁴ Başpınar, a.g.e., s. 29., Eren, Genel Hükümler, s. 337

⁷⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 348., Gürzumar, Genel Hükümler, s. 285.

3.4.1. Yokluk

Yokluk, bir hukuki işlemin tamamen eksik olduğu ve dolayısıyla hukuken var olamayacağı durumu ifade eder. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 1'e göre, bir sözleşme, tarafların karşılıklı olarak uygun irade beyanları ile kurulur. Eğer bu irade beyanlarından biri eksikse ya da hukuki sonuç doğurmayacak şekilde yapılmışsa, sözleşme yok hükmünde kabul edilir⁷⁵⁶. Bu tür bir sözleşme, hukuk düzeninde hiç var olmamış sayılır ve herhangi bir geçerliliğe sahip değildir. Örneğin, evlenme sözleşmesi gibi bazı sözleşmelerde resmi bir makamın onayı gerekmektedir. Eğer bu onay eksikse, sözleşme yok kabul edilir ve hiçbir hukuki sonucu doğurmaz.

Irak Medeni Kanunu'nda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. Irak hukukunda da kurucu unsurlarının eksik olduğu sözleşmeler geçersiz sayılır ve bu tür sözleşmeler hukuken var kabul edilmez. Sözleşmeye dayalı herhangi bir hak talep edilmesi söz konusu olamaz. Bu durum, sözleşmenin hukuki varlık kazanamamış olduğu anlamına gelir ve ilgili hukuki işlem, baştan itibaren yok hükmündedir.

Yokluk durumu, sözleşmenin kurulma aşamasıyla doğrudan ilişkilidir⁷⁵⁷. Kurucu unsurların eksik olması, o hukuki işlemin hiç oluşmamış sayılmasına yol açar. Bu nedenle, yokluk durumunda sözleşmenin varlığı kabul edilmez ve bununla ilgili bir hak talebinde bulunulması mümkün değildir⁷⁵⁸. Hem Türk hem de Irak hukukunda, yokluk durumu her zaman taraflar veya üçüncü kişiler tarafından ileri sürülebilir⁷⁵⁹. Hâkim, re'sen yokluğu dikkate alır ve işlem hakkında herhangi bir hukuki sonuca gidilmesine izin vermez⁷⁶⁰.

Yokluk ve geçersizlik arasındaki fark, uygulamada önemli bir yer tutar⁷⁶¹. Geçersizlik, hukuki işlem kurucu unsurları mevcut olmasına rağmen geçerlilik koşullarının sağlanmaması sonucu ortaya çıkar⁷⁶². Oysa yokluk, bir hukuki işlemin hiç mevcut olmaması durumu olup, hiçbir şekilde düzeltilmesi mümkün değildir. Bir hukuki işlem geçersiz olsa bile, belirli koşullar altında geçersizlik düzeltilebilir; fakat yokluk durumunda işlem tamamen yok sayılır ve bununla ilgili herhangi bir düzeltme yapılamaz⁷⁶³. Ayrıca, geçersiz bir işlemde belirli bir

⁷⁵⁶ Serozan, Medeni Hukuk, s. 383; Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, s. 579; Eren, Genel Hükümler, s. 269.

⁷⁵⁷ Yıldırım, Genel, s. 163.

⁷⁵⁸ Bkz. Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, s. 579.

⁷⁵⁹ El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 510., Es-Sâlih, El-Mecmû'a el-Medeniyye, s. 241.

⁷⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 332.

⁷⁶¹ İrfan Baştuğ, Borçlar Hukuku "Genel Hükümler", İstiklal Matbaası, İzmir, 1977, s. 81; Tercier/Pichonnaz/Develioğlu, Genel, s. 74.

⁷⁶² Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 224.

⁷⁶³ Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, s. 579-580; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 174; Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 211.

süre sonra hak talebi yapılabilirken⁷⁶⁴, yokluk durumunda işlemin varlığından bahsedilemez ve geçersizliği ileri süren taraf, bunun ispat yükü ile karşı karşıya kalır⁷⁶⁵.

Türk hukukunda, geçersizliği ileri süren tarafların kötüye kullanımına karşı düzenlemeler bulunur⁷⁶⁶. Örneğin, bir taraf, sözleşmesinin şekil eksikliği nedeniyle geçersiz olduğunu ileri süremez⁷⁶⁷, çünkü eksikliğin sebebi onun kendi iradesiyle yapılmış bir hata olabilir⁷⁶⁸. Benzer şekilde, Irak hukukunda da, yokluk durumunu ileri süren tarafın, işlemin gerçekten var olmadığına dair ispat yükümlülüğü vardır.

TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemelerinde, "yazılmamış sayılma" kavramı da yoklukla ilgili dikkate alınması gereken bir husustur⁷⁶⁹. Kanun koyucu, "yazılmamış sayılma" teriminin, kesin hükümsüzlük mü yokluk mu olduğu konusunda herhangi bir açıklama yapmamıştır. Ancak öğretide, bu ifadenin yoklukla ilişkilendirilebileceği ifade edilmektedir⁷⁷⁰. Çünkü bir sözleşmedeki bazı hükümler geçerli sayılabılır ve bu durum, sözleşmenin diğer kısımlarını etkilemeden yalnızca geçersiz kısımların yok sayılmasına yol açar⁷⁷¹. Bu tür bir durumda, "kısmi yokluk"tan söz edilebilir.

Sonuç olarak, yokluk, hem Türk hem de Irak hukukunda, sözleşmenin tamamen geçersiz sayılması durumunu ifade eder. Geçersizlik, hukuki işlemin var olması durumunda geçerli olmamasını ifade ederken, yokluk, tamamen eksik ve geçersiz bir işlem olarak kabul edilir. Bu fark, her iki hukuk sisteminde de önemli bir yer tutar ve yokluk durumu, hiçbir şekilde düzeltilmesi mümkün olmayan bir geçersizlik türü olarak hukuki sonuç doğurmaz.

⁷⁶⁴ Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, s. 579-580; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 174; Dural/ Sarı, Özel Hukuk, s. 211.

⁷⁶⁵ Dural/ Sarı, Özel Hukuk, s. 211; Serozan, Medeni Hukuk, s. 386.

⁷⁶⁶ Nomer, Genel Hükümler, s. 39; Fahiman, Tekil, "Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları", Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000, s. 1097., Türk hukukunda, geçersizliği ileri süren tarafın bu hakkını kötüye kullanması yasaktır. TBK m.2 uyarınca, hakların kötüye kullanılması hukuka aykırıdır ve korunmaz; mahkemeler, iyi niyet ilkesini dikkate alarak kötüye kullanım tespitinde hak ileri sürülmesini sınırlandırabilir veya reddedebilir. Böylece, geçersizlik iddiası yalnızca haklı gerekçelerle ve adil bir şekilde kullanılabilir.

⁷⁶⁷ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 174.

⁷⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, s. 580.

⁷⁶⁹ Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleri olarak ifade edilmektedir (TBK m.20/f.1). Kendisine sözleşme sunulan tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır, aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır (TBK m.21/f.1). Ayrıca, sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır (TBK m.21/f.2). Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri ise geçerliliğini korur ve bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m.22).

⁷⁷⁰ Muzaffer, Şeker, Yazılmamış Sayılma, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul, 2015, s. 172; Akıncı, Borçlar, s. 124.

⁷⁷¹ Şeker, a.g.e., s. 172.

3.4.2. İptal Edilebilirlik

Bir hukuki işlemin geçerlilik koşullarının eksik olması halinde Türk Borçlar Kanunu'na (TBK) göre uygulanan bir diğer yaptırım iptal edilebilirliktir. İptal edilebilirlik, genellikle taraflardan birinin menfaatinin korunması amacıyla düzenlenmiş bir mekanizmadır. İptal edilebilirlik, bir sözleşmenin kurulduğu andan itibaren geçerli sayılabileceği ancak belirli bir süre içinde, taraflardan birinin iradesinin sakat olduğu durumlarda iptal edilebileceği anlamına gelir⁷⁷². Türk Borçlar Kanunu'nun m. 28, m. 29 ve m. 39, bu durumu düzenleyen başlıca maddelerdir ve irade açıklamalarındaki sakatlıklar nedeniyle sözleşmenin iptal edilebilirliğini ele alır. TBK m. 39 gereğince, aldatma, yanıltma ya da korkutulma sonucu bir sözleşme yapılmışsa, bu durumdan zarar gören taraf, aldatmayı, yanıltmayı veya korkutulmayı öğrendiği tarihten itibaren bir yıl içinde, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir⁷⁷³. Eğer bu süre içinde, taraf iptal hakkını kullanmazsa, sözleşme geçerli kabul edilir ve hukuki sonuçları doğar⁷⁷⁴. İptal hakkı, tek taraflı bir beyanla karşı tarafa bildirildiği andan itibaren etkili olur⁷⁷⁵.

Bu bağlamda, iptal edilebilirlik öğretide tartışmalıdır. İptal edilebilirlik ile ilgili farklı görüşler bulunmaktadır⁷⁷⁶. Bir görüşe göre, sözleşmenin kurucu unsurlarında sakatlık bulunması durumunda, iradesi sakatlanan tarafın, bu iptal hakkını kullanarak sözleşmeyi geriye etkili bir şekilde ortadan kaldırması mümkündür. Başka bir görüş ise, irade sakatlığı olan tarafın sözleşmesinin geçersiz olduğunu ancak diğer taraf için geçerli olduğunu savunur⁷⁷⁷. Bu görüşe göre, sözleşmede yalnızca bir tarafın yükümlülükleri geçersiz olurken, diğer tarafın yükümlülükleri devam eder⁷⁷⁸. Ayrıca, bir başka görüşe göre, iptal hakkı, sözleşme başlangıcından itibaren geçerli olup, ancak iptal hakkının sakat iradeye sahip tarafça kullanılmasıyla geçersizlik durumu ortaya çıkar⁷⁷⁹.

Gabin gibi irade sakatlıkları söz konusu olduğunda, iptal edilebilirlik hakkı da geçerli olacaktır⁷⁸⁰. Ancak, gabin durumunda, iptal hakkının kullanılma süresi bir yıl olarak belirlenmiştir (TBK m. 21, 31). Gabin durumunda, sözleşmenin kurulduğu andan itibaren bir

⁷⁷² Dural/ Sarı, Özel Hukuk, s. 214.

⁷⁷³ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Genel, s. 381- 382.

⁷⁷⁴ Eren, Genel Hükümler, s. 344.

⁷⁷⁵ Dural/ Sarı, Özel Hukuk, s. 215.

⁷⁷⁶ Oğuzman/ Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 101.

⁷⁷⁷ Zekeriya, Kurşat, Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı, Kazancı, İstanbul, 2003, s. 65; Kocayusufpaşaoğlu, Kısmi Hükümsüzlük, s. 587.

⁷⁷⁸ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, Genel, s. 452; von Tuhr/Peter, Genel, s. 329.

⁷⁷⁹ Eren, Genel Hükümler, s. 370.

⁷⁸⁰ Bkz. Oğuzman/ Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 140; Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 493; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/ Altop; a.g.e., s. 464-465; Burcu, Kalkan, Türk Hukukunda Gabin, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, 142; Bkz. Yargıtay Kararı, Yargıtay13.HD. T.18.3.1998, 6539/1998 E., 1578/1998 K.

yıl içinde iptal hakkı kullanılmalıdır⁷⁸¹. Hile, yanıltma, korkutma ve gabin gibi durumlarda iptal edilebilirlik hakkı, tek taraflı beyanla kullanılmakta olup, iptal beyanı şekil şartlarına tabi değildir ve şarta bağlı olarak yapılamaz⁷⁸².

Irak hukukunda da benzer şekilde, sözleşmelerin geçerliliği ve iptal edilebilirliği, belirli irade sakatlıkları durumunda taraflardan birinin menfaatini korumak amacıyla uygulanır. İptal edilebilirlik, taraflardan birinin iradesinin sakatlanması durumunda, o tarafın sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olduğu bir düzenlemeyi ifade eder. Irak Medeni Kanunu (IMK), aldatma, yanıltma ve benzeri hallerde tarafların iptal hakkını düzenlerken, iptal beyanının geçerli olabilmesi için belirli süreler öngörmektedir. Ancak, Türk hukukundaki gibi, iptal beyanı bir irade beyanı olarak kabul edilmekte ve bunun şarta bağlı olarak yapılması mümkün olmamaktadır.

Sonuç olarak, iptal edilebilirlik, Türk ve Irak hukukunda benzer şekilde uygulanmakta, her iki hukuk sistemi de belirli süreler ve şartlar altında, iradesi sakatlanan tarafın sözleşmeyi iptal etme hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Ancak her iki hukuk sisteminde de iptal hakkının belirli süreler içinde ve tek taraflı olarak kullanılabileceği, şekil şartlarına tabi olmadığı vurgulanmaktadır.

3.4.3. Butlan (Kesin Hükümsüzlük)

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) butlan (kesin hükümsüzlük) kavramı doğrudan tanımlanmamış, ancak bu kavramın kapsamı öğretide ve yargı kararlarında şekillenmiştir. TBK m. 27/f.1'de, kanunun emredici hükümlerine, kamu düzenine, ahlaka ve kişilik haklarına aykırı olan sözleşmelerin kesin olarak hükümsüz olduğu belirtilmiştir⁷⁸³. Bunun yanı sıra, sözleşme kurucu unsurlarından biri eksik olduğunda da butlan uygulanır, örneğin, taraflar arasında karşılıklı irade açıklamalarının uyumsuzluğu durumunda sözleşme geçersiz olur⁷⁸⁴. Butlan, sözleşmenin kurucu unsurlarından birinin eksik olması nedeniyle ortaya çıkan ve geçerli olmayan işlemleri tanımlar⁷⁸⁵.

⁷⁸¹ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 139.

⁷⁸² Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 101.

⁷⁸³ Osman Gökhan, Antalya / Murat, Topuz, Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri, Legal Yayıncılık A. Ş., 2. Baskıya Ek 1. Tıpkı Basım, İstanbul, 2017, s. 225; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 2, s. 544; Dural/ Sarı, Özel Hukuk, s. 226.

⁷⁸⁴ Numan, Tekelioğlu, "Mecelle'de ve Türk Borçlar Kanunu'nda Satış Sözleşmesinin Kurulması ve Unsurları", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C: 25, S: 2, (2017): 485-521; Kocayusufpaşaoğlu, Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile ilgili Düşünceler, s. 579; Serozan, Medeni Hukuk, s. 383; Eren, Genel Hükümler, s. 332.

⁷⁸⁵ Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 226; Aybay, Genel, s. 60; Akıncı, Borçlar, s. 120.

Kesin hükümsüzlük, hukuki işlemde geçerlilik koşullarının tam olarak sağlanmaması durumunda hukuki sonuç doğurmaz⁷⁸⁶. Öğretide kesin hükümsüzlük her zaman taraflarca ileri sürülebilir ve bu işlemin geçerliliği için mahkeme kararı gerekmemektedir⁷⁸⁷. Bir hukuki işlem kesin hükümsüz olduğunda, bu durumun ortadan kalkması, belirli bir süre geçmesi ya da işlemin icazet ile düzeltilmesi mümkün değildir. Başlangıçtan itibaren geçersiz olan bir işlem, tarafların iradelerine ve hukuka uygun olarak düzenlenmişse bile, geçerli sayılmaz⁷⁸⁸. Bu bağlamda, taraflardan birinin bir işlemle ilgili yaptığı edimi, somut olaya bağlı olarak, mülkiyet davası veya sebepsiz zenginleşme yoluyla geri talep edebilir.

Kesin hükümsüzlük, doğrudan geçersiz bir işlem olup⁷⁸⁹, onun hükümsüzlüğünü ileri sürmek için mahkeme kararı gerekmemektedir⁷⁹⁰. Ancak, ilgili taraflar, işlemin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürerek geçersizliğini ilan edebilirler⁷⁹¹. Bu tür bir başvuruda, iptal edilen işlemin mevcut durumu yalnızca tespit edilebilir; bir düzenleme yapılmaz⁷⁹². İlgili işlem, başlangıçtan itibaren geçersiz olduğu için herhangi bir düzeltme veya düzenleme de yapılamaz⁷⁹³. İlgili hükümsüzlük durumu, aynı zamanda, geçersizliğini ileri süren kişinin haklarını kötüye kullanmasıyla birlikte işlemdeki geçersizlik durumu da değişebilir⁷⁹⁴.

Türk hukukunda geçersizliğin ilerletilebilmesi için en önemli durumlardan biri "tahvil"dir. Bu kavram, geçersiz bir sözleşmenin, bir başka sözleşme ile geçerli hale getirilmesi anlamına gelir⁷⁹⁵. Tahvil, geçersiz olan işlemin yerine geçerli bir işlemin yapılabilmesi için tarafların iradelerinin sağlanmış olmasını gerektirir⁷⁹⁶. Bu durumda,

⁷⁸⁶ Aybay, a Genel., s. 62; Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 225; Bkz. Yargıtay 1. HD, E. 2001/10578, K. 2002/2892, T. 6.3.2002.

⁷⁸⁷ Dural/ Sarı, Özel Hukuk, s. 225; Von Tuhr, Borçlar, s. 222.

⁷⁸⁸ Antalya/Topuz, Medeni, s. 224; Eren, Genel Hükümler, s. 335.

⁷⁸⁹ Nomer, Genel Hükümler, s. 62; Eren, Genel Hükümler, s. 334; Aybay, Genel, s. 62.

⁷⁹⁰ Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 227; Nomer, Genel Hükümler, s. 62; Huguenin, a.g.e., s. 120.

⁷⁹¹ Antalya/Topuz, Medeni, s. 223; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 227.

⁷⁹² Huguenin, a.g.e., s. 106; Eugen Bucher, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, Schulthess, Zürich, 1988, s. 173; Erdoğan, Moroğlu, Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, İstanbul, 2017, s. 36-37;

⁷⁹³ Halil Akkanat, Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s. 207; Nomer, Genel Hükümler, s. 62; Bkz. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2. Resmi şekilde düzenlenmemiş olan taşınmaz satış sözleşmeleri, geçerlilik şekline uyulmadığından TBK m.12/f.2'ye göre kesin hükümsüzdür. Ancak buna rağmen taşınmazı satan tarafın, taşınmazı karşı tarafa teslim ettikten ve karşı taraftan satış bedeli olarak bir miktar para aldıktan ve karşı tarafta sözleşmenin geçersizliğinin ileri sürülmeyeceği hususunda haklı bir güven uyandırdıktan sonra sözleşmenin kesin hükümsüzlüğünü ileri sürerek taşınmazın boşaltılmasını istemesi dürüstlükle bağdaşmaz. Böyle bir durumda sözleşme geçerli hale gelir ve alıcı şekil eksikliğine rağmen satıcıdan mülkiyetin kendisine devrini isteyebilir.

⁷⁹⁴ Esener, Hukuki Muamelelerde Tahvil", s. 235; Selim Kaneti, Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972, s. 1; Demirsatan, a.g.m., 216; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 227; Ayşe Havutçu, "Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili", Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı), Cilt 3, Sayı 1-4, 1987, s. 651.

⁷⁹⁵ Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 227; Sirmen, a.g.m., s. 314; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 228.

⁷⁹⁶ 1512 sayılı Noterlik Kanunu'nun (Kabul Tarihi: 18.1.1972, Yayımlandığı Resmî Gazete 5.2.1972 Tarihli, Sayı: 14090) 60. maddesinde noterlerin görevleri belirlenmiştir. m. 60/3. bendinde noterlere gayrimenkul satış

örneğin, taşınmaz satış sözleşmesinde belirli bir şekil şartı eksik olduğunda, sözleşmenin geçersizliği gerekçe gösterilerek yerine geçerli bir satış vaadi sözleşmesi yapılabilir⁷⁹⁷. Bu şekilde, geçersiz sözleşmelerin yerine geçerli olanlar ikame edilerek hukuki işlem devam ettirilebilir⁷⁹⁸.

Esnek hükümsüzlük görüşü de, kesin hükümsüzlükte ortaya çıkan hukuki sonuçların sınırlandırılması amacıyla geliştirilmiştir⁷⁹⁹. Bu görüşe göre, kesin hükümsüzlüğün hukuki sonuçları, ihlal edilen emredici hükmün amacına göre belirlenir⁸⁰⁰. Eğer bir hukuki işlem, tarafların menfaatlerini korumak amacıyla yapılmışsa, hükümsüzlük yalnızca taraflar açısından geçerli olur ve geçersizliğin ileri sürülmesi için belirli sınırlamalar getirilir⁸⁰¹. Ayrıca, bazı durumlarda geçersiz işlem, tarafların birbirlerinin menfaatini gözeterek geçerli hale getirilebilir, ancak bu durumda geçersizlik yalnızca taraflar için geçerli olup, üçüncü şahısları bağlamaz⁸⁰².

Irak hukukunda da benzer bir yaklaşım bulunmaktadır. Irak Medeni Kanunu çerçevesinde, geçersiz veya hükümsüz işlemler için benzer yaptırımlar uygulanır. Ancak, Türk hukukundaki "tahvil" ve "esnek hükümsüzlük" görüşleri Irak hukukunda sınırlı bir şekilde yer bulur ve geçersiz işlemler yerine ikame edilecek geçerli işlemler daha dar bir çerçevede ele alınır⁸⁰³. Geçersiz veya hükümsüz işlemler için yaptırımlar öngörülmüştür. IMK m.106 ve m.275–278 uyarınca, geçersiz sayılan bir sözleşme yalnızca taraflar arasında etkili olur ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülemez. Türk hukukundaki “tahvil” ve “esnek hükümsüzlük” uygulamalarının aksine, Irak hukukunda geçersiz işlemin yerine geçebilecek ikame işlemler daha sınırlıdır; ancak taraflarca yazılı olarak geçerli bir sözleşme yapılması veya mahkeme onayıyla geçerlilik sağlanması mümkündür. Ayrıca, geçersizliği ileri süren tarafın hakkını kötüye kullanması da sınırlandırılmıştır; yalnızca haklı gerekçelerle ve adil bir şekilde geçersizlik iddiası ileri sürülebilir.

vaadi düzenleme yetkisi tanınmıştır.

⁷⁹⁷ Havutçu, a.g.m., s. 671; Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku., s. 322; Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 227.

⁷⁹⁸ Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, Eşya Hukuku, s. 321; Havutçu, a.g.m., s. 671; Kaneti, Hukuki İşlem., s. 234; Nomer, Genel Hükümler, s. 65.

⁷⁹⁹ Huguenin, a.g.e., s. 121.

⁸⁰⁰ Bkz. Necip, Kocayusufoğlu/ Hüseyin, Hatemi/ Rona, Serozan/ Abdülkadir, Arpacı, Birinci Cilt, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış Dördüncü Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017, s. 593-594.

⁸⁰¹ Ingeborg, Schwenzer, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Stampfli Verlag, 2016, s. 245 ve 248.

⁸⁰² Schwenzer, a.g.e., s. 247-248.

⁸⁰³ Abdullaziz Ahmet, EL- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 612.

3.4.4. Nisbi Etkisizlik

Bir tasarruf işleminin sonucunda meydana gelen değişikliğin, bazı sebeplerle üçüncü kişilere karşı ileri sürülememesi ve bu kişiler açısından geçerli olmaması durumunda, nisbi etkisizlik söz konusu olur⁸⁰⁴. Bu durumda, hukuki işlemin geçerliliği yalnızca taraflar arasında geçerli olup, üçüncü kişilere karşı etkili değildir. Nisbi etkisizlik, bazen düzeltilmesi mümkün etkisizlik veya kesin hükümsüzlük gibi farklı şekillerde karşımıza çıkabilir⁸⁰⁵.

Türk Medeni Kanunu m. 766'da, taşınmazın mülkiyetinin naklinden dolayı herhangi bir hukuki sonucun doğmayacağı ifade edilmiştir. TMK m. 766/1'e göre, "Bir taşınırın mülkiyetini nakleden kimse, özel bir hukuki ilişkiye dayanarak o şeyin zilyetliğini korursa, mülkiyet teslimsiz geçmiş olur. Ancak, bu işlem, üçüncü kişileri zarara sokmak veya taşınır rehni kurallarından kurtulmak amacıyla yapılmışsa, mülkiyetin nakli sonuç doğurmaz⁸⁰⁶." Bu hüküm öğretide, geçersizlik türü olarak nisbi etkisizlik değil, kesin hükümsüzlük olarak değerlendirilebileceği yönünde ele alınmaktadır. Bununla birlikte, geçersizliğin hala nisbi etkisizlik olduğunu savunan görüşler de bulunmaktadır; zira maddenin ifadesinden, mülkiyetin naklinin üçüncü kişilere karşı hukuki bir sonuç doğurmadığı anlaşılmaktadır⁸⁰⁷.

Ayrıca, 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda⁸⁰⁸ (İİK) da nisbi etkisizliğe ilişkin bir uygulama örneği bulunmaktadır. İİK m. 86/1'e göre, borçlu, icra memurunun izni ve alacaklının rızası olmadan hacizli taşınır mallar üzerinde tasarrufta bulunamaz. Borçlunun tasarruf yetkisi kısıtlanmış olduğundan, haczedilen taşınır mallar üzerindeki izinsiz tasarruf işlemi, alacaklılar açısından geçersiz olacaktır⁸⁰⁹. Haczin kalkması veya icazet verilmesi durumunda ise, bu izinsiz işlemler herkes açısından geçerli hale gelir⁸¹⁰.

3.4.5. Tek Taraflı Bağlamazlık (Askıda Hükümsüzlük)

Geçerlilik şartları ve kurucu unsurları tamamlanmış bir hukuki işlemin hüküm ifade edebilmesi, eksik bir unsurun tamamlanmasına bağlıdır⁸¹¹. Aşırı yararlanma veya irade bozukluğu gibi durumlarda, irade beyanında aksaklık olurken, eksik hukuki işlemlerde irade

⁸⁰⁴ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 598; Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 231; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 237.

⁸⁰⁵ Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 237.

⁸⁰⁶ Oğuzman/Seliçi/Oktay/Özdemir, Eşya Hukuku., s. 595.

⁸⁰⁷ Mehmet Serkan, Ergüne, Taşınır Mülkiyeti, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2017, s. 105; Rona Serozan, Eşya Hukuku I, Filiz Kitabevi, 3. Bası, İstanbul, 2014, s. 1196.

⁸⁰⁸ Resmî Gazete, 19 Haziran 1932, Sayı 2128.

⁸⁰⁹ Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 231; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 598.

⁸¹⁰ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 599.

⁸¹¹ Serozan, Medeni Hukuk, s. 388; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 235.

beyanlarında herhangi bir aksaklık bulunmaz. Eksik bir hukuki işlemde, eksik unsurun tamamlanması durumunda işlem geçerlilik kazanır. Eğer eksiklik tamamlanmazsa, işlem kesin hükümsüz hale gelir⁸¹². Ancak, eksikliğin tamamlanıp tamamlanamayacağının belirsiz olduğu durumda, işlem askıda kalır.⁸¹³ Eksik unsurun tamamlanmasıyla, işlem taraf iradelerinden bağımsız olarak kanun gereği geçerli olur⁸¹⁴. Bu durum, "askıda hükümsüzlük" olarak adlandırılmaktadır⁸¹⁵.

Bazı durumlarda, hukuki işlem kurucu unsurları tamamlanmış olsa da, bir takım nedenlerle hükümler doğmaz ve askıda kalır⁸¹⁶. Eksik unsurun gerçekleşmesi durumunda sözleşme hüküm ifade etmeye başlar; ancak bu unsurun gerçekleşmeyeceği kesinleşirse, sözleşme geçersiz hale gelir⁸¹⁷. Bu tür durumlarda örnekler şunlardır:

a) Yasa gereği vasinin izni ve vesayet makamı ile birlikte denetim makamının onayına bağlı işlemler (TMK m. 462, 463).

b) Kısıtlıların veya ayırt etme gücüne sahip küçüklerin, kanuni temsilcilerinin izni olmadan yaptığı işlemler (TMK m. 451, 16).

c) Yetkisiz temsilcinin yaptığı işlemler (TBK m. 38).

d) Kanun gereği geçerliliği resmi makam onayına bağlı işlemler (TMK m. 166/3, TMK m. 184/5).

Bu gibi durumlarda, sözleşme, temsil edilen kişinin ya da sınırlı ehliyetsizin yaptığı işlemi tamamlayıcı icazet verilene kadar eksik bir sözleşme olarak kalır. Eksik unsurun tamamlanması ya da icazet verilmesi durumunda, sözleşme tüm hükümleriyle geçerli hale gelir ve başlangıçtan itibaren hüküm doğurur⁸¹⁸. Irak hukukunda da nisbi etkisizlik ve askıda hükümsüzlük kavramları, benzer şekilde uygulanmaktadır.

3.5. Hukuki İşleme İlişkin Geçersizlik Nedenleri

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) sözleşme serbestisi, borçlar hukukunun temel ilkelerinden biridir ve TBK m. 27/1'de, sözleşmelerin geçersiz veya kesin hükümsüz olacağı

⁸¹² Akıncı, Borçlar, s. 118; Eren, Genel Hükümler, s.333; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 235.

⁸¹³ Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 230; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 235; Eren, Genel Hükümler, s.333.

⁸¹⁴ Eren, Genel Hükümler, s.333; Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 235; Akıncı, Borçlar, s. 118; Dural/Sarı, Özel Hukuk, s. 230.

⁸¹⁵ Oğuzman/Barlas, Medeni, s. 235.

⁸¹⁶ Kocayusufpaşaoğlu, Borçlar Hukuku, s. 595.

⁸¹⁷ Eren, Genel Hükümler, s.300; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s.132.

⁸¹⁸ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s.141.

haller düzenlenmiştir. Geçersizlik sebepleri, sözleşmenin geçerliliğini etkileyen önemli unsurlardır.

TBK m. 19/1'de belirtilen muvazaa (sözleşmenin gizli amaçla yapılması) durumu, geçersizliğe neden olur⁸¹⁹. Ayrıca, TBK m. 17/1 ve TBK m. 12/2'de yer alan şekil şartlarına uyulmaması, sözleşmenin geçersizliğini doğurur⁸²⁰. Buna ek olarak, ayırt etme gücüne sahip olmamak (TMK m. 15) da geçersizlik nedenidir. Bu durum, sözleşme yapan kişinin hukuki işlem yapma yeteneği olmadan gerçekleştirilen sözleşmeleri geçersiz kabul eder.

TBK m. 30 ve devam maddelerinde, irade beyanında sakatlık bulunmaması, sözleşmenin geçerliliği için bir diğer şarttır. Ayrıca, TBK m. 28 gereğince gabin (aşırı yararlanma) durumunun söz konusu olmaması, geçersizliğin bir diğer unsurudur⁸²¹. Gabin, bir tarafın diğer taraftan aşırı şekilde yararlanarak sözleşme yapması durumunda ortaya çıkar ve bu tür bir sözleşme geçersiz kabul edilebilir. Bu geçersizlik hallerinin hepsi emredici hüküm niteliği taşır, yani taraflar bu durumlara rıza gösteremezler.

Bir hukuki işlemde birden fazla geçersizlik nedeni bulunabilir. Örneğin, sözleşme aynı anda irade bozukluğu altında kurulmuş ve şekil şartlarına uyulmamış olabilir. Aynı zamanda, bir sözleşmede birden fazla aşırı yararlanma ve irade bozukluğu durumu da ortaya çıkabilir. Geçersizlik nedenleri, işlemin hukuki geçerliliği üzerinde farklı etkiler yaratır. Bu nedenle, sözleşmenin geçersizliğine yol açan nedenlerin varlığı, hukuki açıdan önemli bir husus olarak değerlendirilir⁸²².

Irak hukukunda da benzer şekilde geçersizlik ve kesin hükümsüzlük kavramları bulunmaktadır. Muvazaa (gizli amaçlarla yapılan sözleşmeler), Irak Medeni Kanunu'nda (IMK) geçersizliğe yol açan bir durum olarak kabul edilir⁸²³. IMK m. 131 gereğince, bir sözleşme, tarafların gerçek iradeleri dışında yapılmışsa, geçersiz kabul edilir.

Ayrıca, Irak hukukunda da şekil şartlarına uyulmaması geçersizlik nedeni oluşturur. Örneğin, taşınmazların devir işlemleri için belirli resmi şekil şartlarının yerine getirilmesi gerekmektedir. Eğer şekil şartlarına uyulmazsa, sözleşme geçersiz olur.

Irak hukukunda ayırt etme gücüne sahip olmamak da geçersizlik sebebidir. Kısıtlılar, reşit olmayanlar veya zihinsel engelli kişiler tarafından yapılan sözleşmeler, bu kişiler hukuki

⁸¹⁹ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 356; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile ilgili Düşünceler”, s. 355.

⁸²⁰ Bkz. Eren, Genel Hükümler, s. 356; Serozan, Medeni Hukuk, s. 383; Kocayusufpaşaoğlu, Necip, “Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile ilgili Düşünceler”, s. 355.

⁸²¹ Bkz. Schwenger, a.g.e., s. 228; Antalya, a.g.e., s. 139; Eren, Genel Hükümler, s. 1037; Nomer, Genel Hükümler, s. 56; Kılıçoğlu, Genel., s. 87.

⁸²² Baş, a.g.e., s. 587.

⁸²³ Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 615.

işlem yapma ehliyetine sahip olmadıklarından geçersiz kabul edilir. Bu durum, Türk hukukundaki ile benzerlik gösterir⁸²⁴.

Gabin (aşırı yararlanma) durumu da Irak hukukunda geçersizlik nedenidir. IMK m. 122'de, bir tarafın diğerine aşırı derecede yararlanarak sözleşme yapması durumu geçersiz kabul edilir.

Bir hukuki işlemde birden fazla geçersizlik nedeni bulunabilir. Örneğin, hem irade bozukluğu hem de şekil şartlarına uyulmaması söz konusu olduğunda, işlem geçersiz kabul edilir. Irak hukukunda da bu tür geçersizlik sebepleri, sözleşmenin geçerliliği üzerinde önemli etkiler yaratır ve geçersizlik nedenlerinin varlığı, hukuki açıdan büyük önem taşır.

3.5.1. Başlangıçta İmkânsızlık

Türk hukukunda, hukuki işlemlerin başlangıcında maddi imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık durumları söz konusu olabilir. Hukuki imkânsızlık, bir sözleşmenin tarafları arasında yapılmasının hukuken yasaklanmış olması durumudur⁸²⁵. Örneğin, birinci sınıf sit alanı üzerine bina yapılması amacıyla yapılan bir eser sözleşmesi, hukuki imkânsızlık teşkil eder. Maddi imkânsızlık ise, sözleşme konusu olan edimin somut olarak gerçekleştirilememesi durumudur. Örneğin, ölmüş bir yarış atının satılması, maddi imkânsızlık anlamına gelir.

İmkânsızlığın subjektif veya objektif olması da sözleşmenin geçerliliği açısından önemlidir. Objektif imkânsızlık, sözleşmenin konusu olan edimin hiç kimse tarafından yerine getirilemeyecek bir hale gelmesidir. Örneğin, bir malın yok olması ya da yok olma riski taşımaması gibi durumlar objektif imkânsızlık oluşturur⁸²⁶. Subjektif imkânsızlık ise edimin borçlu tarafından yerine getirilmesinin imkansız olmasıdır, ancak diğer kişiler için mümkün olabilir⁸²⁷. Türk hukukunda subjektif imkânsızlık, sözleşmenin geçerliliğine etki eder⁸²⁸.

Sözleşme kurulma aşamasında imkânsızlık, başlangıçta objektif imkânsızlık ya da sonradan oluşan imkânsızlık olarak ikiye ayrılır. Türk hukukunda, eğer sözleşmenin konusu olan edimlerin herhangi biri objektif imkânsızlık nedeniyle gerçekleşmiyorsa, bu durumda

⁸²⁴ Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 619.

⁸²⁵ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 290; Eren, Genel Hükümler, s. 1037.

⁸²⁶ Mehmet, Altunkaya, Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005, s. 89; Eren, Genel Hükümler, s. 1039.

⁸²⁷ Eren, Genel Hükümler, s. 1039; Altunkaya, İmkânsızlık, s. 89, Akıncı, Borçlar, s. 101.

⁸²⁸ Von Tuhr, Borçlar, s. 253.

sözleşme başlangıçta objektif imkânsızlık nedeniyle geçersiz olur. TBK m. 27/f.1'e göre, başlangıçta objektif imkânsızlık, sözleşmeyi geçersiz kılar⁸²⁹.

Başlangıçta imkânsızlık durumunda sözleşme geçersiz olurken, sözleşme kurulduktan sonra oluşan imkânsızlık, yani ifa imkansızlığı, sözleşmeyi geçersiz kılmaz. Ancak bu durumda, imkânsızlık yalnızca ifanın gerçekleştirilmesine engel olur ve sözleşme devam etse de edimin yerine getirilmesi mümkün olmayacaktır⁸³⁰.

Irak hukukunda da başlangıçta imkânsızlık kavramı, benzer şekilde ele alınmaktadır. Maddi imkânsızlık ve hukuki imkânsızlık Irak Medeni Kanunu'nda da geçersizlik sebebi olarak kabul edilir. Örneğin, hukuken yasaklanmış bir sözleşme veya yerine getirilemeyen bir edim, Irak hukukunda da geçersizliğe yol açar.

Objektif imkânsızlık, Irak hukukunda da, sözleşme konusu olan edimin hiç kimse için yerine getirilemeyecek durumda olmasıdır. Subjektif imkânsızlık ise borçlu için geçerli olup, diğer kişiler için mümkün olan durumlar olarak değerlendirilir. Irak hukukunda da, başlangıçta objektif imkânsızlık, sözleşmenin geçersizliğine neden olurken, sonradan oluşan imkânsızlık sadece ifanın engellenmesine yol açar ve sözleşmeyi geçersiz kılmaz.

3.5.2. Emredici Hükümlere Aykırılık

Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK), emredici hükümler, sözleşmenin tarafları tarafından değiştirilemeyen, bu açıdan tarafların iradelerini sınırlayan kanun hükümleri olarak tanımlanır⁸³¹. TBK m. 27/f.1'de, emredici hükümlere aykırılık durumunda sözleşmenin geçersiz olacağı hükme bağlanmıştır. Bu tür hükümlere aykırı hareket edilmesi, sözleşmenin geçersizliğine yol açar.

Türk hukukunda emredici hükümler genellikle düzenleyici hükümler olarak nitelendirilir ve *leges minus quam perfectae* ilkesine benzer şekilde, emredici hükümlere aykırılık durumunda sözleşmenin geçerliliği genellikle korunmaz⁸³². Ancak, emredici hükümlere aykırılık, sadece geçersizliğe yol açmakla kalmaz, aynı zamanda başka yaptırımlar da doğurabilir. Örneğin, bir sözleşme, kanunla belirlenen bir şekil şartına aykırı olduğunda

⁸²⁹ Kurt, İmkânsızlık, s. 162; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 264; Altunkaya, İmkânsızlık, s. 178.

⁸³⁰ Altunkaya, İmkânsızlık, s. 105; Kurt, İmkânsızlık, s. 163.

⁸³¹ Nil, Karabağ Bulut, Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., Birinci Baskı, İstanbul, Eylül, 2014, s. 17; Fahri Erdem, Kaşak, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., 1. Baskı, İstanbul, Ocak, 2019, s. 250; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 538.

⁸³² Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 540; Serozan, Medeni Hukuk, s. 31.

geçersiz olur, ancak bu durum sadece geçersizlik ile sınırlı kalmaz, ayrıca tazminat veya başka cezai yaptırımlar da uygulanabilir.

Kişilik haklarına aykırılık, aynı zamanda emredici hükümlerle uyumsuzluk anlamına gelir⁸³³. TBK m. 27'de, kişilik haklarına aykırılığın sözleşmenin geçersizliğine neden olacağı belirtilmiştir. Bu hüküm, aynı zamanda Türk Medeni Kanunu'nda (TMK) yer alan ve emredici niteliği taşıyan m. 23 ile de ilişkilidir⁸³⁴. TMK m. 23, kişilik haklarının korunmasına ilişkin emredici bir düzenleme getirirken, TBK m. 27'deki hüküm de bu tür sözleşmelerin geçersiz olacağını ifade eder. Dolayısıyla, kişilik haklarına aykırı sözleşmeler, emredici hükümlere aykırılık nedeniyle geçersiz sayılacaktır.

Ayrıca, kamu düzenine aykırılık, Türk hukukunda da emredici hükümlere aykırılık olarak değerlendirilir⁸³⁵. TBK m. 27'de belirtilen kamu düzenine aykırılık⁸³⁶, sözleşmenin geçersizliğini doğurur ve bu tür aykırılıklar, sadece tarafların iradesine değil, toplumun genel düzenine de zarar verir. Öğretide de bu tür aykırılıklar, emredici hükümlere aykırılık olarak kabul edilmekte ve bu durumda sözleşmenin geçersiz olduğu belirtilmektedir⁸³⁷.

Irak hukukunda da emredici hükümler, sözleşme serbestisini sınırlayan ve tarafların değiştirilemeyeceği kanuni düzenlemelerdir. Irak Medeni Kanunu'nda (IMK), emredici hükümlere aykırılık, sözleşmenin geçersizliğine yol açar. Özellikle, kamu düzenine aykırı sözleşmeler ve kişilik haklarına aykırı olan işlemler, Irak hukukunda da geçersiz kabul edilir.

Irak hukukunda da kamu düzenine aykırılık ve kişilik haklarına aykırılık, emredici hükümlere aykırılık olarak değerlendirilir. Bu tür sözleşmeler geçersiz sayılır ve bu geçersizlik, tarafların iradelerinden bağımsız olarak hukuki sonuç doğurur. Ayrıca, Irak Medeni Kanunu'nda da kişilik haklarının ihlali durumunda sözleşmenin geçersiz olduğu açıkça belirtilmiştir⁸³⁸. Irak hukukunda, kamu düzenine aykırılık durumunda ise sözleşme geçersiz olur ve bu durumun yaptırımı Türk hukukundaki gibi benzer şekilde sözleşmenin geçersizliğini doğurur.

⁸³³ Tekinay / Akman/ Burcuoğlu / Altop, a.g.e., s. 395; Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı), Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, İstanbul, 1976, s. 46.

⁸³⁴ Karabağ Bulut, Özgürlük., s. 63.

⁸³⁵ Karabağ Bulut, Özgürlük., s. 63; Tekinay / Akman/ Burcuoğlu / Altop, a.g.e., s. 395.

⁸³⁶ Türk hukukunda kamu düzeni kavramının tanımı ve içeriği hususunda ortak görüş birliği bulunmamaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararında; ahlak ve dürüstlük kurallarını, toplumun, hukukun temel ilke ve değer yargılarını, adaleti ve ahlak anlayışını, Anayasada yer alan temel hakları ciddi şekilde sarsan ve aykırılık oluşturan olayların kamu düzenini ihlal eden olgular olduğu ifade edilmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu E. 1998/12-287 K. 1998/325 T. 6.5.1998; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 278.

⁸³⁷ Akın, Ünal, Kelepçeleme Sözleşmeleri, Adalet Yayınları, Ankara, 2012, s. 43; Tekinay / Akman/ Burcuoğlu / Altop, a.g.e., s. 395; Hatemi, Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, s. 40.

⁸³⁸ Abdullaziz Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 623.

3.5.3. Şekle Aykırılık

Türk hukukunda şekil, bir sözleşmenin geçerliliği için gerekli olan unsurlardan biridir. Şekil şartı, sözleşmenin geçerliliği için bir koşul olabileceği gibi, aynı zamanda sözleşmenin ispatı için de gerekebilir. İspat şartı, sözleşmenin geçerliliğini etkilemez, yalnızca sözleşmenin ispatı için bir araç olarak kullanılır. Örneğin, Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) m. 200/f.1 hükmü gereğince⁸³⁹, değeri veya miktarı 2500 TL'nin üzerindeki hukuki işlemlerin ispatı senetle yapılır. Ancak, ispat için gereken şekle uyulmadığında, sözleşme geçersiz olmaz⁸⁴⁰; yalnızca ispat için gerekli olan şekil şartı yerine getirilmemiş olur⁸⁴¹.

Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 12/f.2, bir hukuki işlemde şekil şartı öngörüldüğü takdirde, o şeklin geçerlilik şartı olduğunu belirtir. Kanunda, hukuki işlemde şekil şartına aykırılığın geçersizliğe yol açacağına dair bir hüküm bulunmakla birlikte, şekil şartına aykırılığın geçersizlik nedenleriyle ilgili net bir açıklama yapılmamıştır⁸⁴². Ancak, Yargıtay, şekil şartına aykırılığın geçersizliğe yol açacağı görüşünü benimsemiştir⁸⁴³. Öğretide de, geçerlilik koşulu olarak şekil şartına uyulmaması durumunun sözleşmeyi geçersiz kılacağı ifade edilmektedir⁸⁴⁴.

⁸³⁹ “Bir hakkın doğumu, düşürülmesi, devri, değiştirilmesi, yenilenmesi, ertelenmesi, ikrarı ve itfası amacıyla yapılan hukuki işlemlerin, yapıldıkları zamanki miktar veya değerleri ikibinbeşyüz Türk Lirasını geçtiği takdirde senetle ispat olunması gerekir. Bu hukuki işlemlerin miktar veya değeri ödeme veya borçtan kurtarma gibi bir nedenle ikibinbeşyüz Türk Lirasından aşağı düşse bile senetsiz ispat olunamaz” (HMK m. 200/f.1).

⁸⁴⁰ Baki, Kuru, İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara, 2018, s. 256.

⁸⁴¹ “Kanunda sözleşmeler için öngörülen şekil, kural olarak geçerlilik şeklidir. Öngörülen şekle uyulmaksızın kurulan sözleşmeler hüküm doğurmaz” (TBK m. 12/f.2).

⁸⁴² Arif Barış, Özbilen, Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, İstanbul, 2016, s. 177; Ögüz, Tufan, “Türk Borçlar Kanunu’nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Cevdet Yavuz’a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, (2011):104.

⁸⁴³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Büyük Genel Kurulu T. 30.09.1988, E. 1987/2, K. 1988/2: “... Gerçekten, Borçlar Kanunu’nun 11. maddesinin ikinci fıkrasına göre kanunun öngördüğü bir şeklin kapsam ve sonuçları hakkında başka bir hüküm konulmamışsa, bu şekle uyulmadan yapılan sözleşme sahih olmaz. Başka bir anlatımla Kanun, öngördüğü şekli, bir geçerlik (sihhat) şartı olarak düzenlemiş bulunmakta ve buna uyulmadan yapılan sözleşmelere, “geçersizlik” müeyyidesini (hukuki sonucunu) bağlamaktadır. O halde, Medeni Kanun’un 634 ncü maddesi ile Borçlar Kanunu’nun 11 ve 213 ncü maddelerinin bu açıklıkları karşısında, tapuda kayıtlı taşınmazın haricen satımına ve noterde düzenleme biçiminde (re’sen) yapılmamış olan taşınmaz satış vaadine ilişkin sözleşmeler geçersizdir. Bu geçersizliğin hukuki mahiyeti doktrinde tartışmalı olup, klasik olarak nitelenen “butlan” görüşüne karşı son yıllarda “kendine özgün geçersizlik görüşü” de savunulmakta ve şekil kurallarının amaçsal yorumundan hareketle (Şekil noksanlığının herkes tarafından değil, bundan zarar gören tarafça def’i olarak ileri sürülebileceği; şekil noksanlığının hâkim tarafından re’sen gözetilemeyeceği...) ileri sürülmekte ise de İsviçre Federal Mahkemesi gibi, Yargıtay butlan görüşünü benimsemektedir. Bu itibarla, kanunda öngörülen şekil şartı, emredici niteliktedir ve hâkim şekil noksanlığını (tarafklar ileri sürmemiş olsalar dahi yargılamanın her safhasında) re’sen göz önüne almak zorundadır. Keza, geçersiz bir sözleşmeyi ifadan kaçınmak, kural olarak, ahlaka aykırılık teşkil etmez; ifa edilmeyen edimlerin ifası istenemez ve karşı tarafın iyi niyeti göz önünde tutulamaz...”

⁸⁴⁴ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 479; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 313; Özbilen, a.g.e., s. 198; Serozan, Medeni Hukuk, s. 376; Abdurrahman, Savaş, İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler, Adal Ofset, Konya, Temmuz, 2005, s. 264; Aybay, Genel, s. 61; Muzaffer, Şeker, “Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini”, Legal

Tarafların anlaşması ve onayı ile şekil şartı bertaraf edilemez⁸⁴⁵; bu durumda hukuki işlem geçerli hale gelmez. Ancak, şekle aykırılığa itirazın hakkın kötüye kullanımı olarak değerlendirildiği durumlarda, geçersizlik uygulanmaz ve işlemin geçerliliği sonucu doğabilir. Bu gibi durumlarda, tahvil yolu ile geçerlilik sağlanabilir⁸⁴⁶. Ayrıca, TBK m. 17/f.1'e göre⁸⁴⁷, taraflar da sözleşmelerinde şekil şartı kararlaştırabilirler. Eğer taraflar arasında belirlenen iradi şekil geçerlilik şartı olarak kabul edilirse, bu iradi şekil şartı da kanuni geçerlilik şekli gibi geçerlilik sonuçlarını doğurur⁸⁴⁸.

Irak hukukunda da şekil şartları geçerlilik için önemli bir unsur teşkil etmektedir. Irak Medeni Kanunu (IMK), belirli hukuki işlemler için şekil şartları getirmiştir ve bu şekil şartlarına uyulmaması, sözleşmenin geçersizliğine yol açabilir. Şekil, bir sözleşmenin geçerliliği için kanunla belirlenen şart olduğunda, şekle aykırı bir durum söz konusu olduğunda sözleşme geçersiz kabul edilir⁸⁴⁹.

Ancak, Irak hukukunda da, şekil şartına aykırılık genellikle geçersizlik ile sonuçlanır. Bununla birlikte, tahvil yoluyla geçerlilik sağlanabilir; yani taraflar arasında şekil şartına aykırı durumların tespitiyle işlemin geçerliliği sağlanabilir. Irak hukukunda da, iradi şekil şartı kararlaştırılabilir ve bu şekil, sözleşmenin geçerliliğini sağlamak için geçerli bir unsur olarak kabul edilir. Bu tür durumlar, Türk hukukundaki gibi, tarafların onayıyla sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilir.

3.5.4. Ahlaka Aykırılık

Türk hukukunda, ahlaka aykırı amaç taşıyan veya ahlaka aykırı içerik barındıran sözleşmelerin geçersiz olması bir gereklilik olarak kabul edilmiştir⁸⁵⁰. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 27'de, ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersiz olacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu madde, sözleşmelerin içeriğinin ve amacının toplumsal ve ahlaki normlarla uyumlu olmasını sağlamayı amaçlar⁸⁵¹.

Hukuk Dergisi, Sayı 61, (2008): s. 51.

⁸⁴⁵ Osman Gökhan, Antalya, "Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları", Yargıtay Dergisi, Cilt 18, Sayı 3, 1992, s. 366-367.

⁸⁴⁶ Huguenin, a.g.e., s. 106-107.

⁸⁴⁷ "Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz" (TBK m.17/f.1).

⁸⁴⁸ "Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz" (TBK m.17/f.1).

⁸⁴⁹ Abdullaziz Ahmet, El- Senhüri, EL-Vasit vb Şahr EL-Kanun EL-Medenî, s. 634.

⁸⁵⁰ Aybay, Genel, s. 40; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 2, s. 415.

⁸⁵¹ Bkz. Derya, Ateş, Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007, s. 80.

Ahlaka aykırılık, kavram olarak öğretide içeriği doldurulması gereken bir husus olarak ele alınmıştır⁸⁵². Yani, ahlaka aykırılık kavramının sınırları ve kapsamı, öğretide farklı şekillerde tanımlanmış ve çeşitli yorumlara tabi tutulmuştur. Her ne kadar kanun metninde ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersizliği hükme bağlanmış olsa da, ahlaka aykırılığın ne şekilde belirleneceği ve hangi durumların ahlaka aykırı sayılacağına dair açıklamalar öğretide yapılmıştır.

Irak hukukunda, ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersizliği, Irak Medeni Kanunu (IMK)'nın ahlaki değerlere ve toplumsal normlara aykırı olan sözleşmeleri geçersiz sayan hükümleriyle düzenlenmektedir⁸⁵³. Ancak, IMK'da ahlaka aykırılık kavramının içeriği açıkça tanımlanmamış olup, bu kavramın kapsamı öğretideki farklı yorumlar ve yargı kararları ile şekillenmektedir.

Irak Medeni Kanunu'nda doğrudan ahlaka aykırılıkla ilgili maddeler bulunmakla birlikte, IMK 131. maddesi ve IMK 232. maddesi gibi hükümler, sözleşmelerin geçersizliğine dair genel hükümler sunar ve bu hükümler, toplumsal ahlakla bağdaşmayan sözleşmeleri geçersiz sayar. Aynı zamanda IMK m. 106 da, sözleşmelerin geçerliliği açısından kamu düzeni ve ahlak ile uyumsuzluk durumunu da geçersizliğe yol açacak bir neden olarak değerlendirir.

Türk Borçlar Kanunu ve Irak Medeni Kanunu'nda, ahlaka aykırı sözleşmelerin geçersizliği meselesi, toplumun genel ahlaki düzeninin korunmasına yönelik bir önlem olarak benzer şekilde düzenlenmiştir.

3.5.5. İrade ile İrade Beyanı Uyumsuzluğu

Türk hukukunda zihni kayıt (reservatio mentalis), kişinin bilinçli olarak gerçek iradesine uygun olmayan bir beyanda bulunması ve beyan ettiği sonucun arkasında gerçek iradesinin bulunmaması durumudur⁸⁵⁴. Bu durumda sözleşme, geçerli olup olmadığı konusunda açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte, öğretide sözleşmenin hüküm doğurmayacağı görüşü baskındır. Ancak, karşı tarafın zihni kaydı bilmesi veya bilmesinin gerekmemesi durumunda sözleşme geçerli kabul edilebilir⁸⁵⁵.

⁸⁵² Schwenzer, a.g.e., s. 258.

⁸⁵³ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 229.

⁸⁵⁴ Antalya, Gökhan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 277; Eren, Genel Hükümler, s. 348

⁸⁵⁵ Eren, Genel Hükümler, s. 349; Esener, a.g.m., s. 186., Akıncı, Borçlar, s. 132.

Muvazaa, Türk hukukunda geçersiz sayılacak bir hukuki işlem olarak kabul edilmektedir⁸⁵⁶. Muvazaa, tarafların gerçek iradelerinin birbirine uymaması ve görünürdeki sözleşmenin gerçekte hukuki sonuç doğurmayacak şekilde düzenlenmesidir⁸⁵⁷. Öğretide, muvazaa nedeniyle sözleşmenin geçersizliği savunulmakta ve bu durumda iki tarafın da bilerek ve isteyerek gerçek bir hukuki işlem yapmadığı kabul edilmektedir⁸⁵⁸. Bu görüşte sadece görünüşte olan, her iki tarafında bilerek ve isteyerek hiç hukuki sonuç doğurmayacak şekilde ortaya konmuş irade beyanları ile bir işlemin meydana geldiği kabul edilmemektedir⁸⁵⁹. Muvazaa durumunda tarafların hukuki sonuç iradesi olmamakla beraber, bu iradenin dışı yansıtılarak yürürlüğe konması bakımından beyan iradesi de bulunmamaktadır. Tam tersine tarafların iradesi muvazaalı hukuki işlemin oluşmaması bakımından birbirine uygundur⁸⁶⁰. Bir diğer görüşte muvazaada bir geçersizlik bulunmamakta olup, geçersizliğin bazı sonuçları değiştirilerek, aşılabilir uygulanmalıdır. Bu kapsamda geçersizliğin var olduğu ancak hâkimin re'sen bunu göz önüne alamayacağı ileri sürülmektedir⁸⁶¹.

Nisbi muvazaa açısından gizli işlemin akıbeti de önem arz etmektedir. Öğretide nisbi muvazaada görünürdeki muvazaalı hukuki işlemin arkasına gizlenmiş olan, taraf iradelerine uyan hukuki işlemin geçerlilik koşullarını sağlaması durumunda geçerli olacağı görüşü kabul görmektedir⁸⁶². Yargıtay'ın da benimsediği bu görüşe göre, kendi geçerlilik koşullarını taşımayan gizli işlem muvazaa nedeniyle değil, ilgili geçerlilik koşuluna sahip olmamasından dolayı geçersiz olur⁸⁶³. Bu durum, Irak Medeni Kanunu (IMK)'nda da benzer şekilde geçersiz sayılır. IMK m. 105 ve IMK m. 106'da muvazaa durumu düzenlenmiştir. IMK m. 105'e göre, sözleşmenin geçerliliği, tarafların gerçek iradelerine uygun olmalıdır. Gerçek iradeye aykırı

⁸⁵⁶ Hatemi/Gökyayla, Genel, s. 91; Aybay, Genel., s. 62; Kılıçoğlu, Genel., s. 237; Von Tuhr, Borçlar, s. 273.

⁸⁵⁷ Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 2, s. 417; Eren, Genel Hükümler, s. 352; Hatemi/Gökyayla, Genel, s. 92.

⁸⁵⁸ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 356; Serozan, Medeni Hukuk, s. 386; Eren, Genel Hükümler, s. 354.

⁸⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 356; Serozan, Medeni Hukuk, s. 386; Eren, Genel Hükümler, s. 354.

⁸⁶⁰ Eren, Genel Hükümler, s. 356.

⁸⁶¹ Eren, Genel Hükümler, s. 356; Kocayusufpaşaoğlu/ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, Sözleşme, s. 364.

⁸⁶² Nomer, Genel Hükümler, s. 101; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 2, s. 419; Huguenin, a.g.e., s. 56; Schwenzer, a.g.e., s. 233.

⁸⁶³ Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı E. 1953/8, K. 1953/7, T. 07.10.1953. "... Medeni Kanun'un 634 üncü maddesi mülkiyeti nakledecek akitlerin resmi şekilde yapılmasını amirdir. Bununla hakiki iradelerinin tam olarak telahuk ettiğini akitlerin salahiyetli memur huzurunda beyan eylemeleri kasdolunmuştur. Memur huzurunda bey akti hakkında iradelerinin telahuk ettiğini akitler beyan eyleseler ve fakat hakiki kasıtlarının akit yaparken hibe olduğu sabit olsa bey akti batıl olur amma yerine hibe akti kaim olamaz; Çünkü memur huzurunda hibe hakkında tarafların iradeleri telahuk eylememiştir. Bu halde tapu kaydı hali aslisine irca olunmakla iktifa olunur. Müşteri vaziyetinde bulunan şahsa hibe sebebiyle mülkiyet intikal eylemiş olamaz..." Kararda nisbi muvazaalı işlemde görünürdeki satış sözleşmesinin muvazaa sebebiyle, gizli işlem olan bağışlamanın ise; bir taşınmaz bağışı söz konusu olduğu için tapuda resmi şekilde yapılma şekil şartı gerçekleşmediğinden, dolayısıyla şekle aykırılık sebebiyle kesin hükümsüz olacağına işaret edilmiştir. Kılıçoğlu, Genel, s. 237; Hatemi/Gökyayla, Genel, s. 91.

bir işlem geçersiz olur. IMK m. 106 ise muvazaa ve benzeri durumların geçersizliğe yol açacağına işaret eder⁸⁶⁴.

Açıklamada Yanılma (İrade Beyan Hatası), Türk Borçlar Kanunu'nda (TBK) doğrudan tanımlanmaz, ancak yanılma durumları (TBK m. 31-33) belirtilmiştir. Açıklamada yanılma, irade beyanının gerçek iradeye uymaması durumudur⁸⁶⁵. Öğretide, yanılma, irade beyanının bilinçli olarak istenmeden veya farkında olmadan yanlış bir şekilde yapılması olarak tanımlanır. İradede meydana gelen bozulmalar, saikte yanılma ve açıklamada yanılma gibi farklı türlerde sınıflandırılabilir⁸⁶⁶.

Sözleşme konusu miktar yanılmalarında, sözleşme geçersiz kabul edilmez ve yalnızca tereddüt edilmeyen miktar geçerlidir⁸⁶⁷. Basit hesap hataları da hukuki işlem üzerinde geçerliliği etkilemez (TBK m. 31/f.2). Ayrıca, sözleşmenin isimlendirilmesindeki hatalar da geçersizlik yaratmaz, eğer içerik bakımından uyuma varsa, taraflar arasındaki farklı isimlendirme geçerliliğe etki etmez.

Türk hukukunda, yanılma durumunda tek taraflı ve iki taraflı yanılma olmak üzere iki farklı durum söz konusu olabilir⁸⁶⁸. Tek taraflı yanılma durumunda, yanılığa olan tarafın beyanı, gerçek iradesine uymadığı halde geçerli olabilir. Ancak bu durumda, yanılan taraf, sözleşmeyi iptal edebilir⁸⁶⁹. İptal, irade beyanını geçersiz kılar ve bu durum, yalnızca yanılan tarafın menfaatine hizmet eder⁸⁷⁰. İki taraflı yanılma durumunda ise, tarafların irade beyanları uyumaz olduğunda sözleşme kurulamamaktadır⁸⁷¹. Eğer taraflar ortak bir yanılığa düşerlerse, sözleşme kurulmuş sayılabilir ve yanılma hükümleri uygulanmaz⁸⁷². IMK'nda da benzer bir düzenleme bulunmaktadır. m. 120 ve IMK m. 121'de yanılma durumu ile ilgili hükümler yer almaktadır. IMK m. 120, yanılma nedeniyle sözleşmenin geçersizliğine yol açabilecek durumları düzenler. IMK m. 121, tek taraflı yanılma durumunda, yanılan tarafın irade beyanının geçersiz olabileceğini ifade eder.

⁸⁶⁴ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 233.

⁸⁶⁵ İnan/Yücel, Genel., s. 312; Nomer, Genel Hükümler, s. 92; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 44; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 427.

⁸⁶⁶ Nomer, Genel Hükümler, s. 90; Huguenin, a.g.e., s. 126.

⁸⁶⁷ Bülent, Tahiroğlu/Belgin, Erdoğan, Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2019, s. 214.

⁸⁶⁸ Bkz. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, Genel, s. 427; Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 117.

⁸⁶⁹ Andreas B., Schwarz, Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt, Çeviren: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948, s. 312.

⁸⁷⁰ Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 118.

⁸⁷¹ "Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur" (TBK m.1/f.1).

⁸⁷² Kocayusufpaşaoğlu, Hata, s. 120.

Irak hukukunda da, muvazaa ve yanılma durumları, Türk hukukundaki gibi sözleşmenin geçerliliğini etkileyebilir. Özellikle IMK'daki muvazaa ve yanılma hükümleri, tarafların gerçek iradeleriyle beyanları arasındaki uyumsuzluk durumunda, sözleşmenin geçersizliği ile sonuçlanabilir⁸⁷³. Bu nedenle, Türk ve Irak hukukunda da, sözleşmenin geçerliliği, tarafların gerçek iradeleriyle beyanları arasındaki uyumun sağlanmasına dayanır.

3.5.6. Aşırı Yararlanma

Türk hukukunda aşırı yararlanma, özellikle iki taraflı sözleşmeler açısından önemli bir düzenlemeye tabidir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 28/f.1'e göre, aşırı yararlanma, bir tarafın diğer tarafın deneyimsizliğinden, düşüncesizliğinden veya zor durumda olmasından faydalanarak, karşılıklı edimlerde açık orantısızlık yaratması durumudur. Bu durumda, zayıf tarafın menfaati zedelenir ve söz konusu sözleşme, dengesiz bir duruma yol açar. Ancak aşırı yararlanma için, menfaatin zedelenmesi tek başına belirleyici değildir; burada asıl önemli olan, yaratılan dengesizliğin ne düzeyde olduğu ve orantısızlığın ne kadar fazla olduğu meselesidir⁸⁷⁴. Aşırı yararlanma durumunda menfaati zedelenen taraf, iki seçimlik hakka sahiptir. Bu haklar, TBK m. 28/f.1'de düzenlenmiştir: Zarar gören taraf, sözleşme ile bağlı olmadığını bildirerek ediminin iadesini talep edebilir. Sözleşme ile bağlı kalarak, edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesini talep edebilir.

Bu seçimlik hakları kullanırken, zarar gören tarafın bu hakları deneyimsizliğini veya düşüncesizliğini öğrendiği andan itibaren, zor durumda kalma durumunun ortadan kalktığı andan itibaren bir yıl içerisinde kullanması gerekir. Bununla birlikte, sözleşme kurulumundan itibaren her halde bu hakları kullanmak için beş yıl içerisinde başvurulması gerektiği kabul edilmektedir (TBK m. 28/f.2).

Birinci hakta, zarar gören tarafın sözleşmeyi iptal etmesi mümkündür, yani taraflardan biri diğerine sözleşmeye bağlı olmadığını bildirerek sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. İkinci hakta ise, sözleşmeye bağlı kalmak suretiyle edimler arasındaki orantısızlığın giderilmesi sağlanabilir. Bu durumda, kısmi iptal söz konusu olabilir ve buna bağlı olarak ortaya çıkan boşluk, sözleşmeye uygun şekilde doldurulmalıdır⁸⁷⁵.

⁸⁷³ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 237.

⁸⁷⁴ Murat, Topuz, “Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar ve Ticaret Hukukunda Gabin (Aşırı Yararlanma)”, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan Özel Sayısı, (2006), s. 752; Faruk, Acar, “Müteselsil Alacaklılıkta Gabinin Etkisi”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004, s. 379.

⁸⁷⁵ Haluk Nami Nomer, “İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?”, Prof. Dr. M. İlhan Ulusan’a Armağan, Cilt 3, İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2016, s. 525; Haluk Nami Nomer, “Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest

Aşırı yararlanma durumu, Türk hukukunda ahlaka aykırılığın bir uzantısı olarak görülebilir⁸⁷⁶. Ancak, ahlaka aykırılık ile aşırı yararlanma eşdeğer kabul edilmemektedir. Ahlaka aykırılıkla karşılaştırıldığında, aşırı yararlanma için daha hafif yaptırımlar öngörülmüştür⁸⁷⁷. Bu durum, Türk hukukunda toplumsal düzenin korunması ve adil bir sözleşme dengesinin sağlanması amacı taşır.

Irak Medeni Kanunu (IMK), aşırı yararlanma durumunu doğrudan ele almasa da, sözleşmelerin geçerliliği ile ilgili genel düzenlemeler içerir. IMK m. 106 ve m. 113, bir tarafın diğerinin zor durumda olmasından faydalanarak orantısız yarar sağlamasını yasaklar ve böyle bir durumda sözleşmenin geçersiz olabileceğini belirtir⁸⁷⁸. Ayrıca, IMK m. 120, sözleşmelerdeki adaletsiz dengesizlikleri ve geçersizlik durumlarını düzenler, bu da aşırı yararlanma sonucu oluşan geçersizlik için bir zemin oluşturur. Irak hukukunda, sözleşmelerin taraflar arasında dengeyi sağlaması gerektiği ilkesi, aşırı yararlanma durumlarında geçersizliğe neden olabilecek bir unsur olarak kabul edilir.

3.5.7. İrade Oluşumuna İlişkin Bozukluklar

Hukuki işlemlerin geçersizlik nedenleri arasında, saikte yanılma, aldatma, hile, korkutma ve ikrah gibi irade oluşumuna ilişkin bozukluklar yer almaktadır. Saikte yanılma, irade ve beyanın birbirine uygun olduğu ancak irade beyanının yanılma sonucunda olduğu durumdur⁸⁷⁹. Sözleşme kurulumunda, gerçek saike uygun maddenin varlığı esastır; ancak, kural olarak saikteki yanılmalar esaslı yanılmalar olarak kabul edilmez ve sözleşmenin geçerliliğini etkilemez. Fakat, yanılan tarafın saikteki yanılmanın sözleşmenin temel niteliğinde olduğunu, yani bu yanılma olmasaydı sözleşmeyi yapmayacağını ileri sürebiliyorsa, bu durum esaslı yanılma olarak kabul edilir (TBK m. 32). Bu durumda, Türk Medeni Kanunu (TMK) m. 2 hükmüne uygun olarak, karşı tarafın da bu yanılmadan haberdar olması gerekir.

Aldatma, bir kişinin yanlış düşünceler oluşturmak suretiyle, gerçek durumu bilmiş olsaydı yapmayacağı bir hukuki işlem yapmasına yol açan bir durumdur⁸⁸⁰. Aldatılan taraf, saikte yanılma sonucunda ⁸⁸¹sözleşme yapmış olur⁸⁸². Bu durumda, aldatılan taraf hukuki

Midir?”, Prof. Dr. Hasan Erman’a Armağan, Der Yayınevi, Cilt I, Der Yayınevi, İstanbul, 2015, s. 639.

⁸⁷⁶ Vedat, Buz, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi, 4, (1998): s. 58.

⁸⁷⁷ Schwenzer, a.g.e., s. 269.

⁸⁷⁸ El-Bakrî, Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, s. 234.

⁸⁷⁹ Tahiroğlu/Erdoğan, a.g.e., s. 216;

⁸⁸⁰ Esener/Gündoğdu, a.g.e., s. 156; Eren, Genel Hükümler, s. 324; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 351.

⁸⁸¹ Üçüncü kişinin aldatması sonucu bir sözleşmeyi yapan taraf, sözleşmenin kurulduğu sırada karşı taraf aldatmayı biliyorsa veya bilecek durumdaysa sözleşmeyle bağlı olmaz (TBK m.36/f.2).

işlemi iptal edebilir ve sözleşmeyi geçersiz kılabilir. Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 36/f.2'ye göre, eğer üçüncü bir kişi aldatma eylemi gerçekleştirmişse, sözleşmeye taraf olan kişi, karşı tarafın aldatmadan haberdar olup olmadığına bakılmaksızın sözleşmeyi iptal edebilir. Eğer karşı taraf aldatmayı bilmemişse ve bilmesi gerekmiyorsa, sözleşme yalnızca temel hata varsa iptal edilebilir⁸⁸³.

Korkutma da, aldatma ve yanıltma gibi, bir kişinin hukuki işlemi iptal etmesine yol açabilir. Eğer bir kişi, karşı tarafın ya da üçüncü bir kişinin korkutması sonucunda sözleşme yapmışsa, sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir (TBK m. 37/f.1). Korkutma durumunda, aldatmadan farklı olarak, üçüncü kişi tarafından yapılan korkutmayı karşı tarafın bilmemesi, ya da bilmesi gerekmemesi, sözleşmenin geçerliliğini etkiler. TBK m. 37/f.2'ye göre, muhatap korkutmayı bilmemişse, bilecek durumda olmasa da korkutulan kişi sözleşmeyi iptal etme hakkını kullanabilir. Ancak, hakkaniyet gerektiriyorsa, karşı tarafa tazminat ödeme yükümlülüğü doğar (TBK m. 37/f.1-2).

Bu tür irade bozuklukları, sözleşmelerin geçersizliğine yol açabilmekte olup, Türk hukukunda, bu bozuklukların sözleşmelerin geçerliliğini etkilemesi ve hukuki sonuçlar doğurması sağlanmıştır.

⁸⁸² Esener/Gündoğdu a.g.e., s. 157; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 351; Nomer, Genel Hükümler, s. 97; Von Tuhr, Borçlar, s. 293.

⁸⁸³ Esener/Gündoğdu a.g.e., s. 157; Oğuzman/Öz, Genel Hükümler, C. 1, s. 351; Nomer, Genel Hükümler, s. 97; Von Tuhr, Borçlar, s. 293.

SONUÇ

Bu çalışmada Türk ve Irak hukukunda sözleşmenin kurulması hususu incelenmiştir. Hukuk sistemleri genel olarak temsil ilişkisinden dolayı oluşabilecek muhtemel haksızlıklar ve kargaşanın önlenmesi amacıyla belli kurallar koymuş, insanların bu kurallara uygun hareket etmelerini sağlamayı amaçlamışlardır. Türk ve Irak hukuk sistemlerinde de sözleşme ilişkisi bakımından kanun hükümlerini içermektedir. Genel olarak hukuk sistemlerinde sözleşmeler ve sözleşmelerin sınırlarına ilişkin olarak önemli oranda benzerlik arz etse de bazı hususlarda farklılıklar gösterebilmektedir. Bunun temel nedeni ise Türk ve Irak hukuk sistemlerinin farklı kaynaklara dayalı olarak oluşturulmasıdır. TMK ve TBK kaynağını İsviçre hukukundan alırken, IMK'nın kaynağı ise Mısır ve Fransız Medeni Kanunları ile İslam'ın genel kurallarına dayanmaktadır. Sözleşmeler konusunda da IMK'nın kaynağı Mısır ve Fransız hukuk sistemleri olmaktadır. Bunun yanı sıra İslami özel hukuk kuralları kodeksi olan Mecelle'de benimsenmiş olan hukuk sistematğine de birtakım atıflar yapılmıştır.

Türk hukuk sisteminden farklı olarak Irak hukuk sisteminde ayrı Borçlar Kanunu yoktur. Ancak Borçlar Kanunu düzenlemeleri IMK içerisinde yer almaktadır. Buna göre IMK'da 73-185 maddeler içinde sözleşmelere ilişkin hükümler düzenlenmiştir. Bunun yanında Irak İcar Kanunu'nda sözleşmelerin muhtevasına ilişkin bazı hükümler bulunmaktadır. Bu çerçevede TBK ve IMK'da kanunun öngördüğü sınırlar kapsamında sözleşmenin kurulması mümkün olabilmektedir.

Sözleşme borcun kaynakları arasında belki de en önemli kaynak olup, sadece borçlar hukukunda değil özel hukukun temel kavramları arasında da yer almaktadır. Sözleşme iki ya da daha fazla taraf arasında hukuki sonuç doğurması için birbirine uygun karşılıklı irade açıklamaları ile kurulan hukuki işlemi ve bunun ortaya çıkarmış olduğu hukuki ilişkiyi ifade etmektedir. IMK'da sözleşmeler irade beyanına göre kurulur. Sözleşme tarafların iradeleri ve güce dayandığı takdirde bu irade ilkesinin neticesidir. Sözleşmeye dayalı olan iradenin objektifliği sadece sözleşmenin imzalanması için değil, sözleşmenin toplanması ve sonuçlanmasını da içerir. Sözleşmenin unsurları olan tarafların rızası (irade beyanı-tarazi), sözleşmenin konusu (mevzuu-mehel) ve sebep sözleşmede bulunmalıdır (IMK m.77 vd.). Bu unsurlardan birinin eksikliği halinde sözleşmenin kurulması mümkün olmaz ve sözleşme geçersiz kabul edilir. Ayrıca Kanun'da açık şekilde sözleşmenin yazılı olarak yapılması öngörülüyor ise sözleşme yazılı olmalıdır. Kanun'da belirtildiği şekilde sözleşmenin yazılı yapılmaması halinde de sözleşme geçersiz olur. IMK'nın genel kurallarına göre sözleşmelerin konusu mevcut olmalı, belirli ya da belirlenebilir özellikte olmalıdır (IMK m. 126-130).

Bunun yanı sıra sözleşme konusu meşru olmalı. Sözleşmenin nedeni ise İMK’da tarafların sözleşme yapmaktaki amaçlarını ifade eder. İMK’ya göre, sözleşmedeki taraflardan biri neden unsuru olmaksızın veya hukuken kabul görmeyen veya kamu ahlakına veya kamu düzenine uygun olmayan bir nedenden dolayı yükümlülük altına girer ise sözleşme geçersizdir. Sözleşmede neden unsurunun açık olmaması veya zikredilmemesi halinde de aksine ispat olmadığında her yükümlülükte meşru bir neden olması zorunludur. Sözleşmede açık bir şekilde neden belirtilirse, buna aykırı bir ispat olmadığı sürece o neden gerçek neden olarak kabul edilmektedir (İMK m.132).

Sözleşme, TBK m. 1 hükmü uyarınca, tarafların karşılıklı iradelerinin birbirine uygun şekilde açıklanması ile kurulmaktadır. Bu irade açıklamaları Türk ve Irak hukukunda öneri ve kabul olarak nitelendirilir. Öneri ve kabul yazılı ve sözlü veya örfen kabul gören işaretleri ile yapılabilir. Bu hususta İMK’nın 79.maddesinde, *“Teklif ve kabul; sözlü, yazılı veya işaretle, halk arasında kabul görmüş anlaşma yöntemleriyle yahut yaygın adetlere göre veyahut rızasına şüphe uyandırmayacak her türlü yöntemle gerçekleştirilebilir”* hükmü yer almaktadır. Ayrıca kastedilen şeye delalet eden tavırlarla da yapılabilmesi mümkündür. İMK’nın 77.maddesinde *“Teklif ve kabul örfen sözleşme yapmak için kullanılan sözcüklerdir. Bu hususta ortaya atılan ilk söz teklif, ikincisi ise kabul sayılır”* ifadesi yer almaktadır. Burada İMK’nın sözleşmenin kurulması için gereken öneri ve kabul için sözcükleri örtülü bıraktığı görülmektedir. Türk hukukunda da öneri ve kabul açık ya da örtülü niteliğe sahip olabilir.

Öneri ve kabul hususunda İMK m. 77 vd. maddelerindeki genel kurallar uygulanmaktadır. Tarafların irade beyanları hem karşılıklı olmakta hem de zaman yönünden kural olarak birbirini takip ederler. Bununla beraber karşılıklılık, iradelerin aynı anda beyanı ifade etmez. Zaman yönünden ilk yapılan irade beyanı “öneri”, ikinci irade beyanı ise “kabul” olarak nitelendirilir (İMK m. 77).

Genel hükümler bakımından öneri konusunda TBK’da ise İMK’dan ayrı olarak bazı özel hükümler yer almaktadır. Sözleşmenin kurulması için uygun olmayan, diğer bir ifade ile sadece sözleşme görüşmesinin sürdürülmesi veya başlatılması amacıyla yapılan irade açıklaması, zamansal olarak önce gerçekleşmiş olsa da öneri niteliğini taşımamaktadır. TBK m. 4 hükmünde hazırlar arasında öneri karşı tarafça derhal, TBK m. 5 hükmünde ise hazırlar arasında olmayan öneri ise, usulüne uygun zamanında gönderilmiş olan cevabın ulaşmasına kadar kabul etmeye yetkili kılınmıştır. Bundan farklı olarak TBK m. 175/1 hükmünde alacaklıya dilediği zaman öneriyi kabul yetkisi tanınmıştır. Öneri niteliğine sahip olan bir

irade açıklaması yapan önerenin öncelikle bağlanma niyeti ile hareket etmesi, irade açıklamasında sözleşmenin esaslı noktalarına yer vermesi ve irade açıklamasının muhataba ulaştırılması gerekir. Bu koşulları sağlanması halinde öneri, belirli bir süre önereni bağlar, muhataba ise sözleşmeyi kurmak için son söz hakkını verir. Buna uygun olan önerinin kabulü ile kurulacak sözleşmenin geçerliliği için, bir diğer koşul ise sözleşmenin geçerlilik şekline uygun biçimde önerinin yapılmış olmasıdır.

Sözleşmenin kurulmasını temel bir ilke olarak düzenleyen TBK m.1/1 hükmünde, *"Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur"* ifadesi bulunmaktadır. Bu hükme göre, sözleşmenin kurucu unsurları olarak tarafların irade açıklamaları, bunların karşılıklı ve uygun olması şeklindedir. Görüldüğü üzere sözleşmenin kurucu unsurlarının ortak paydası irade açıklamaları olup, sözleşme kavramının merkezinde yer almaktadır. Sözleşmenin kurulabilmesi için tarafların irade açıklamalarının veya iradelerinin uyuşması gerekmektedir. İlk durumdaki uyuşma fiili olmaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin kurulabilmesi fiili uyuşma olmadan, güven ilkesi çerçevesinde irade açıklamalarının üstün tutulacak olan yorumla uyuşmasıyla da mümkün olabilmektedir. Bu durumda ortaya çıkan hukuki uyuşmadır. Hukuki uyuşma söz konusu olduğunda ise, iradesine uygun olmayacak şekilde sözleşme kurulan taraf yanılma hükümlerine başvurabilmektedir.

Kabul, IMK'nın genel hükümlerine göre öneri açıklamasına uygun biçimde sözleşmenin oluşmasına kesin olarak imkân veren, yöneltilmesi gereken tek taraflı irade açıklaması olmaktadır. İrade açıklamalarının karşılıklı olmasından dolayı öneri sahibine muhatabın kabul beyanını yöneltmesi gerekir. Aksi durumda karşılıklılık olmayacağından, sözleşme kurulamaz. Sözleşmenin kurulması bakımından zaman itibarıyla kabul ikinci irade beyanı olmaktadır (IMK m. 77/I).

Türk hukukunda ise kabul, açık veya örtülü irade açıklamaları ile yapılabilir. Açık kabul, öneri gibi ulaşması gerekli olan irade beyanı iken örtülü kabul, kabul iradesinin susma yoluyla veya bir irade faaliyetiyle ortaya konması şeklinde açıklanabilir. Susmanın kabul olarak nitelendirilmesi ise, mevcut koşulların güven ilkesi kapsamında kabul yorumuna izin vermelidir. TBK m.6 hükmünde susmanın örtülü kabul olarak sayılabileceği haller düzenlenmektedir. Bununla birlikte madde hükmünden anlaşıldığı üzere susmanın kabul olarak sayılabilmesi için, durumun gereğinden veya işin özelliğinden bu çıkarımın yapılabilmesinin mümkün olması aranmaktadır. Ancak tek başına işin özelliğinin bir kriter olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bunun yanı sıra durumun gereklerinin de susmanın örtülü kabul olarak değerlendirilebileceği anlaşılmalıdır.

Sözleşmelerde tarafların ehliyetine ilişkin olarak IMK'nın genel hükümleri uygulanır (IMK m. 93 vd.). İlke olarak IMK'da herhangi bir sözleşmede tarafların sözleşme kurma ehliyetine sahip olmaları gerekmektedir. Sözleşme ehliyeti bakımından tarafların reşit olması, ayırt etme gücüne olması ve hacir altına alınmamış olması gerekir. Tarafların birisi veya ikisi sözleşme ehliyetine sahip olmadığında ise sözleşme batıl yani geçersiz olmaktadır. Burada önemli husus, kişi sözleşmenin kurulduğu anda ehliyetine sahip olmalı, sözleşmenin kurulmasından sonra kişinin aklını kaybetmesi sözleşmenin geçerliliğine etkisi bulunmamaktadır. IMK'nın 97. maddesine göre *“Borçlu temyiz gücüne sahipse ama 18 yaşını doldurmadıysa; mecnun, sefih, akıldan noksan olmazsa ve velinin rızası olursa sözleşme kurulur, bu sözleşme de geçerli olur”*. Ayırt etme gücü bulunan küçüğün yapmış olduğu sözleşmenin geçerliliği için ise kanuni mümessillerinin sözleşmenin kurulmasından itibaren üç ay içerisinde muvafakati gerekmektedir (IMK m. 97/I). Muvafakat olmadığı takdirde sözleşme geçersiz, batıl olur.

Sözleşmenin kurulması, tarafların ehliyeti, temsil ve şekil gibi hususlarda TBK ve TMK'nın genel hükümleri uygulanır. TBK m. 12/1 hükmü gereğince, kanunlarda aksi öngörülmedikçe sözleşmelerin geçerli olması özel bir şekle bağlanmamıştır. TBK'nın genel hükümlerinde tarafların ehliyetine dair özel bir hüküm bulunmamaktadır. Fakat öğretide borcu yüklenenin fiili ehliyetine sahip olması gerektiği, alacaklının ise fiili ehliyeti yanında alacak üzerinde tasarruf yetkisinin bulunması gerektiği belirtilmektedir (TBK m. 46 vd.). IMK'da ise ehliyet konusunda hukuki işlemlerin tümünde uygulanabilecek bir genel kural koyulmadığı, taraflarda gerekli olan ehliyet koşullarının sözleşme tipine göre belirlendiği görülmektedir.

Sonuç olarak, Türk ve Irak hukuk sistemlerinin sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümlerinin genel olarak benzerlik gösterdiği, bazı hususlarda farklılıklar olduğu belirlenmiştir. Türk hukukunda sözleşmenin kurulması bakımından Irak hukukundan farklı olarak bazı özel düzenlemeler olduğu görülmüştür.

KAYNAKÇA

- Abd al-Majid al-Hâkim, *Medeni Hukukun Kısa Açıklaması, Borcun Kaynakları*, Al-Ahlia Basım ve Yayın Şirketi, Bağdat, 1967., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdel-Zaher Hussein, D. Mohamed, *Sözleşme Öncesi Aşamanın Yasal Yönleri*, Teknik Basım ve Yayıncılık Kurumu, Kahire, 2002., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdul-Baki el-Bekri,. al-Ahkam al-Madaniyya al-'Iraki, Irak Yüksek Eğitim ve Araştırma Bakanlığı yayını, Bağdat, 3. Baskı, 2. cilt , 1980., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdul-Baki el-Bekri,. Irak Medeni Kanunu'na Giriş, Al-Maktaba al-Qanuniyya “Hukuk Kütüphanesi”, Bağdat, 1989., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdul-Baki el-Bekri,. Irak Hukukunda Sözleşmeler ve Yükümlülükler, 8. Baskı, Matbaat el-Zehrâ', Bağdat, 2010., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdul Majid Al-Khoei, *Aloeciz Fi Alnızırıya Alaama Lileltizam Fi Alkanun*, Alogiz, Bagdad, 2008., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdülhamid, Miftâh Halîfe, *İnhâü'l-Akdi'l-İdârî, Dirâse Mukârane, Dâr'ül-Matbûât elCâmi'iyye*, İskenderiye, 2014., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdülkerim Daraji, *El-Vasît fi Şerh el-Kanun el-Medeni el-Iraki*, Cilt 2, Bağdat, 2015. (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdulmecid, İsmet, *Ihtılâlü't-Tevâzüni'l-İktisâdî li'l-Akd ve Devrü'l-Kâdî fî Mu'âlecetih, Dirâse Mukârane*, Risale Doktora, Mukaddeme ilâ Külliyyet'il-Hukuk ve's-Siyase, Câmîatü Bağdat, 1978, (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdülmecid İsmail, *Şerhü'l-Kanun el-Medenî el-Irakî – El-İltizamât el-Medeniyye*, C. 1, Bağdat 2015. , (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)

- Abdulvehhâb, Muhammed Rıfat, *Mebâdiü ve Ahkâmi'l-Kânuni'l-İdârî*, Menşûrâtü'l-Halebî el-Hukûkiyye, Lübnan, Beyrut, 2005. (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abdulwahid Hasan Tawfiq, Arap Medeni Kanunlarında Sözleşme Rızanın Kavramı", Arab Law Quarterly, Cilt 23, 3. Baskı, Bağdat , 2009. (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Abu Zehra, Şih Muhammed, El-Mülkiye ve Nazariye-Tül El-Akid, Neşir Mefsuat ElKaza Vel-Fıkıh Lil-Düvel El-Arabiye, Mısır, 2001., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Acar, Faruk, “*Müteselsil Alacaklılıkta Gabinin Etkisi*”, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2004.
- Akçaal, Mehmet, *Satıcının Zapttan Sorumluluğu*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Akhmetov, Z. “*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşmasına Göre Sözleşmenin Kurulması*” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, İstanbul, 2014.
- Akıncı, Şahin, *Borçlar Hukuku Bilgisi Genel Hükümler*, 14. Bası, Sayram Yayınları, Konya, 2024.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler – Özel Borç İlişkileri*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Akipek, Şebnem/ Küçükgüngör, Erkan, *Sözleşmeler Rehberi*. 2. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002.
- Akkanat, Halil, *Taşeronluk (Alt Müteahhitlik) Sözleşmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2000.
- Akkanat, Halil, *Türk Medeni Hukukunda İyiniyetin Korunması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Aksoy Dursun, Sanem, *Borçlar Hukukunda Hâkimin Sözleşmeyi Tamamlaması*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2008. (Eser “Borçlar Hukukunda Sözleşme” olarak kısaltılmıştır).
- Akyol, Şener, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* , Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.
- Akyol, Şener, *Üçüncü Şahsın İfayı Kendi Adına Talep Yetkisi*. Vedat Yayıncılık, İstanbul 2007. (Eser “Üçüncü Şahıs” olarak kısaltılmıştır).
- Akyol, Şener, *Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme*, Vedat Kitapçılık Basım Yayın Dağıtım, İstanbul 2008.

- Akyol, Şener, *Sözleşmenin Yorumu*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2010.
- Al-Dasouki, D. Muhammed İbrahim, *Müzakereleri Yönetmede ve Sözleşmelerin Sonuçlandırılmasında Yasal Yöner, Genel Araştırma İdaresi Yayınları*, Riyad, 1995.,
(Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Al-Jammal, D. Mustafa, *Taahhüt Arayışı*, 1. Baskı, Al-Halabi İnsan Hakları Yayınları, Beyrut, 2002., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Al-Hâkim, Abdülmecid. Borçlar Hukuku Açıklaması, Bağdat: Al-Ahlia, 1967., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Alûş, Sa'd, *Nazariyyetü'l-Müesseseti'l-Âmme ve Tatbikâtühâ fi't-Teşri'i'l-Irâkî*, Dirâse Mukârane, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Bağdat, 1968., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Altaş, Hüseyin, *Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- Altay, Sabah, Türk Borçlar Kanunu ve Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleyiniş Milletler Anlaşması(CISG) Uyarınca Hasarın Alıcıya Geçiş, Galatasaray Ün. Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 1, 2013.
- Altay, Sabah, Üçüncü Kişi Lehine Sözleşmelerin Hukuki Yapısı , *GÜHFD*, C. 3, 2009.
- Altunkaya, Mehmet, *Edimin Başlangıçtaki İmkansızlığı*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2005.
(Eser “İmkânsızlık” olarak kısaltılmıştır).
- Antalya, Osman Gökhan, “Geçerlilik Şekline Aykırılığın Yaptırımı ve Sınırları”, *Yargıtay Dergisi*, Cilt 18, Sayı 3, (1992).
- Antalya, Osman Gökhan/ *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. V/1, 1, 2. Bası, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019. (Eser “Genel” olarak kısaltılmıştır).
- Antalya, Osman Gökhan / Topuz, Murat, *Medeni Hukuk, Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, Legal Yayıncılık A. Ş., 2. Basıya Ek 1. Tıpkı Basım, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2017. (Eser “Medeni” olarak kısaltılmıştır).
- Aral, Fahrettin / Ayrancı, Hasan, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 11. Basım, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.
- Arat, Ayşe, *Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2006.
- Arslan, İ. Yılmaz, *Ticaret Hukuku*, Ekin Kitabevi, Bursa, 2005.

- Aslan, Yavuz Can, *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*. 1. Bası, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Ataay, Aytekin, *Borçlar Hukukunun Genel Teorisi*, 5. Bası, Der Yayınları, İstanbul, 1995.
- Atamer, Yeşim M., “Sözleşme Boşluklarının Hâkim Tarafından Doldurulması Sorununa İlişkin Düşünceler”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt: LXIII, Sayı: 1-2, (2005).
- Atamer, Yeşim M., *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi*, Beta Basım, İstanbul, 2001.
- Atar, Eray Aksın/Erzengin, Ertuğrul Doğan, "Mukayeseli Hukukta Standart Sözleşme Hükümlerinin Çatışması ve Bu Duruma Bağlanan Hukuki Sonuçlar", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, C. 26, S. 1, (2020).
- Ateş, Derya, *Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlaka Aykırılık*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2007.
- Ateş, Derya, “Sözleşme ilişkilerinin kurulmasında ve borç ilişkilerinde üçüncü kişi” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 151, (2020).
- Aubert Jean-Luc, *Notions et roles de l’offre et de l’acceptation dans la formation du contrat*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1970.
- Augner, Jörn, *Vertragsschluß ohne Zugang der Annahmeerklärung*, Frankfurt am Main - Bern - New York, 1985.
- Ayan, Mehmet, *Borçlar Hukuku (Genel Hükümler)*, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015. (Eser “Genel” olarak kısaltılmıştır).
- Aybay, Aydın, *Borçlar Hukuku Dersleri Genel Bölüm*, Filiz Kitabevi, Konya, 2016.
- Aydınlı, İbrahim, “Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi”. *Çalışma ve Toplum Ekonomi ve Hukuk Dergisi*, 1(16), (2008).
- Aydoğdu, Murat/Kahveci, Nalan, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2023.
- Ayhan, Rıza, “Teyit Mektubu”, *Journal of Istanbul University Law Faculty*, C.71, S. 2, (2014).
- Ayrancı, Hasan, “Sözleşme kurma zorunluluğu”, *AÜHFD*, C. 52, S. 3, (2003).

- Baş, Seda, “Bir Hukuki İşlemden Birden Çok Geçersizlik Nedeninin Bulunması ve Sonuçları”, *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.10, S.2, (2022).
- Baş Süzel, Ece, “Tüketici Hukukunda Sözleşme Kurma Zorunluluğu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 13, S. 167-168, (2018).
- Başpınar, Veysel, *Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı*, Adalet Matbaacılık, Ankara, 1998.
- Baştuğ, İrfan, *Borçlar Hukuku “Genel Hükümler*, İstiklal Matbaası, İzmir, 1977.
- Baysal, Başak, *Sözleşmenin Uyarlanması*, 4. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Bedrî, 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.,
(Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Belen, Herdem, *6098 Sayılı Borçlar Kanunu Genel Hükümler (Kısa Şerh): Sözleşmeden Doğan Borç İlişkileri, Borç İlişkisinin Hükümleri, (Bazı) Sona Erme Halleri*, Beta Basım, İstanbul, 2014.
- Bilgili, Fatih/Demirkapı, Ertan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 18. Baskı, Dora Yayınları, Bursa, 2024.
- Bridge, M. G., *International Sale of Goods*, Oxford, Oxford University Press, United Kingdom, 2013.
- Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, Schulthess, Zürich, 1988.
- Burgard, Ulrich, “Das Wirksamwerden empfangsbedürftiger Willenserklärungen im Zeitalter moderner Telekommunikation”, *Archiv für die civilistische Praxis*, B. 195, H. 1, 1995.
- Buz, Vedat, “Gabin Halinde Edimler Arasındaki Aşırı Oransızlığın Giderilerek Sözleşmenin Ayakta Tutulması”, *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, 4, (1998).
- Buz, Vedat, *Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar*, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2005.
- Ceburi, Mahmûd Halef, *el-Ukûdü’l-İdâriyye*, Matbaatü’t-Ta’lim el-Âlî fî Musul, Musul, 1989.
- Chantepie, Gaël/Latina, Mathias, *La réforme du droit des obligations: commentaire theorique et pratique dans l'ordre du Code Civil*, Dalloz, Paris, 2016.
- Cooter, R. “The cost of Coase”, *Journal of Legal Studies*, 11, (1982).

- Craswell, R. "Precontractual investigation as an optimal precaution problem", *Journal of Legal Studies*, 17, (1988).
- Çabri, Sezer, "Taşınmaz Satışında Satıcının Zapttan Sorumluluğu", *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, 22, (2016).
- Çekin, Mesut Serdar, "Borçlar Hukuku ile Veri Koruma Hukuku Açısından Blockchain Teknolojisi ve Akıllı Sözleşmeler: Hukuk Düzenimizde Bir Paradigma Değişimine Gerek Var mı?", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, 77(1), (2019).
- Çınar, Ömer, *Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kefilin Sorumluluğunun Sona Ermesi*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Çilenti Konuralp, Ayşen. *Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme*. 1.Bası, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2020.
- Demirsatan, Barış, "Satıcının Zapttan Sorumluluğunun Maddi Koşulları", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 22(1), (2020): 219-253.
- Dinç, Mutlu, *Türk Ticaret Kanunu Gerekçeli – Karşılaştırmalı*, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat, *Türk Özel Hukuku C. 1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanun'un Başlangıç Hükümleri*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Ekonomi, Münir, *Ferdi İş Hukuku, C.1*, 2.Bası, İstanbul Teknik Üniversite Matbaası, İstanbul, 1980.
- El-Hasan, Malik Dohan, Şerh ELkanun Elmedeni (Elnazariyetül Amme Fi Eliltizam), "Masadirül İltizam", I.Cüz, Bağdat 1963., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- El- Senhüri, Abdurlazzak Ahmet, EL-Vasit Şahr EL-Kanun EL-Medenî, C. VII, ELUkud EL-Varide Ale EL-AMEL, Akdül El-Vekâle, Mısır, 2006., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- El-Sanhuri, Vasît – Yeni Medeni Kanunun Şerhi, Genel Olarak Borçlar Teorisi, Cilt 1: Borcun Kaynakları, Dar al-Nahda al-Arabiya, Kahire, 1968.
- El-Serhan, Adnan İbrahim, EL-Avzaa EL-Zahira ve Meda Himayetiha Fil-Kanun ELMedenî EL-Iraki Ve'l Mukaren, Bağdat, 1986., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)

- Engel, Pierre, *Traité des obligations en droit suisse dispositions générales du CO*, Stämpfli Verlag AG, Berne, 1997.
- Engin, Baki İlkay, “*Aynı Alacağın Birden Fazla Kişiye Temlikinde Önceliğin Belirlenmesi Bakımından BK. 10 Hükmünün Bir İşlevi Var mıdır?*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2000.
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 12. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024. (Eser “Özel Hükümler” olarak kısaltılmıştır).
- Eren, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 29. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2024. (Eser “Genel Hükümler” olarak kısaltılmıştır).
- Eren, Fikret, *Mülkiyet Hukuku*, 8. Baskı, Legem Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Ergüne, Mehmet Serkan, “Reform Sonrası Alman Medeni Kanun’unda İmkânsızlık Halleri ve Sonuçları”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXII, S. 1-2, (2004).
- Ergüne, Mehmet Serkan, *Olumsuz Zarar*, Beta Basım Yayım, İstanbul, 2008.
- Ergüne, Mehmet Serkan, *Taşınır Mülkiyeti*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- İsam El-Fetlî, *El-İltizâmât – El-Masadir el-İradîyye*, Bağdat 2004. (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Esener, Turhan, “Borçlar Hukuku Sistemimize Göre Akitlerin İnikadında İtimat Prensibinin Ehemmiyeti”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 9, Sayı: 3, (1952): s. 166-197.
- Esener, Turhan, “Akitlerde Esaslı Noktalar ile İkinci Derecedeki Noktaların Tefriki Meselesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 16, Sayı: 1, (1959): s. 267-276.
- Esener, Turhan/Gündoğdu, Fatih, *Borçlar Hukuku 1: Sözleşmelerin Kuruluşu ve Geçerliliği (TBK m. 1- 48)*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (Eser “Sözleşmelerin Kuruluşu” olarak kısaltılmıştır).
- Ez-Zennün, Hasan Ali, *Elnazariye Elama Lililtizam (Masadir Eliltizam- Ahkam Eliltizam- İspat Eliltizam)*, Bağdat 1976., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)

- Faisal Kulthum, *Medeni Hukukta (sözleşmenin oluşumu)*, 1. baskı, Üniversite Araştırmalar, Yayıncılık ve Dağıtım Vakfı, Beyrut, 2000., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Fehmî, Ömer Hilmi, *Temyîzü'l-Akdi'l-İdârî, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye*, Kahire, 1993.
- Ferrari, Franco, *UN-Convention on the International Sales of Goods (CISG)*, Second Edition, Stefan Kröll/Loukas Mistelis/Pilar Perales Viscasillas (ed.), München Oxford, U.K. Portland, OR: C.H. Beck Hart Pub, 2018.
- Ferhat Canbolat, *Sözleşme Hukuku ve Eser Sözleşmesi*, İstanbul Teknik Üniversitesi Mezunları Birliği Vakfı Yayınları, İstanbul 2021.
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler C. 1, 2. Baskı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1976. (Eser “Genel Borçlar” olarak kısaltılmıştır).
- Feyzioğlu, Feyzi Necmeddin, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2, 2. Baskı*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977. (Eser “Borçlar” olarak kısaltılmıştır).
- Flume, Werner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*, 4. Auflage, Berlin Heidelberg, 1992.
- Gauch, Peter / Schulep, Walter R. / Emmenegger, Susan, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 2*, 10. Auflage, Zurich-Basel-Genf, 2014.
- Gauch, Peter/ Schulep, Walter R./ Schmid, Jörg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band 1*, 10. Auflage, Zurich-Basel-Genf, 2014.
- Gauch, Peter, *Der Werkvertrag*, 6. Auflage, ZürichBasel-Genf, 2019.
- Gezder, Ümit, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Gezder Ümit, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nda Sözleşmenin Kuruluşuna Dair Bazı Değişiklikler ve Yenilikler (YTBK m. 4; m. 7; m. 8)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi- Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı- Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan*, Legal Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Ghestin, Jacques/Loiseau, Grégoire/Serinet, Yves-Marie, *La formation du contrat*, LGDJ, Paris, 2013.
- Goetz, C./Scott, R., “The limits of expanded choice: an analysis of the interactions between express and implied contract terms”, *California Law Review*, 75, (1985).

- Gözler, Kemal, *Hukukun Temel Kavramları*, 14. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2017.
- Grossman, S./Hart, O., “The costs and benefits of ownership: a theory of vertical and lateral integration”, *Journal of Political Economy*, 94, (1986).
- Guhl, Theo/ Koller, Alfred/ Schnyder, Anton K./ Druey, Nicolas, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 9. Auflage, Zürich, 2000.
- Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Basi, C. I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2013.
- Mustafa Alper Gümüş, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Basi, İstanbul, Beta, 2021.
- Gürzumar, Osman Berat, *Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan Sistemlerin Hukuken Korunması*, Beta Basım, İstanbul, 1995.
- Gürzumar, Osman Berat, "Türk Medeni Kanunu'nun 5'inci Maddesi ve Özel Hukuk Uygulamasındaki Yeri", *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Erden Kuntalp'e Armağan, Cilt 1, Sayı 1, (2004).
- Gürzumar, Osman Berat, *Zorunlu Unsur Doktrinine Dayalı Sözleşme Yapma Yükümlülüğü*, Seçkin yayıncılık, Ankara, 2006.
- Güvenç, Özgür, *Sözleşmenin Kurulmasında İrade Açıklamalarının Yorumu*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2021.
- Haluk Tandoğan, *Borçlar Hukuku – Genel Bölüm*, 7. Basi, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2010.
- Hatemi, Hüseyin, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları*, Sulhi Garan Matbaası, İstanbul, 1976.
- Hatemi, Hüseyin, *Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları (Özellikle BK. 65 Kuralı)*, Gözden Geçirilmiş Doçentlik Tezi, Sulhi Garan Matbaası Kollektif Şirketi, İstanbul, 1976.
- Hatemi, Hüseyin, *Medeni Hukuk'a Giriş*, Gözden Geçirilmiş 8. Basi, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona/Arpacı, Abdülkadir, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, İstanbul 1992.
- Hatemi, Hüseyin / Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, 5. Basi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021. (Eser “Genel” olarak kısaltılmıştır).

- Havutçu, Ayşe, “Şekle Aykırılık Nedeniyle Geçersiz Hukuki İşlemlerin Tahvili”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı), Cilt 3, Sayı 1-4, (1987).
- Helvacı, Mehmet, *Borçlar ve Ticaret Kanunu Bakımından Para Borçlarında Faiz Kavramı*, İstanbul, 2000.
- Helvacı, İlhan, *Turkish Contract Law, Cham*, 2017.
- Huber, Peter/Mullis, Alastair, *The CISG: A New Textbook For Students And Practitioners*, Sellier, München, 2007.
- Huguenin, Claire, *Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil*, 3. Auflage, ZürichBasel-Genf, 2019.
- Hulü, Mâcid Râğıb, *el-Ukûdü'l-İdâriyye*, Matbaat'ül Camiyyei, 2007.
- İnal, Emrehan, *E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.
- İnan, Ali Naim/Yücel, Özge, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014. (Eser “Genel” olarak kısaltılmıştır).
- Kablan, Ali Abdülemir, *Eserü'l-Kânûnü'l-Hâs Ale'l-Akdi'l-İdârî, Zeynü'l-Hukûkiye*, C. 1, Baskı 2, Lübnan, 2014., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Kalkan, Burcu, *Türk Hukukunda Gabin*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Kanışlı, Erhan, *İsviçre-Türk Borçlar Hukukuna Göre Sözleşmenin Kurulmasında Yanılma*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2018.
- Kaneti, Selim, *Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili)*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1972.
- Kaplan, İbrahim, *Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi*, 2. Baskı, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- Karabağ Bulut, Nil, *Medeni Kanun'un 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi*, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., Birinci Baskı, İstanbul, 2014.
- Karahasan, Mustafa Reşit, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2004.
- Karakılıç, Hasan, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Ders Notları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

- Kaşak, Fahri Erdem, *Sözleşme Özgürlüğünün Sınırı Olarak Kanunun Emredici Hükümlerine Aykırılık*, 1. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul, 2019.
- Katz, A. “The economics of promissory estoppel in preliminary negotiations” *Yale Law Journal*, 105, (1996).
- Katz, A., “The strategic structure of offer and acceptance: game theory and the law of contract formation”, *Michigan Law Review*, 89, (1990).
- Katz, A., “Transaction costs and the legal mechanics of contract formation: when should silence in the face of an offer be construed as acceptance?”, *Journal of Law, Economics, and Organization*, 9, (1993).
- Katz, A., “Your terms or mine: the duty to read the fine print in contracts”, *RAND Journal of Economics*, 21, (1990).
- Kaya Kızıllırmak, Cansu, *Kefalet Sözleşmesinin Kendine Özgü Sona Erme Halleri*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Kayar, İsmail, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler-Özel Borç İlişkileri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- Kayihan, Şaban, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Kılıçoğlu, Ahmet, M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 26. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2023. (Eser “Genel” olarak kısaltılmıştır).
- Kırkbeşoğlu, Nagehan, *Türk Özel Hukukunda Kısmi Hükümsüzlük*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Kocabaş, Gediz, Üçüncü Kişi Yararına Sözleşmede Yararlananın Edimi Ret Hakkı. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi (Cevdet Yavuz'a Armağan Özel Sayısı). İstanbul, C. 22, (2016): s. 1798.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Güven Nazariyesi Karşısında Borç Sözleşmelerinde Hata Kavramı*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968. (Eser “Hata” olarak kısaltılmıştır).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, *Değişik Kısmi Hükümsüzlük ve Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük Kavramları ile ilgili Düşünceler*, Prof. Dr. Selim Kaneti'ye Armağan, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1996. (Eser “Kısmi Hükümsüzlük” olarak kısaltılmıştır).
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip/ Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdülkadir, *Birinci Cilt, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme,*

- Yenilenmiş Genişletilmiş Tamamlanmış Dördüncü Bası'dan Yedinci Tıpkı Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017. (Eser "Sözleşme" olarak kısaltılmıştır).
- Köksal Kocaağa, "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 21, S. 79, 2008.
- Koller, Alfred, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 4. Auflage, Bern, 2017.
- Kostakoğlu, Cengiz, *Banka kredileri tüketici ve konut kredileri ile kredi kartlarından doğan uyumsuzluklar: itirazın iptali ve menfi tesbit davaları*, Beta Basım, İstanbul.
- Kötz, Hein, *Europäisches Vertragsrecht*, 2. Auflage, Tübingen, 2015.
- Kuntalp Erden/Barlas Nami/Ayanoğlu Morali Ahu/Çavuşoğlu Işıntan Pelin/İpek Mehtap/Yaşar Mert/Koç Sedef, *Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler*, Beta Basım, İstanbul, 2005.
- Kurşat, Zekeriya, *Borçlar Hukuku Alanında Hile Kavramı*, Kazancı, İstanbul, 2003.
- Kurşat, Zekeriya, *İnşaat Sözleşmesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2017.
- Kurt, Leyla Müjde, *Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkânsızlık (TBK m.136)*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2016.
- Kuru, Baki, *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2013.
- Kuru, Baki, *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış Medeni Usul Hukuku*, Yetkin Yayınları, Ankara, Kasım, 2018.
- Larenz, Karl/Wolf, Manfred. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, München 2004.
- McKendrick Ewan, *Contract Law*, Palgrave, London, 2015.
- McKendrick Ewan, *Contract Law: Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, Oxford, U.K., 2012.
- Morcos, Soliman/ Farag, Wadie, (Terc. Coşkun Üçok), "Yeni Mısır Medeni Kanun'u (Kaynakları, Vasıfları ve Gelecek İçin Vadettiği İmkanlar)", *AÜHFD*, (10)1, (1953): 742-754.
- Moroğlu, Erdoğan, *Anonim Ortaklıkta Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü*, Güncellenmiş ve Genişletilmiş 8. Baskı, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul, 2017.

- Müller, Christoph, Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht Allgemeine Bestimmungen Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Bern, 2018.
- Müslümani, Muhammed 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-Fikrû'l-Câmi'î, İskenderiye, 2017.
- Nomer, Haluk Nami, "Sözleşmedeki Esaslı Bir Nokta, Özellikle Karşılıklı Borç Doğuran Akitlerde İvazın Miktarı Belirlenmeksizin Sözleşme Kurulabilir Mi?." *Journal of Yaşar University*, 8.Özel Sayı, (2013).
- Nomer, Haluk Nami, "Aşırı Yararlanma (Gabin) Halinde Sömürülen, Kendisine Tanınan Haklardan Dilediğini Seçmekte Tamamen Serbest Midir?", Prof. Dr. Hasan Erman'a Armağan, Cilt I, Der Yayınevi, İstanbul, 2015.
- Nomer, Haluk Nami, "İrade Sakatlıklarında Kısmi İptal Mümkün Müdür?", Prof. Dr. M. İlhan Ulusan'a Armağan, *İstanbul Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.3, (2016).
- Nomer, Haluk Nami, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Baskı, İstanbul: Filiz Kitabevi, 2024.
- Oğuzman M. Kemal, *Hizmet "İş" Akdinin Feshi*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1955.
- Oğuzman M. Kemal/Barlas, Nami, *Medeni Hukuk*, 30. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2024.
- Oğuzman M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay-Özdemir, Saibe, *Eşya Hukuku, Zilyetlik-Tapu Sicili, Taşınmaz ve Taşınır Mülkiyeti, Kat Mülkiyeti, Sınırlı Ayni Haklar*, 13. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2011. (Eser "Eşya Hukuku" olarak kısaltılmıştır).
- Oğuzman M. Kemal / Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1*, 22. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024.
- Oğuzman M. Kemal / Öz, M. Turgut, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 2*, 19. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2024. (Eser "Borçlar Genel" olarak kısaltılmıştır).
- Oktay, Saibe, "İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşluklarının Tamamlanması", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 55, S. 1-2, (1995-1996).
- Oser Hugo/Schönenberger Wilhelm, *İsviçre Medeni Kanun'u Şerhi: Borçlar Hukuku İkinci Kısım (Madde 41-109)*, Çev. Recai Seçkin, Yeni Cezaevi Basımevi, Ankara, 1950.
- Öğüz, Tufan, "Türk Borçlar Kanunu'nun Sözleşmelerin Geçersizliğine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, *Marmara Üniversitesi Hukuk*

Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Özel Hukuk Sempozyumu Özel Sayısı, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi Sempozyumu (3-4 Haziran 2011), Sempozyum No: III, (2011).

Özbilen, Arif Barış, *Sözleşmelerin Şekli ve Şekil Yönünden Hükümsüzlüğü*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.

Özen, Burak, *6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.

Özen, Burak, *Kredi Açma Sözleşmeleri*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017. (Eser “Kredi Açma” olarak kısaltılmıştır).

Özen, Burak, “İradeyi Gösteren Fiillerle Kredi Açma Sözleşmesinin Kurulması”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* – Prof. Dr. Özer Seliçi Anısına Armağan, Cilt: 11, Sayı: 145-146, (2016).

Özer, Mustafa Tolga, *Medeni Hukukta Hata Kavramı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.

Pawlowski, Hans-Martin, *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärung: Amts- und Parteiniichtigkeit von Rechtsgeschäften. Zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht*, 57. cilt/Göttinger rechtswissenschaftliche Studien, ISSN 0436-127X., 1966.

Peksöz, Vildan, *Medeni Usul Hukuku Açısından Adi Ortaklık İlişkileri*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

Reisoğlu, Safa, *Türk Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 25. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

Rouiller, Nicolas, *Die widerrechtliche Vertrag: die verbotsdurchsetzende Nichtigkeit*, Stämpfli Verlag, Bern, 2002.

Sağlam, İpek, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması Uyarınca Sözleşmenin Kurulması (CISG m. 14- 24)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.

Sarı, Suat, *Vekâlet Sözleşmesinin Tek Taraflı Olarak Sona Erdirilmesi*, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2004.

Sarıkaya, Murat, *Sözleşmenin Yorumu*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2019.

- Samiha El-Qadhi, *El-Medhal ila'l-Kanun el-Medenî el-Irakî*, Bağdat 2018. (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Savaş, Abdurrahman, *İnternet Ortamında Yapılan Sözleşmeler*, Adal Ofset, Konya, Temmuz, 2005.
- Saymen, Ferit Hakkı, *Türk İş Hukuku*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1954.
- Saymen, Ferit Hakkı, / Elbir, Halid K., *Türk Borçlar Hukuku I Umumi Hükümler C. 1*, İsmail Akgün Matbaası, İstanbul, 1966.
- Schultz, Rob, “Rolling Contract Formation Under the UN Convention On Contracts for The International Sale of Goods”, *Cornell International Law Journal*, Cilt: 35, Sayı: 1, (2001-2002).
- Schroeter, Ulrich G., *Schlechtriem&Schwenzer: Commentary On The UN Convention On The International Sale Of Goods (CISG)*, Ingeborg Schwenzer (ed.), Oxford University Press, New York, 2016.
- Schwarz, Andreas B. *Borçlar Hukuku Dersleri, I. Cilt*, Çeviren: Bülent Davran, Kardeşler Basımevi, İstanbul, 1948.
- Schwenzer, Ingeborg, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil*, 7. Auflage, Stampfli Verlag, 2016.
- Seliçi, Özer, *Borçlar Kanuna Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi*, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1977.
- Selin Sert Sütçü, *Viyana Satım Sözleşmesinde (CISG) İfa Engelleri ve Sonuçları*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Senhûrî Abdürrezzâk, *el-Vesît fi'l-Kânûni'l-Medenî, b. 2*, Dâr el-Nehdatü'l-Arabiyye, Kahire, 1964., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Senhûrî, Abdurrezzak, *el-Vesît fi Şerhi'l-Kânûni'l-Medenî, c. 1*, Menşurat el-Halebî elHukûkiyye, Beyrut, Lübnan, 1998., (Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.)
- Serozan, Rona, *Borçlar Hukuku Özel Bölüm*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2006.
- Serozan, Rona/Engin, Baki İlkay, *Miras Hukuku*, 9. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2024.
- Serozan, Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm Üçüncü Cilt*, Filiz Yayıncılık, İstanbul 2014.
- Serozan, Rona, *Eşya Hukuku I*, 3. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014.

- Serozan, Rona, *Borçlar Hukuku Genel Bölüm*, C. 3, İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, 8. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Serozan, Rona, *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 8. Basım, Legal Kitabevi, İstanbul, 2018. (Eser “Medeni Hukuk” olarak kısaltılmıştır).
- Sirmen, Lale, *Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2017.
- Smiths, Jan M. “Convergence of New Private Law in Europe: Towards a New Ius Commune?” in *Comparative Law Handbook: A Handbook* (Eds. Örüçü E./Nelken, D.), Oxford: Hart Publishing, Oxford, 2007.
- Suvâdî, Abdülbaki Muhammed, *Akdü't-Tevrîd Tabî'atuhu ve Âsâruhu fî Dav'i't-Tahtîti'lİktisâdî*, Risale Doktora, Mukaddime ilâ Külliyyet'il Hukuk ve's-Siyase, Câmîat'ü Bağdat, 1982.
- Suvar, Muhammed Vahideddin, *Şerh'L Kanun El-Medenî, El-Nazariye ElAmme Lil-İltizam, Masadir El-İltizam*, C. I.
- Süleyman Yılmaz, *Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'na (CISG) İlişkin Bazı Meseleler*, Ankara: Yetkin, 2020.
- Şeker, Muzaffer, “Şekil Noksanı Nedeniyle Sözleşmenin Hükümsüzlüğünden Kaynaklanan Sorumluluk Halleri ve Zararın Tazmini”, *Legal Hukuk Dergisi*, Sayı 61, (2008).
- Şeker, Muzaffer, *Yazılmamış Sayılma*, On İki Levha Yayıncılık A. Ş., İstanbul, 2015.
- Şelmânî, Miftâh Halîfe Hamed Muhammed, *el-Ukûdü'l-İdâriyye ve Ahkâmü İbrâmihâ, Dâr'ülMatbûât el-Câmi'iyye*, İskenderiye, 2008.
- Şenyüz, Doğan, *Borçlar Hukuku Genel ve Özel Hükümler*. 9. Baskı, Ekin Yayınları, Bursa 2018.
- Taha Emin, *Şerhu'l-Kanûn el-Medenî el-İrâkî: Mesâdirü'l-İltizâm*, Bağdat, 1985. ., (*Kaynağın orijinal dili Arapça olduğu için, metinde Türkçeye uygun kısaltma biçimleri tercih edilmiştir.*)
- Tahiroğlu, Bülent/Erdoğan, Belgin, *Roma Hukuku Dersleri, Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Usul Hukuku*, 13. Basım, Der Yayınları, İstanbul, 2019.
- Tandoğan, Haluk, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri C, I/1*, 6. Baskı, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2008.
- Taşatan, Caner, *Sözleşmenin Kurulması*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2021.
- Taşkın, Zeynep Damla, *Sözleşmenin Kurulması*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.

- Tercier, Pierre/Pichonnaz, Pascal/Develioğlu, H. Murat, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Tekelioğlu, Numan, “Mecelle’de ve Türk Borçlar Kanunu’nda Satış Sözleşmesinin Kurulması ve Unsurları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C: 25, S: 2, (2017).
- Tekil, Fahiman, “*Yokluk, Hükümsüzlük ve İptal Edilebilirlik Sorunları*”, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, Beta Yayıncılık, İstanbul 2000.
- Tekinay, Selahattin Sulhi / Akman, Sermet / Burcuoğlu, Haluk / Altop, Atilla, *Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 8. Bası, Filiz Kitapevi, İstanbul, 2021. (Eser “Genel” olarak kısaltılmıştır).
- Tekinay, Selahattin Sulhi, *Eşya Hukuku*, 5.Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1989.
- Topuz, Murat, “Yargıtay Kararları Işığında Türk Borçlar ve Ticaret Hukukunda Gabin (Aşırı Yararlanma)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Doç. Dr. Mehmet Somer’in Anısına Armağan Özel Sayısı, (2006).
- Tunçomağ, Kenan, *Türk Borçlar Hukuku, Cilt 1: Genel Hükümler*, 6. Basım, Sermet Matbaası, İstanbul, 1976.
- Tunçomağ, Kemal/Centel, Tankut, *İş Hukukunun Esasları*, 2. Basım, Beta Basımevi, İstanbul 1999.
- Turan Başara, Gamze. “Türk Borçlar Kanunu’yla Getirilen Yeni Bir Müessese: Borca Katılma”. *AÜHFD*. C. 63, S. 2, (2014).
- Uyumaz, Alper, “Elektronik Sözleşmelerin Web Siteleri Aracılığıyla Kurulması ve Bu Sözleşmelerin İfası”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*. C. 9, (2007).
- Ünal, Mehmet/Başpınar, Veysel, *Şekli Eşya Hukuku*, 5. Baskı, Yetkin Hukuk Yayınları, Ankara, 2010.
- Ünal, Akın, *Kelepçeleme Sözleşmeleri*, Adalet Yayınları, Ankara, 2012.
- Ünan, Samim. *Türk Ticaret Kanunu Şerhi Altıncı Kitap: Sigorta Hukuku*, Cilt 1, Birinci Kısım: Genel Hükümler (Madde 1401- 1452), On iki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- von Tuhr, Andreas. *Borçlar Hukuku Cilt 1-2*. Çev. Cevat Edege, Olgaç Matbaası, Ankara 1983. (Eser “Borçlar” olarak kısaltılmıştır).

- von Tuhr, Andreas/Peter Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I (mit Supplement), 3. Auflage, Zürich 1984. (Eser “Genel” olarak kısaltılmıştır).
- Vüheybî, Abdullah, el-Kavâidü'l-Münazzama li'l-Ukûdi'l-İdâriyye ve Tatbîkâtühâ fi'l 2 Sayılı 2008 Yılı Irak Resmi Sözleşmeler Yürütme Yönergeleri.
- Werner, Flume, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, BerlinHeidelberg, 1992.
- Williamson, O. “Transaction–cost economics: the governance of contractual relations”, *Journal of Law and Economics*, 22, (1979): 233-262.
- Yasser Al-Serafi, *Sözleşmenin Oluşumunda Hakimin Rolü*, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Kahire, 2002.
- Yavuz, Cevdet/Acar, Faruk/Özen, Burak, *Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler*, 9. Bası, Seçkin Yayıncılık, İstanbul, 2014.
- Yavuz, Nihat, *Borçlar Hukuku El Kitabı*, 2. Bası , Adalet Yayınevi, Ankara, 2024.
- Yeniocak, Umut, *Franchise Sözleşmeleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2016.
- Yıldırım, Abdulkerim, *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2016.
- Yılmaz, Ejder, *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, C. 1*, 3. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Zana Seror ABDULKHAHEQ, Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmelerin Kurulması: Irak Sözleşme Hukuku ile İngiliz Sözleşme Hukuku Arasında Karşılaştırma, Nera East Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Hukuk Yüksek Lisans Programı, Yüksek Lisans Tezi, Nicosia, 2016.
- Zevkliler, Aydın/Ertaş, Şeref/Havutçu, Ayşe/Aydoğdu, Murat/Cumalıoğlu, Emre, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler ve Özel Borç İlişkileri*, Barış Yayınları Fakülteler Kitabevi, İzmir, 2013. (Eser “Genel” olarak kısaltılmıştır).
- Zevkliler, Aydın/Gökyayla, Emre, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi Yayınları, Ankara, 2018. (Eser “Özel” olarak kısaltılmıştır).

İnternet Kaynakları

4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.4721.pdf>, Erişim Tarihi: 15.07.2022.

4735 Sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.4735.pdf>, Erişim Tarihi: 19.07.2022.

6102 Sayılı Türk Ticaret Kanunu, <https://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102-20130328.pdf>, Erişim Tarihi: 22.07.2022.

<https://www.resmigazete.gov.tr/>, Erişim Tarihi: 15.09.2022.

Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, www.legalbank.net, Erişim Tarihi: 19.08.2022.

Yürürlükte olan 1951 tarihli ve 40 sayılı Irak Medeni Kanun'u

40 sayılı 1951 tarihli Değiştirilmiş Irak Medenî Kanun'u

<http://www.uyap.gov.tr> Erişim Tarihi: 01.08.2022.

CISG Metni, <https://cisg.bilgi.edu.tr/tr/sayfa/cisg-metni/>, Erişim Tarihi: 10.08.2022.

Lexpera Hukuk Bilgi Sistemi, <https://www.lexpera.com.tr/>, Erişim Tarihi: 18.08.2022.

ÖZGEŞMİŞ

Adı ve SOYADI	Zmnako MOHAMMED SHARI
	EĞİTİM DURUMU
Mezun Olduğu Lise	Roshinbeer
Lisans Diploması	Sülaymaniyah Üniversitesi
Yüksek Lisans Diploması	Cairo Üniversitesi
Tez Konusu	TÜRK VE IRAK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN KURULMASI
Yabancı Dil	Diller Arabaça, Türkçe, A2 seviye İngilizce.
	İŞ DENEYİMİ
Çalıştığı Kurumlar	Human Development Üniversitesi