

İÇİNDEKİLER

MAKALELER

- 2** RTÜK UYUŞMAZLIKLARINDA DANIŞTAY'IN LEHE KANUN UYGULAMASI
Av. Melih AKKURT, LL.M.
- 5** FAHİŞ CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ
Dr. Sheida JAVADKHANI
- 17** KEFALET SÖZLEŞMELERİNDE EŞİN RIZASI
Av. Gamze KILDIR, LL.M.
- 54** SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI
Av. Mehmet Batuhan YÜCEL
- 117** İDARİ YAPTIRIMLARIN GÖRÜNÜMLERİ OLARAK İDARİ TEDBİR VE İDARİ CEZA KAVRAMLARINA HUKUKİ BİR BAKIŞ
Stj. Av. Hüsniye Ceren GEDİK



RTÜK UYUŞMAZLIKLARINDA DANIŞTAY'IN LEHE KANUN UYGULAMASI

Av. Melih AKKURT, LL.M.

Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarına dayanarak, Anayasanın 38. maddesinde öngörülen temel ceza hukuk güvenceleri idari cezalarda da zorunlu görülmektedir. Diğer taraftan, AIHM ölçütlerine göre muhatapları üzerinde önemli etkileri ve sonuçları olan idari cezaların AIHS'nin Adil Yargılanma başlıklı 6. maddesiyle de güvenceye alınmıştır.¹

Çeşitli ölçütleri göz önünde bulundurarak idari yaptırımlar idari tedbirler ve idari cezalar olarak ikiye ayrılır. Bir ölçüt idari yaptırımları muhatapları üzerinde bıraktığı etkinin ağırlık-hafifliğine göre ayırmaktadır. Örneğin çevreyi kirletmenin 100tl'lik cezasını, bir ticari şirketin 6 ay süresiyle ihalelerden yasaklama cezasından ilgilinin üzerinde çok daha hafif bir etki bırakmakta olup, idari tedbir olarak değerlendirilmektedir. Diğer bir ölçüt yaptırımların temel amaçlarına göre ayırım yapmaktadır. Burada yapılan yasa ihlalinin kamu düzenini bozmaya sebep olduğu veya spesifik bir idari kurumun düzeninin bozulmasına yönelik olması söz konusu olduğuna göre ayırım yapmaktadır. Bu ölçüte göre örneğin, trafik ihlalleri sonucunda sürücünün ehliyetine el konulması her ne kadar ağır bir ceza olsa da kamu düzeninin ihlaline sebep olduğundan idari cezalar kapsamında olup, buna karşılık işe sürekli olarak geç kalmaktan dolayı maaştan kesmek, kamu düzenini değil de, memurun görev yaptığı idarenin düzenini korumak için verilen bir ceza olduğundan idari tedbirler ayırımına tabi tutulmaktadır.²

Ceza niteliği ağır basan idari yaptırımlara suç ve cezaların yasallığı (kanunilik), suç ve cezaların geçmişe yürümezliği, lehe kanun uygulaması, kuşkudan sanık yararlanır ilkesi, savunma hakkına mutlak riayet, soruşturma yapılmadan ceza verilmeme gibi suç ve cezalara ilişkin temel anayasal güvencelerin prensip olarak uygulanmaktadır.

Ceza hukuku kökenli bir ilke olan ancak zaman içinde hukukun tüm dallarında geçerli bir ilke olarak benimsenen lehe olan hükmün uygulanması ilkesi; işlendiği zamanın hukuki normları uyarınca suç sayılan bir fiilin sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile suç olmaktan çıkarılmış bulunması veya sonradan yürürlüğe giren düzenleme, suçun işlendiği zaman mevcut olan düzenlemeye göre suçlunun lehine sonuçlar doğurması durumunda, failin lehine olan sonraki normun daha önce işlenmiş olan fiillere uygulanmasını öngörmektedir.³

¹ AKKURT, Melih/JAVADKHANİ, Sheida, İdari Yaptırımlara Egemen Olan İlkeler, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 9.

² AKKURT, Melih/JAVADKHANİ, Sheida, age., s. 9.

³ Danıştay 5. Dairesi 29.06.2017 tarih ve E: 2016/23101, K: 2017/19371 sayılı kararı.

Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin bu maddesinde, "geçmişe yürüme yasağı", "lehe hükmün geçmişe yürümesi" ve "derhal uygulanma" olmak üzere üç ilke yer almaktadır.

Kabahatler Kanunu'nun "*Zaman Bakımından Uygulama*" başlıklı 5. maddesinin (1) numaralı fıkrasında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerinin kabahatler bakımından da uygulanacağı belirtilmiş, maddede gönderme yapılan 5237 sayılı Kanun'un "*Zaman Bakımından Uygulama*" başlıklı 7. maddesinin (2) numaralı fıkrasında "*Suçun işlendiği zaman yürürlükte bulunan kanun ile sonradan yürürlüğe giren kanunların hükümleri farklı ise, failin lehine olan kanun uygulanır ve infaz olunur.*" hükmüne yer verilmiştir.

RTÜK uyuşmazlıkları kapsamında tesis edilen idari işlemler incelendiğinde, program yayını durdurma işleminin infaz edilmemiş olması gerektiği görülmektedir.

Nitekim **Danıştay 13. Dairesi 15.12.2014 tarih ve E: 2014/4456, K: 2014/4278** sayılı kararında; "...yayın durdurma idari yaptırımını infaz edilmişse, bu işlemin geri alınma imkanı kalmayacağından ve tekrar idari yaptırım uygulanması sonucu doğacağından bu hususun göz önüne alınması zorunludur. Davalı idarenin beyanında anlaşıldığı üzere, uyuşmazlığa konu programda yer alan görüntüler sonucu tesis edilen yayın durdurma cezası davacı şirket hakkında uygulanmıştır. Dolayısıyla, dava konusu işlemin iptali yolundaki mahkeme kararının uygulanması halinde, 6112 sayılı Kanuna göre idari para cezası verilmesi zorunluluğu ortaya çıkacaktır. Bu husus ise ceza hukukunun "bir fiile iki ceza verilemez" ilkesine aykırılık oluşturur." gerekçesiyle karar vermiştir. **Danıştay 13. Dairesi'nin 24.12.2013 tarih ve E: 2013/1280, K: 2013/3888** sayılı kararı da benzer yöndedir.

Görüldüğü üzere lehe kanun uygulanması idari yaptırımlara uygulanan diğer bir ilke olan "bir fiile iki ceza verilemez" ilkesi uyarınca uygulama alanı bulamamaktadır.



FAHİŞ CEZAI ŞARTIN İNDİRİLMESİ

Dr. Sheida JAVADKHANI

GİRİŞ

Borçlar Kanunu'nun 182. maddesine göre, sözleşmenin tarafları cezai şartın tutarını belirlemekte özgürdür. Bu hüküm irade serbestliği ve sözleşme özgürlüğü ilkelerine dayalıdır⁴. Ceza, yasaya ya da ahlaka aykırı bir borcu teyit için şart edilmiş ya da aksine sözleşme olmadığı halde borcun ifası borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir durum nedeniyle olanaksız hale gelmişse şart edilen cezanın ödenmesi istenemez. Maddenin üçüncü ve aynı zamanda son fıkrasına göre yargıç, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükelleftir. Maddenin ilk fıkrası tarafların sözleşme özgürlüğünü kural olarak öngörmüş ancak maddenin üçüncü fıkrasında sözleşme özgürlüğü sınırlanarak yargıca sözleşme ilişkisine müdahale yetkisi tanınmıştır. Maddenin ikinci fıkrası ise cezai şartın borcun ferilerinden biri olduğunu göstermektedir. Çalışmamızın konusu fahiş cezai şartın tenkisi olduğundan maddenin ikinci fıkrası incelemenin dışında kalmaktadır.

I. Cezanın İndirilmesinin Kısmi Butlandan Farkı

Cezai şartın miktarının yüksekliği, her zaman bunun indirime tabi olduğu anlamına gelmez. Bazı durumlarda cezai şart, yargıcın kararına gerek kalmadan tümünden ya da kısmen geçersizdir, yani yargıcın kararı geçersizlik durumunda yenilik doğurucu değildir; ama 161/3'te yargıca tanınan sözleşmeye müdahale yetkisi gereği tenkise gidildiğinde tenkis kararı yenilik doğurucu nitelik taşır. Cezai şartın hangi durumda tümünden ya da kısmen geçersiz olduğu Borçlar Kanunu'nun 20. maddesine göre belirlenir. Söz konusu maddeye göre, bir sözleşmenin konusu olanaksız ya da hukuka ya da ahlaka aykırı olursa o sözleşme geçersizdir. Sözleşmenin içerdiği koşullardan yalnız bir kısmının geçersizliği sözleşmeyi tümünden geçersiz kılmayıp yalnız şart geçersiz olur.

Fakat bunlar olmaksızın sözleşmenin yapılmayacağı anlaşılırsa sözleşmenin tamamı geçersiz sayılır. Öyleyse cezai şart ahlaka aykırı görülecek kadar yüksek tutarda kararlaştırılmışsa kısmen ya da tamamen geçersiz olacaktır. Ancak cezai şart ahlaka aykırı olmayıp fazla yüksek görülürse tenkis edilir. Ancak takdir edilmelidir ki bu ikisi arasında sınırı belirlemek ve üstelik sözleşme özgürlüğünü fazla kısıtlamadan bunu yapmak kolay değildir. Bu nedenle aşağıda ele aldığımız gibi değiştirilmiş kısmi butlan kuramına başvurmak belki de bu sorunları giderecektir.

⁴ EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2015, s. 1188; YÜCEL, Özge, Fahiş Cezai Şartın Tenkisi, http://www.turkhukuk sitesi.com/makale_1542.htm, E. T. 10/04/2017.

II. Tenkisin Koşulları

A. Geçerli ve Gerçek Bir Cezai Şartın Bulunması

Cezai şartın tenkis edilebilmesi için öncelikle gerçek anlamda ve geçerli olarak bir cezai şartın taraflar arasında kararlaştırılmış olması gerekir⁵. Buna karşılık gerçek anlamda bir cezai şart olmayan dönme cezasının indiriminin istenemeyeceği ileri sürülmektedir; ancak Serozan'a göre dönme cezası da indirimle bağlı tutulabilir. Kanımızca da 161/3'ün örneksenerek uygulanması olanaklıdır; dönme cezasının indirilmemesi, adalete ve hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracaktır.

Para dışında bir edimin cezai şart olarak kararlaştırıldığı durumlarda da cezai şart tenkis edilebilir. Borçlar Kanunu'nun 160. maddesinin yaptığı gönderme sonucu sözleşmeden dönme durumunda kısmen ifa edilen edimin alacaklıda kalmasının kararlaştırıldığı sözleşmeler için de cezai şart hükümleri uygulanacak olmakla birlikte taksitle satışa ilişkin hükümleri saklı tutmuştur. Borçlar Kanunu'nun 104. maddesinin ikinci fıkrasına göre de temerrüt faizinin mahkemeye ya da icraya başvurma gününden başlayarak işleyeceğine ilişkin kuralın aksine yapılan anlaşmaların cezai şart ile ilgili hükümlere göre takdir edilir. Dolayısıyla bu nitelikteki anlaşmalar da tenkise bağlı tutulabilir. Ayrıca bağımsız cezai şartların yani taahhüt edilmeyen bir eylemin ifası durumunda bir edimin taahhüdü durumunda da kıyas yoluyla indirimle bağlı tutulabileceği belirtilmektedir. Eksik cezai şartın dahi tenkis edilebileceği belirtilmektedir.

İş kanunlarında, iş sözleşmelerine ilişkin olan sözleşmelerde cezai şartın konulmasının mümkün olup olmadığı ile ilgili bir hüküm bulunmamaktadır. Böyle durumlarda sözleşmelere uygulanan genel kanunun Türk Borçlar Kanununu olduğundan, iş sözleşmelerinde cezai şartın konulmasını mümkün kılmak yerinde olacaktır⁶.

⁵ Yargıtay 11. HD. E. 2016/1077, K. 2016/7773, T. 06.10.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E. T. 10.04.2017, Borçlar Kanunu hükümleri uyarınca cezai şart asıl borca bağlı feri-yan bir edimdir. Cezai şart asıl borcu doğuran sözleşme ile birlikte veya sonradan kararlaştırılabilir. Cezai şart istenebilmesi için asıl borca bağlı cezai şart konusunda taraf iradelerinin bu yönde örtüşmesi gerekmektedir. Asıl borcun sona erdiği hallerde cezai şart da son bulur. Somut uyuşmazlıkta taraflar arasındaki 01.03.2010 tarihli kargo taşıma sözleşmesi davacının gönderdiği 13.07.2010 tarihli yazı ile tek taraflı olarak feshedilmiştir. Mahkemenin kabulünün aksine taraflar arasındaki fiili ilişkinin sözleşmede belirlenen koşullarda devam ettirilmesi taraflar arasında imzalanan 01.03.2010 tarihli ilk sözleşmenin ayakta olduğunu göstermez. Bu itibarla mahkemece anılan husus nazara alınmadan taraflar arasındaki ilk sözleşme ayakta imiş gibi yanılığlı değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bozmayı gerektirmiştir.

⁶ Yargıtay 22. HD. E. 2014/26321, K. 2016/631, T. 14.01.2016, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E. T. 10.04.2017, Cezai şart, mevzuatımızda Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olup, İş Kanunlarında konuya dair bir hükme yer verilmemiştir. Asgari süreli sözleşmelerde cezai şart konulamayacağı yönünde bir düzenleme bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu tür iş sözleşmelerinde, cezai şart içeren hükümler, karşılıklılık prensibinin

B. Cezai Şartın Muaccel Olması

Cezai şart muaccel olmadıkça ne borçlu cezai şartın indirilmesini isteyebilir ne de yargıç indirmeye karar verebilir. Çünkü cezai şart muaccel olmadan önce bağımsız bir alacak değildir; bu nedenle cezai şartın indirilmesi istenemeyeceği gibi fahiş olduğuna ilişkin tespit davası dahi açılmaz.

C. Cezai Şartın Fahiş Nitelikte Olması

Cezai şartın fahiş olup olmadığı, birçok ölçüte göre ele alınarak değerlendirilebilir . Ayrıca belirtmelidir ki yargıcın takdir yetkisi bu konuda belirleyicidir . Peşinen belirtmelidir ki alacaklının zararından daha yüksek cezai şart belirlenmesi bunun fahiş olduğunu göstermeye yeterli değildir . Cezai şartın fahiş olup olmadığı belirlenirken taraflar arasındaki hukuksal ilişkinin niteliği, süresi, borcun tarafların ekonomik özgürlüğü üzerindeki etkisi, tarafların ekonomik durumu arasındaki denge, tarafların cezai şartı belirlerken içinde bulunduğu durum, alacaklının asıl borcun ifasından sağladığı korunmaya değer maddi ve manevi menfaat ile cezai şart tutarı arasındaki oran, borcun ihlalinin ağırlığı, kusurun derecesi göz önüne alınmalıdır. Ancak cezai şart mutlaka zararı temin etmek için öngörülmediğinden cezai şartın zarar tutarını aşması tek başına tenkisi gerektirmez, bu unsur diğer unsurlarla birlikte değerlendirilebilir. Yani taraflardan biri çok güçlü, diğeri zayıf durumda ise ya da cezai şartın temin ettiği borç, borçlunun ekonomik özgürlüğünü çok kısıtlıyorsa cezai şartın fahiş olduğu kanısına varılabilir. Diğer yandan alacaklının gerçekleşen zararı yanında olası zararı, cezai şartla güdülen amaç dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla cezai şartın fahiş olup olmadığı belirlenirken hem nesnel hem de öznel koşullar hesaba katılmalıdır. Bir yandan cezai şart tutarı nesnel olarak yüksek olmalı, diğer yandan da bu yükseklik tarafların öznel durumu itibarı ile adalet ve hakkaniyete aykırı düşmelidir.

bulunması halinde kural olarak geçerlidir. Somut olayda, taraflar arasında imzalanan sözleşme asgari süreli iş sözleşmesi olup, bu tür sözleşmelerde cezai şart düzenlemesine yer verilmesi mümkündür. Dosya içeriğinden, sözleşmedeki düzenlemenin karşılıklılık prensibine uygun olduğu, davalı işçinin işten ayrılış dilekçesinde haklı sebebe dayanmadığı, yargılama aşamasında da bu yönde bir iddiada ve ispatta bulunmadığı anlaşılmaktadır. Mahkemece, cezai şarta dair düzenlemenin geçerli olduğu yönündeki tespit yerinde ise de, cezai şart miktarının belirlenmesinde oranlama ve indirim yapılmaması yönündeki kabul yerinde değildir. Şu halde, davalının çalıştığı ve çalışması gereken süreler oranlanmak ve 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 182. maddesinin son fıkrası gereği indirim yapılmak suretiyle belirlenecek cezai şart alacağının hüküm altına alınması gerekirken, yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir.

D. İş Ticari Nitelikte ise Borçlunun Tacir Olmaması

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddesine göre tacir sıfatını haiz bir borçlu, Türk Borçlar Kanununun 121. maddesinin ikinci fıkrasıyla 182. maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525. maddesinde yazılı hallerde, fahiş olduğu iddiasıyla bir ücret veya cezanın indirilmesini mahkemeden isteyemez. Bu hükümle tacirin basiretli davranması gerektiği için cezanın indirilmesini fahiş olduğu iddiasıyla isteyemeyeceği öngörülmüştür. Öğretide haklı olarak tacirin her işinde değil ticari işleriyle ilgili olarak cezanın indirilmesini isteyemeyeceği belirtilmektedir⁷. Bu kapsamda tacirin ticari işletmesiyle ilgili olarak yaptığı bir iş sözleşmesi tacir bakımından ticari bir iştir ve burada da tacirin cezai şartın tenkisini isteyememesi ama işçinin isteyebilmesi gerekir. Ticari iş olarak kabul edilen bir borç ilişkisinde dahi borçlu olan tacir değilse TTK 24. madde uygulanmayacak ve cezai şart tutarının indirilmesi istenebilecektir. Buna karşılık tacir, iş ticari nitelikte olsa bile cezai şartın ahlâka aykırılık nedeniyle geçersiz olduğunu ileri sürebilecektir.

E. Borçlunun Ödemede Bulunmaması

Türk/İsviçre Borçlar Kanunu'nda Alman Medeni Kanunu'nun aksine bu konuda bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle cezai şart ödendikten sonra tenkisinin istenip istenemeyeceği tartışmalıdır. Genellikle kabul edilen görüşe göre borçlu, herhangi bir çekince ileri sürmeden cezai şart tutarını öderse daha sonra bunun indirilmesini isteyemez. Dolayısıyla cezai şartın tenkisi için borçlunun henüz ödemede bulunmamış olması ya da çekince ile ödemiş olması gerekir. Dönme cezasının kıyas yoluyla tenkisinde ise dönme cezası baştan ödenmiş olsa bile bunun tenkise engel olmaması gerekir. Çünkü ifaya ekli ya da seçimlik cezai şarttan farklı olarak dönme cezası daha sözleşme yapıldığında sonuçları öngörülmekten ödenmektedir. Ödenmiş cezai şartın geri istenebilmesi için ahlaka aykırılık nedeniyle BK 20. maddeye göre

⁷ Yargıtay 25. HD. E. 2015/6301, K. 2016/4649, T. 20.10.2016. Taraflar arasındaki arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin 8/2. maddesinde, arsa sahibinin tapu devirlerinden kaçınması durumunda her geçen ay için 5.000,00 TL cezai şart ödeyeceği kararlaştırılmış olup, Mülga Türk Ticaret Kanunu'nun 24. ve 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 22. maddelerinde tacir sıfatını haiz borçlunun Türk Borçlar Kanunu'nun 121. maddesinin ikinci fıkrasıyla 182. maddesinin üçüncü fıkrasında ve 525. maddesinde yazılı hâllerde, aşırı ücret veya ceza kararlaştırılmış olduğu iddiasıyla ücret veya sözleşme cezasının indirilmesini mahkemeden isteyemeyeceği düzenlenmiştir. Somut olayda dosya kapsamı itibarıyla arsa sahibi davalı – birleşen dosya davacısı M. A.'ın tacir olmadığı, bu nedenle birleşen 2014/191 esas sayılı davadaki cezai şart isteminin dayanağını oluşturan taraflar arasındaki inşaat sözleşmesinin 8/2. maddesindeki miktarın çok aşırı olup, kişinin mahvına sebep olabileceği gözetilerek mahkemece 6098 sayılı TBK'nın 182/3. maddesi uyarınca aşırı olan cezai şart miktarında hakkaniyete uygun tenzilat yapılması gerektiği halde belirtilen hususlar ve kanun maddeleri göz önünde bulundurulmaksızın yazılı şekilde hüküm tesisi doğru olmamış hükmün bozulmasını gerektirmiştir.

geçersiz olması gerekir. Ödenmiş cezai şartın tenkisinin istenebileceğini ileri sürenler, bu ayrımı gözden kaçırmaktadır; diğer yandan bu savın ileri sürülmesi hukuksal ilişkilerde bulunması gereken istikrar ve kesinliğin önüne geçmektedir, ödeme yapan borçlunun ne zaman tenkisi isteyebileceği zamanaşımı süresi içinde belirsiz kalır.

F. Borçlunun İndirime İstemesinde Bulunması

Tenkis kararı verilebilmesi için borçlunun bu yönde istemde bulunmasının gerekli olup olmadığı konusunda yasada açık bir hüküm yoktur. Bir görüşe göre, TBK'nin 182. maddesinin Üçüncü fıkrasına göre, “*hâkim aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir*” hükmünde kendiliğinden ibaresi kullanılmakla, burada hâkim borçlunun talibini aramadan şahsen fahiş ceza koşulunu indirme yetkisine sahiptir⁸. Ancak genellikle kabul edilen ve İsviçre doktrininde benimsenen⁹ görüşe göre mahkemenin indirme karar verebilmesi için borçlunun tenkis isteminde bulunması gerekir. Buna gerekçe olarak gabinde borçlunun irade açıklamasında bulunmasını arayan TBK 28. madde gösterilmektedir, gabinde borçlunun irade açıklaması aranıyorsa cezai şartın tenkisinde de aranması gerekir. Tenkis istemi, genellikle kabul edilen görüşe göre yenilik doğurucu bir irade açıklamasıdır. Bu istem, dava, karşı dava ya da defi olarak ileri sürülebilir. Mahkeme, kendiliğinden harekete geçerek cezai şartta indirim yapamaz, bir yargılama sırasında cezai şartın fahiş olduğunu düşünse bile borçlu indirim istemedikçe mahkeme buna karar veremez. Yasada yargıcın indirmekle yükümlü olduğu yönünde yapılan değişiklik sonrasında yargıcın kendiliğinden araştırarak indirmeye karar verip veremeyeceği tartışılmış olsa da kanımızca bu yükümlülük, böyle bir istem ileri sürüldüğünde cezanın fahiş tutarda olup olmadığını inceleyerek fahiş ise indirmeye ilişkindir, usul yönünden özel bir kural

⁸ Yargıtay 13. H.D, E. 2015/32576, k. 2016/24049, T. 22.12.2016. Kural olarak, sözleşme serbestisi ilkeleri çerçevesinde taraflar ceza-i şart miktarını tayinde serbesttir. Ancak TBK. 182/ son maddesi gereğince hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir. Bu konuda tarafların talepte bulunmasına gerek yoktur. Hâkim ceza koşulunun fahiş olup olmadığını değerlendirirken, tarafların ekonomik durumları, asil olarak borçlunun ödeme gücü; alacaklının, kendisine asıl borcun ifasındaki yararı ile ceza-i şart ödenmesi halindeki yararı arasında makul ve adil ölçü, sözleşmeye aykırı davranılmasından dolayı alacaklının uğradığı zarar, borçlunun borcunu yerine getirmemiş olması sebebiyle sağladığı menfaat, borçlunun kusur derecesi ölçü alınıp ceza-i şart miktarı hak, adalet ve nesafet kurallarına uygun olarak saptanmalıdır. Hakimin bu kuralları uygularken kullanacağı takdir hakkının Yargıtay denetimine elverişli olması gerekir. Aşırılığın belirlenmesinde ceza-i şart borcun yerine getirilmesi için davalı üzerinde bir baskı yaptığı da gözetilip böyle bir baskının ortadan kaldırılması sonucunu doğuracak şekilde aşırı indirimden kaçınmalıdır. Bu durumda yukarıda açıklanan ilkeler doğrultusunda ceza-i şartın fahiş olup olmadığı, indirim gerekip gerekmediği, fahiş ise ne oranda indirim yapılması gerektiği saptanıp, sonucuna uygun bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve yanlış değerlendirme ile yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olup, bozma nedenidir; Yargıtay 13. HD. E. 2014/43483, K. 2015/37968, T. 24.04.2015, <http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>, E. T. 10.04.2017.

⁹ **TRIEBOLD**, Claudius/**LARDİ**, Elia, Liquidated Damages or Contractual Penalty, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=2eecddf8-91d1-49f9-a05b-41e4263c076a>, E. T. 10.04.2017.

getirilmemiştir. Dolayısıyla tenkis için gerekli koşulların bulunduğunu kanıtlama yükü yine bunu iddia eden borçlunun üzerindedir. Tenkis istemi, yenilik doğurucu bir irade açıklaması olduğundan zamanaşımına bağlı değildir, borç zamanaşımına uğramadıkça her zaman ileri sürülebilir.

III. Yargılama ve Karar

Borçlunun indirim davası açması sonucunda yargıç, cezai şartın tutarının fahiş nitelikte olduğu kanısına varırsa bunu indirmeye karar verir. Aşırılığın saptanmasında esas alınacak an yasada belirlenmemiştir, öğretide ise tartışmalıdır. Genellikle kabul edilen görüşe göre yargıç, karar vereceği anı esas almalıdır, daha öncesini esas aldığı anda tarafların menfaat durumunda meydana gelebilecek değişiklikler nedeniyle hakkaniyete aykırı sonuçlar doğabilir. Diğer yandan hangi anın esas alınacağını yargıcın takdirine bırakmak da keyfi kararlar verilmesine yol açacaktır, benzer durumlarda farklı kararlarla karşılaşılacaktır. Ne kadar indirileceği yasada açıkça öngörülmemiştir¹⁰. Bununla birlikte TBK. 182/3'e göre cezanın tamamen kaldırılamayacağı kabul edilmektedir. İndirme ile amaçlanan, makul bir hadde indirmektir. Ne kadar cezanın makul olduğuna tarafların ekonomik durumu karşılaştırılarak, asıl borç ilişkisi göz önünde tutularak yargıç tarafından karar verilecektir. Burada olası ve kanıtlanamayan zararlar da göz önünde tutulur. Ayrıca cezai şartın bir tazminattan öte teminat işlevi yüklediği de unutulmamalıdır. Yargıcın makul haddi alacaklının asıl borcun ifasındaki menfaatlerini rahatlıkla karşılayan, ancak bunu abartılı biçimde aşmayan bir tutara indirerek belirleyebileceği belirtilir. İndirme sonucunda cezanın yüksekliğinin borçlu açısından adalet ve hakkaniyete aykırı olmamakla birlikte alacaklı açısından da aynı derecede adaletsiz olmamasına dikkat edilmelidir. Yargıcın verdiği karar yenilik doğurucu niteliktedir. Bununla birlikte indirme kararı, geçmişe etkilidir.

¹⁰ TBK.nun 182. maddesinin ilk fıkrasında "Taraflar cezanın miktarını serbestçe belirleyebilirler" son fıkrasında ise "Hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu kendiliğinden indirir" hükmü bulunmaktadır. Ticari olmayan işlemlerde bu kuraldan dolayı borçlu ileri sürmese bile, hâkim cezai şarttan indirim yapıp yapılmayacağını kendiliğinden saptamalıdır. Ne var ki, akdin bir şartını değiştirme yetkisini veren bu hak, istisnai olarak tanınmış bir hak olduğu için hâkim, bu hakkını ölçülü olarak kullanmalı, tarafların ekonomik durumu, borçlunun ödeme yeterliliği ile beraber borcunu yerine getirmemiş olması dolayısıyla sağladığı yarar, borçlunun kusur derecesi, borca aykırı davranışın ağırlığı, sözleşmeden beklenen yararın elde edilememesi ve akde aykırı davranılması yüzünden doğan zarar, cezai şartın tazmin ve ceza fonksiyonlarının dengeli olarak korunması gereği prensiplerini göz önünde bulundurmalı ve Hâkim kullandığı takdir hakkını Yargıtay'ın denetimine olanak vermeye elverişli objektif esaslara dayandırılmalıdır.

IV. Tenkisin Değiştirilmiş Kısmi Butlanla İlişkisi

Değiştirilmiş kısmi butlan, kısmen geçersiz bir sözleşmede geçersiz hükmün yerine emredici ya da tamamlayıcı bir yasa hükmünün ya da yargıcın koyacağı hükmün yani geçerli bir ikame hükmün geçerek sözleşmedeki boşluğun doldurulmasıdır. Yani aslında ikame kural getirilmediğinde geçerli olmaya devam eden bir sözleşme ilişkisinde boşluğun doldurulması için değiştirilmiş kısmi butlan kuramına başvurulur.

Fahiş cezai şartın tenkisi, makul hadde indirgeme biçiminde kendini gösterir. Makul hadde indirgeme, bir sözleşmede edimler arasındaki aşırı dengesizliğin edimin makul hadde indirilmesi yoluyla sözleşme ilişkisinin ayakta tutulması ya da edimin hukuka aykırılık ya da ahlaka aykırı görülen aşırılığının giderilmesi yoluyla sözleşmeyi geçerli kılmaktır. Makul hadde indirgemenin değiştirilmiş kısmi butlan olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Değiştirilmiş kısmi butlan görüşünden hareket edilmediğinde makul hadde indirgemenin aslında bir sözleşmenin bir hükmünün bir kısmının geçerli, bir kısmının ise geçersiz sayılmasından ibaret olduğu görülür. Yani o hüküm tamamen geçersiz sayılmayıp aşırı kısmı geçersiz kabul edilir. Böyle olunca makul hadde indirgemenin değiştirilmiş kısmi butlan olduğu kabul edilmez. Ancak o hüküm bir bütün olarak görüldüğünde tamamı ile geçersiz kabul edilir ve yerine geçerli bir ikame kural konulduğunda makul hadde indirgeme değiştirilmiş kısmi butlan sayılır. Kanımızca ikinci görüş daha isabetlidir; çünkü her zaman aşırılığın ne olduğunu kesin olarak öngörmek olanaklı değildir. Böyle olunca bir sözleşme hükmünün bir kısmının hâkim kararı ile batıl olup diğer kısmının geçerli olduğunu ileri sürmek yerine hukuk düzeninin sözleşmenin o hükmünü o haliyle geçersiz kıldığını ve yerine geçerli başka bir kural belirlenebileceğini ileri sürmek, daha tutarlı ve butlan yaptırımına daha uygundur. Ayrıca belirtmelidir ki makul hadde indirgeme, TTK 1466. madde bakımından düşünüldüğünde emredici bir kural nedeniyle edimin haddini objektif biçimde yasal hadde düşürme ile sınırlı görülebilirken değiştirilmiş kısmi butlan görüşünde böyle bir yasal hüküm olmadığı halde tarafların varsayımsal iradesinden hareketle sözleşme hükmü yeniden belirlenebilmektedir. Kramer, salt izin verilen hadde indirgemekle yetinmenin sözleşmenin güçlü tarafını zayıf tarafı üzerinde aşırı edimler üzerinden sözleşme kurma konusunda baskı yapmasını kolaylaştıracağı gerekçesiyle değiştirilmiş kısmi butlan kuramını yeğlemektedir.

Cezai şartın tutarının ahlâka aykırı mı yoksa yalnızca fahiş mi olduğunu belirlemek çok güçtür. Zaten fahiş tutar ile ahlâka aykırı tutar arasındaki çizgi de anlaşılabilir değildir. Bu nedenle kanımızca ikili ayrıma gitmek yerine cezai şart tutarı fahiş ise bu tutar geçersiz

sayılarak yargıç tarafından ikame kural belirlenmesi yoluyla makul bir tutar üzerinden cezai şartın taraflar arasında geçerli olduğuna karar vermek gerekir. Tacirler lehine görülebilecek bu çözümden güçlüyü zayıf karşısında koruduğu anlamı çıkarılamaz. Tacirin tüketiciyle arasındaki bir sözleşme ilişkisinde tacirin cezai şartın fahiş olduğunu ileri sürememesini, tacirin basiretli davranma yükümünden çok normun koruma amacıyla aramak gerekir. Fahiş cezai şartın tenkisi, sözleşme ilişkisinde zayıf durumdaki tarafı korumak olduğuna göre müzakere etmeksizin sözleşme koşullarını kabul etmeye zorlayan taciri korumak normun amacıyla bağdaşmayacak ve makul hadde indirgemededen söz edilemeyecektir. Ancak tacir yine bir başka tacirle sözleşme yapmışsa sırf tacirin basiretli davranma yükümünden söz açıp fahiş cezai şartın tenkisi için ekonomik açıdan çöküntüye uğramasını aramaya gerek yoktur. Dolayısıyla makul hadde indirgemedede normun koruma amacından hareket edilmeli ve fahiş cezai şartın ahlaka aykırı olup olmadığı tartışması yapılmadan değiştirilmiş kısmi butlan kuramı yeğlenmelidir.

SONUÇ

Fahiş cezai şartın tenkisi, Borçlar Kanunu'nun 161. maddesinin üçüncü fıkrasında öngörülmüştür. Nitelik itibariyle tenkisin yargıcın sözleşme ilişkisine müdahalesi olduğu ve yargıcın kararının yenilik doğurucu nitelikte olduğu görülür. Bununla birlikte yargıcın sözleşmeye müdahale ederek cezai şartı tenkis edebilmesi için borçlunun geçerli olarak indirim isteminde bulunması gerekir. İndirim isteminin geçerli olabilmesi için cezai şartın gerçek ve geçerli, muaccel olması gerekir. Buna karşılık gerçek olmayan bazı cezai şartlar için de tenkise ilişkin hükümlerin örneksenerek uygulanması olanaklıdır. Yargıcın tenkise karar verebilmesi için borçlunun ödemede bulunmaması gerektiği genellikle kabul edilmektedir. Ayrıca yargıç cezai şartın fahiş nitelikte olduğunu takdir etmelidir. Tutarın nesnel olarak yüksekliği fahiş olması için yeterli değildir, bunun yanında tarafların ekonomik durumları, alacaklının haklı menfaatleri, borcun ihlalinin ağırlığı, kusurun derecesi gibi unsurlarla birlikte değerlendirildiğinde hakkaniyete aykırı düşmelidir. Kanımızca ahlâka aykırılık ile indirme için aranan fahiş nitelik arasında sınır çizmek oldukça zordur. Bu nedenle yargıcın değiştirilmiş kısmi butlan kuramı uyarınca ahlâka aykırı görülebilecek ya da indirilmesi gereken cezai şart tutarını geçersiz sayıp yerine makul tutarda bir cezai şart tutarını ikame kural olarak belirlemesi daha kolay, adalete ve hakkaniyete uygun ve teorik tartışmaları en aza indirecek bir çözümdür.

KAYNAKÇA

Ateş, Derya: Borçlar Hukuku Sözleşmelerinde Genel Ahlâka Aykırılık, Ankara 2007

Başpınar, Veysel: Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara 1998

Battal, Ahmet: “Tacirin İş Kanunu’na Tâbi Bir Sözleşmeden Doğan Cezaî Şart Borcuna TK. 24 (İndirim Yasağı) Uygulanabilir mi?”, BATİDER, C. XX, S. 2, 1999, s. 15-23

Becker, H.: Obligationenrecht I. Abteilung Allgemeine Bestimmungen Art. 1-183, Bern 1941

Bilge, Necip: Cezaî Şart, E. Arsebük Armağanından ayrı bası, Ankara 1957

Ehrat, Felix R.: Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Obligationenrecht I Art. 1-529 OR, Herausgeber Heinrich Honsell/Nedim Peter Vogt/Wolfgang Wiegand, 3. Auflage, Basel Genf München 2003

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003

Gauch, Peter/Schluep, Walter R.: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Band I, 9. Auflage, bearbeitet von Schmid, Jörg/Emmenegger, Susan, Zürich 2008

Gauch, Peter: ““Modifizierte” Teilnichtigkeit Anmerkungen zu BGE 107 II 216 ff.”, recht 1983, s. 95-100

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Bası, Ankara 2007

Kocaağa, Köksal: Türk Özel Hukukunda Cezai Şart (BK. m. 158-161), Ankara 2003

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukuki İşlem Sözleşme, 4. Bası, İstanbul 2008 (Borçlar Hukuku)

Kocayusufpaşaoğlu, Necip: ““Değişik Kısmi Hükümsüzlük” ve “Genişletilmiş Kısmi Hükümsüzlük” Kavramları İle İlgili Düşünceler”, Prof. Dr. Selim Kaneti’ye Armağan, İstanbul 1996 (Düşünceler), s. 25-33

Kramer, Ernst A.: Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch Das Obligationenrecht Band VI, 1. Abteilung Allgemeine Bestimmungen, 2. Teilband, Unterteilband 1a, Inhalt des Vertrages Kommentar zu Art. 19-22 OR, Bern 1991

Nomer Ertan, Füsün: “İş Aktinden Doğan Cezaî Şart Hükümlerine TTK m. 24 Uygulanır mı?”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, Birinci Cilt Ticaret Hukuku, İstanbul 2007, s. 29-37

Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Basıdan Tıpkı 7. Bası, İstanbul 2009

Schwenzer, Ingeborg: Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Vierte, überarbeitete Auflage, Bern 2006

Serozan, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2008

Serozan, Rona: Sözleşmeden Dönme, İstanbul 1975

Tunçomağ, Kenan: Türk Hukukunda Cezaî Şart, İstanbul 1963

Von Tuhr, Andreas: Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, Cilt 1-2, çev. Cevat Edege, 2. Baskı, Ankara 1983



KEFALET SÖZLEŞMELERİNDE EŞİN RIZASI

Av. Gamze KILDIR, LL.M.

KISALTMALAR

Art.	: Artikel
B.	:Bası
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: Bakınız.
C.	: Cilt
c.	: Cümle
dpn./dn.	: Dipnot
E.	: Esas
eBK	: Eski Borçlar Kanunu
eMK	: Eski Medeni Kanun
eTK	: Eski Ticaret Kanunu
eTTK	: Eski Türk Ticaret Kanunu
f.	:Fıkra
H.D.	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
K.	: Karar
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
İİK	: İcra ve İflas Kanunu
K.	: Karar
Ka.	: Kanun
m.	: madde

MK	:Medeni Kanun
OR	:Obligationenrecht
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa
S.	: Sayı
T.	: Tarih
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TMK	: Türk Medeni Kanunu
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
vd.	: ve devamı
Y	: Yıl
Yarg.	: Yargıtay
YHD	: Yargıtay Hukuk Dairesi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yuk.	: Yukarıda
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi

GİRİŞ

1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu ile yürürlükten kaldırılmış olan 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda bir takım değişiklikler yapılarak, bazı yeni düzenlemelere yer verilmiştir. Bu kapsamda getirilmiş olan en önemli düzenlemelerden biri “eşin rızası” başlığını taşıyan TBK 584. maddedir. Bu madde 6098 sayılı kanun ile getirilen yeni bir düzenleme olup, kefalet sözleşmesinin koşulları ile ilgili hükümler arasında düzenlenmiştir.

Bu çalışmamızda, aile hukuku ile borçlar hukukunun kesişim noktası olan ve kefalet sözleşmesi ile ilgili olarak yeni getirilen bir düzenleme olan “eşin rızası” başlıklı TBK m.584'ün ayrıntılı incelemesi yapılarak doktrindeki ve yargıdaki tartışmalarla birlikte ele alınacaktır. TBK m. 584'ün incelemesine geçilmeden önce evlilik birliğinin eşlerin hukuki işlem ehliyetine olan etkisinden bahsetmek konuyu daha ayrıntılı ele almamıza yardımcı olacaktır. Zira eşin, eşinden bağımsız bir şekilde hukuki işlem yapabilmesi kural olmasına rağmen, bazı durumlarda bu kurala istisnalar getirilmiş ve hukuki işlemi yapacak olan eşin bazı işlemlerde eşinin rızasına başvurma zorunluluğu olduğu düzenlenmiştir. Bazı hukuki işlemlerin yapılması için aranan rızanın sebebi, eşin ve evlilik birliğinin çıkarlarının korunmasıdır. Bu gibi işlemler genellikle rizikosu yüksek ve zarar meydana geldiğinde telafisi güç olan işlemlerdir¹¹. Eşin rızasının gerektiği hukuki işlemlere değinmekte fayda görüyoruz.

Eşin rızasını gerektiren hukuki işlemlerden ilki TMK m. 194'te düzenlenmiştir. Bu maddeye göre, eşlerden biri, diğer eşin açıkça rıza vermemiş olduğu durumda, aile konutuna dair yapılmış olan kira sözleşmesini feshedemez, aile konutu devredemez ya da aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz. Bu kural emredici nitelikte olmakla¹² birlikte üçüncü kişilerin iyi niyeti korunmamaktadır¹³.

Eşin rızasını gerektiren hukuki işlemlerden bir diğeri, yine aile konutu ile alakalı olan TBK m. 349'da belirtildiği üzere, aile konutu olarak kullanılmak amacıyla kiralanmış olan taşınmazlarda kiracı, diğer eşin açık rızasını almadıkça sözleşmeyi feshedememektedir. Diğer eşin rızasının alınması mümkün değilse ya da diğer eş haklı bir sebebe dayanmaksızın rıza vermekten imtina ederse, kiracı olan eş hakimden bu konuda karar verilmesini isteyebilecektir.

¹¹ŞEKER Muzaffer, Kefalet ve Avalde Eşin Rızası, İstanbul 2017, s. 8.

¹²ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, Ankara 2015, s. 199.

¹³ŞIPKA Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, Bası 2, İstanbul 2004, 150vd.

Yine TMK 199. maddede yer alan bir diğerk düzenlemeye göre,ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine kararlaştırabilir¹⁴.

TMK m.223/2'ye göre ise, aksine bir anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerkinin rızası olmadan paylı mülkiyet¹⁵ konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz. Bir başka anlatımla ilgili madde, eşin paylı mülkiyetteki payı üzerinde yapacağı tasarrufu diğerk eşin rızasına bağlamaktadır¹⁶.

Kısaca değinilmiş olan düzenlemelerin yapılma amacıyla benzer düşünceler sonucunda, TBK m. 584 düzenlenmiş ve kefalet sözleşmesinin geçerliliği de eşin rıza vermiş olmasına bağlanmıştır.

Bu çalışmamızın konusunu da kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının alınması teşkil ettiğinden, bu konu aşağıda ayrıntılı biçimde incelenecektir.

¹⁴ KILIÇOĞLU Ahmet M., Medeni Kanun'umuzun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004, s. 66 vd.

¹⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN M. Kemal/SELİCİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2006, s. 250.

¹⁶ ŞEKER, Kefalet, s. 12.

I. GENEL OLARAK EVLİLİĞİN EŞLERİN HUKUKİ İŞLEM EHLİYETİNE ETKİSİ

Sözleşme serbestisi ilkesine göre, eşler kendi aralarında ve üçüncü şahıslarla her türlü hukuki işlemi gerçekleştirebilir¹⁷. Yine Türk Medeni Kanunu 13. ve 193. madde birlikte değerlendirildiğinde, kural olarak, hukuki işlem ehliyetini haiz olan, bir başka deyişle temyiz kudreti bulunan eşler, diğer eşle ve üçüncü şahıslarla her türlü hukuki işlemi gerçekleştirebilirler¹⁸. Fakat bunun için aksine bir düzenlemenin mevcut olmaması gerekmektedir. TMK 9. madde göz önünde bulundurulduğunda ise, fiil ehliyetini haiz olan eş, kendi fiilleriyle hak edinebilir ve borç altına girebilir sonucuna varılmaktadır.

Evlilik birliğinde bir takım istisnalar dışında, eşlerinüçüncü bir kişiyle, yapabileceği hukuki işlemlere örnek olarak satım, kira, vekalet, karz gibi sözleşmeler gösterilebilir. Evlilik birliği kurulmuş olmasının, kural olarak, eşlerin fiil ehliyetine bir kısıtlama getirmesi söz konusu değildir¹⁹.

Eşlerin gerek evlilikten önceki, gerekse evlilik sırasındaki şahsi borçlarına ilişkin olarak, diğer eşin müteselsil sorumluluğu söz konusu değildir²⁰. Eşlerin kendi yararına yaptığı işlemlerden diğer eşin sorumluluğu doğmazken, TMK 188 ve 189'a göre, aile birliğinin sürekli ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olarak yapmış olduğu işlemler neticesinde doğmuş olan borçlardan, kendisi ve diğer eş müteselsil sorumlu olacaklardır. Fakat eşlerden biri, aile birliğinin ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla değil de, diğer eşin kendisine vermiş olduğu temsil yetkisine istinaden eşini temsil etmek suretiyle, bir takım hukuki işlemlere girişirse, söz konusu hukuki işlemlerden doğan hak ve yükümlülükler, eşini temsilen işlemi yapan eşe değil, adına işlem yapılan eşe ait olur²¹.

Eşin şahsi borcundan anlatılmak istenen, borcun hangi hukuki sebepten doğduğuna bakılmaksızın, aile birliği ile ilişkilendirilmesi söz konusu olamayan borçlardır²². Eşlerden birinin diğerinden bağımsız bir şekilde hukuki işlem gerçekleştirebilmesi kurarken, bazı

¹⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. ŞEKER Muzaffer, "Evli Kişilerin Hukuki İşlem Ehliyeti", Legal Mali Hukuk Dergisi, Mart 2008, C. 4, S. 39.

¹⁸ ÖZTAN, s.195; KILIÇOĞLU Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Tartışmalar - Örnekli Açıklamalar - Formüller Tablolar – İlgili Yasa Metinleri), 2. Bası, Ankara 2002, s. 195, Naklen, ŞEKER, Kefalet, s. 5; ÖZÜĞÜR Ali İhsan, Mal Rejimleri, Ankara 2004, s. 143.

¹⁹ŞEKER, Kefalet, s. 5.

²⁰ŞEKER Muzaffer, Der türkischeund, der schweizerischegesetzlicheGüterstand im Vergleich, Freiburg 2006, s. 234, Naklen,ŞEKER, Kefalet, s. 6.

²¹ ÖZTAN, s. 183.

²² ŞEKER (Güterstand), s. 234, Naklen, ŞEKER, Kefalet, s. 7.

hallerde bu kurala istisnalar getirilmiş ve eşin bazı hukuki işlemleri yapabilmesi diğer eşin rızasına bağlanmıştır²³.

Eşin rızasını gerektiren bir takım düzenlemeler yapılmışsa da, çalışmamızda, kefalet sözleşmesinin geçerli olması bakımından, eşin rızasının aranması hususu incelenecektir.

II. KEFALET SÖZLEŞMELERİNDE EŞİN RIZASININ ARANMASI

A. KEFALETTE EŞİN RIZASININ ARANMASININ AMACI

Kural olarak, eşlerden birinin yapacağı hukuki işlem için, diğer eşin rızası gerekmemektedir. Fakat bu durumun istisnasını oluşturan bazı durumlar vardır. Bu gibi istisnai durumlar çoğunlukla eşin ve evlilik birliğinin korunması amacı güdülerek düzenlenmiştir²⁴. Diğer eşin rızasının alınmasını gerektiren hukuki işlemler, telafi edilemeyecek bir takım zararlara yol açılmasını engellemek amacıyla kanun koyucu tarafından istisnai olarak düzenleme yoluna gidilmiştir²⁵.

Eşin rızasını gerektiren diğer hukuki işlemlerde olduğu şekilde kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nun 494. maddesi dikkate alınarak hazırlanmış olan TBK 584. maddenin düzenlenmesindeki asıl gaye aile birliğinin korunmasıdır²⁶.

B. KURAL: KEFALET SÖZLEŞMESİNDE EŞİN RIZASININ ARANMASI

Kural, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmasıdır²⁷. Eşin rızasının aranmasında kefalet türleri arasında bir ayrıma gidilmemiş olmasından dolayı her türlü kefalette diğer eşin rızası aranmaktadır²⁸.

²³ŞEKER, Kefalet, s. 7.

²⁴ŞEKER, Kefalet s. 16.

²⁵ŞEKER, Kefalet, s. 16.

²⁶ Anayasa Mahkemesi'nin, TMK 584. ve 603. maddede yer alan "eşin rızasına" ibaresinin Anayasa'ya aykırılığını reddettiği bir kararında düzenlemelerin amacına ilişkin yapmış olduğu açıklama için bkz:K.T. 26.12.2013, 2013/57 E. 2013/162 K.

²⁷ TBK 584. madde emredici niteliktedir. İlgili maddenin emredici nitelikte olması, eşlerin bu haktan feragat etmelerine ya da düzenlemenin aksini kararlaştırmalarına engeldir. Bu nedenle eş, rıza verme yetkisinden feragat edemeyecektir. Konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalet Eşin Rızası, Prof. Dr. Tuğrul Ansay'a Armağan, Ankara 2006, s.438; GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Bası, C. II, İstanbul 2014, s. 341; DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009, s. 179; BAŞ Ece, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler",

www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023019526/1023018576, Erişim:31.10.2017, s. 117.

²⁸ KIRCA, s. 439.

Edinilmiş mallara katılma rejiminde, mal rejimi devam ederken de eşlerin malları birbirinden ayrıdır. Bu sebeple bir eşin borcundan diğer eş sorumlu tutulamaz ve borçlu olan eşin alacaklısı olan kimse, bu borçtan dolayı diğer eşe başvuramaz. Fakat borçlu kişinin eşi bu borca kefil olursa, bu halde alacaklı diğer eş borçtan sorumlu tutabilecektir²⁹. Borçlu eş buna sebebiyet vermemek adına, rıza vermekten kaçınabilir.

Eşler müteselsil kefil olmuşlarsa, her ikisinin de rızası bulunmalıdır³⁰. Eşlerden biri alacaklı diğer kefil olursa yani kefalet sözleşmesi eşler arasında meydana gelirse, alacaklı olan eş kefalet sözleşmesine taraf olduğu için, diğer eşin kendisiyle kefalet sözleşmesi yapmasına rıza göstermiş olarak kabul edilebilir³¹. Bu halde alacaklı eş, eşi ile kefalet sözleşmesi kurduysa eşin rızası olmadığı gerekçesiyle sözleşmenin geçersizliği ileri sürülemez³².

C. RIZANIN ARANMASI İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

1. Kurulmak İstenen Sözleşmenin Kefalet Sözleşmesi Olması

Eşin rızasının gündeme gelebilmesi için taraflar kefalet sözleşmesi ya da TBK m. 603 anlamında, gerçek kişiler tarafından kişisel güvence verilmesine ilişkin başka bir sözleşme mevcut olmalıdır.

Eşlerden birinin kendisi adına kuracağı bir kefalet sözleşmesi söz konusuysa rıza gerekmektedir³³. Fakat dolaylı temsilci olarak hareket etmekteyse de eşin rızası alınmalıdır³⁴. Yine eş, tüzel kişinin organı sıfatıyla hareket ederek, kefalet sözleşmesi kuruyorsa bu sözleşme eşi sorumluluk altına sokmayacağından, bu halde de diğer eşin rızası aranmamaktadır³⁵.

²⁹ŞEKER, Kefalet, s. 21.

³⁰ GÜMÜŞ, s. 344.

³¹ÖZEN Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 177; BAŞ, s. 124; ÖZ M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2012, s. 122.

³²ŞEKER, Kefalet, s. 22.

³³ GÜMÜŞ, s. 343.

³⁴ GÜMÜŞ, s. 343.

³⁵ ÖZEN, s. 175; GÜMÜŞ, s. 343; KIRCA, s. 439.

2. Kefilin Evli Olması

Eşin rızası, nişanlılıkta³⁶ ya da boşanma davası sırasında yahut boşanma gerçekleşikten sonra aranmamaktadır³⁷. Evliliğin sağlıklı bir şekilde sürdürülüyor olması gerekmektedir. Mahkeme ayrılık kararı verdiği takdirde de rıza aranmayacaktır. Buna ek olarak TMK 197. maddede düzenlenmiş olan ayrı yaşama hakkının söz konusu olması durumunda da rıza aranmamaktadır³⁸.

D. RIZA VERMEYE YETKİLİ KİŞİ

Kural, rıza verecek olan eşin rızayı bizzat vermesidir. Fakat bu hak kişiye sıkı sıkıya bir hak değildir³⁹. Bu nedenle de kefalet verecek olan eşin iradi ya da yasal temsilcisi rızayı açıklayabilir⁴⁰. Kefalet sözleşmesinde temsilci kullanılabilirse, TBK m. 584 çerçevesinde kefalet sözleşmesinin kurulması ya da değiştirilmesi için verilecek olan rıza bakımından da temsilci kullanılabilir⁴¹.

Kefalet sözleşmesi kurmak isteyen eşinin sınırlı ehliyetsiz olması, kefalet sözleşmesi bakımından rıza alınmayacağı anlamına gelmemektedir⁴². TMK 448. maddeye bakıldığında kefalet sözleşmesinin ehliyetsiz olan kişiler bakımından yasak işlem olması bunu etkilememektedir⁴³. Bunun sebebi ilgili maddedeki düzenlemenin, ehliyetsiz olan eşin ve bu kişinin yasal temsilcisinin kefalet sözleşmesi kurması ile ilgili olmasıdır. Söz konusu madde, ehliyetsiz olan eşin, diğer eşe kefalet sözleşmesi kurması ile ilgili vereceği rızayı kapsamamaktadır⁴⁴. Bir başka anlatımla vesayet altında bulunan eşin, rıza vermesi değil fakat kendisinin kefalet sözleşmesi tarafı olması yasaklanmıştır. Kişiye kayyım atanması fiil ehliyetini sınırlayan bir hukuki işlem olmadığından, kendisine kayyım atanan eş, diğer eşin rızasının almak koşuluyla kefalet sözleşmesi kurabilecektir⁴⁵.

³⁶İsviçre Borçlar Kanunu'na göre eşin rızası, evlilik olmaksızın fakat tescil edilmiş hayat ortaklığı sürenler için de aranmaktadır. Fakat Türk hukukunda bu şekilde bir hayat ortaklığı düzenlemesi bulunmaması dolayısıyla Kanun Koyucu TBK düzenlenirken, ilgili fıkrayı kanunumuzun kapsamına dahil etmemiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Şeker, Kefalet, s. 24-25.

³⁷ŞEKER, Kefalet, s. 24.

³⁸ ÖZEN, s. 175; GÜMÜŞ, s. 343; REİSOĞLU Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013, s. 89.

³⁹ REİSOĞLU, s. 91; GÜMÜŞ, s. 347.

⁴⁰ GÜMÜŞ, s.347; ÖZEN, s. 175; REİSOĞLU, s. 91-93.

⁴¹ŞEKER, Kefalet, s. 25.

⁴² ÖZEN, s. 175; REİSOĞLU, s. 93.

⁴³ ÖZEN, s. 175; GÜMÜŞ, s. 347.

⁴⁴ŞEKER, Kefalet, s. 26.

⁴⁵ŞEKER, Kefalet, s. 26, dn. 79; GÜMÜŞ, s. 341.

TMK m. 194/2 ve TBK m. 349/2’de eşin rızasının alınamaması durumunda, diğer eşe hakime müracaat etme hakkı tanınmışken, TBK m. 584’de rıza alamayan eşe hakime başvuru hakkı tanınmamıştır⁴⁶. Bu da demek oluyor ki rızası istenen eş, kefalet sözleşmesine rıza verip vermeme hususunda mutlak bir yetkiye sahiptir⁴⁷. Eşin rıza vermemesi için bir gerekçe sunması gerekmemektedir. Rızası istenen eş, ailenin durumunu değerlendirecek ve rıza verip vermeme konusunda bir neticeye varacaktır. Eş rıza vermeme hakkını kullanarak kefalet sözleşmesinin geçerli olmamasını sağlayabilir⁴⁸. Bu durumda da, rıza verilmemiş olan sözleşme, iptal beyanına gerek olmaksızın geçersiz olacaktır⁴⁹.

Evlilik birliğini korumak amacıyla düzenlenmiş olan TMK m. 195’e göre, evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hakimin müdahalesini isteyebilirler. Doktrinde *Badur*⁵⁰, eşin rızasının gerekmesinin sebebi evlilik birliğinin ekonomik açıdan korunması olduğuna göre, eşin kefalet rıza gösterip göstermemesi de evlilik birliğine ilişkin önemli bir husustur. Bu sebeple eşin haklı bir nedene dayanmadan rıza vermekten kaçınması durumunda TMK m. 195’e göre, diğer eşin hakimin müdahalesini isteyebilmesi gerektiğini ifade etmiştir.

Buna ek olarak doktrinde eşin haklı bir sebebe dayanmaksızın rıza vermekten kaçınması durumunda, TMK m. 2’de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına istinaden de hakimin müdahalesi yoluna gidilebileceği savunulmuştur⁵¹.

Bizim de katıldığımız görüş olan *Şeker*’in görüşüne göre ise⁵², TMK m. 194/2 ve TBK m. 349/2’de hakime müracaat hakkını tanımışken, TBK m. 584’te bu düzenlemeye bilinçli ve kasıtlı olarak yer vermemiştir. TMK m. 195 dikkate alınarak, TBK m. 584’te eşe tanınmamış olan bir hakkı tanımak, Kanun Koyucunun TBK m. 584 düzenlenirken göstermiş olduğu iradeye zıt olacaktır. Madde 584’te bilinçli olarak yer verilmemiş olan bir hakkın, TMK 195’e dayanılarak verilmeye çalışılması, kanuna karşı hile ve TBK m.584’ün dolanılması sonucuna

⁴⁶ŞEKER, Kefalet, s. 26.

⁴⁷ GÜMÜŞ, s. 347; REİSOĞLU, s. 90; DEVELİOĞLU, s. 181.

⁴⁸ ÖZEN, s. 181.

⁴⁹ ÖZEN, s. 181.

⁵⁰ BADUR Emel, “Eşin Rızası”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1328>, erişim tarihi: 28.10.2017, s. 289.

⁵¹ AKSOYOĞLU Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, S. 72, İstanbul 2010, s. 99; YILMAZ Merve, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Y.2, S. 7, Ankara 2011, s. 77

⁵²ŞEKER, Kefalet, s. 28.

sebeplere olacaktır. Bu nedenlerle TMK m. 2 baz alınarak da rıza vermeyen eş, rıza vermeye zorlanamayacaktır. Zira eşe rıza gösterip göstermeme hususunda mutlak bir yetki tanınmıştır. Eşin bir gerekçe göstermeksizin rıza vermektan imtina etme hakkı bulunduğuna göre, rıza göstermemesinin yahut rıza göstermemek için dayandığı gerekçesinin TMK m. 2'ye uygunluğunu denetlemek de anlamsızdır. Kanun Koyucunun bilinçli olarak düzenlemiş olduğu TBK m. 584 karşısında, kefil olmak isteyen eş diğer eş, TMK m.195 ya da TMK m. 2 bakımından rıza vermeye zorlayamamalıdır.

Eşin rıza verme işlemi, irade sakatlığı hallerinden birinin bulunması durumunda iptal edilebilir⁵³. Kefalet sözleşmesine taraf olmayan asıl borçlunun hilesi, hem kefil olan eş bakımından, hem de kefalet sözleşmesine rıza gösteren eş bakımından üçüncü şahsın hilesi olarak değerlendirilebilir⁵⁴. Üçüncü şahsın hilesi durumunda, alacaklı kişinin bu hileyi bilip bilmemesi önemli bir husustur. Alacaklı kişi hileyi biliyor veya bilmesi gerekiyor ise, üçüncü kişinin hilesi alacaklının hilesi sayılacaktır⁵⁵. Bu halde TBK m.36/2 göz önünde bulundurularak, üçüncü şahsın hilesi ileri sürülüp, eşin rızası iptal edilebilir. Fakat alacaklı üçüncü şahsın hilesini bilmiyor ya da bilmesi gerekmiyorsa, alacaklı korunur ve hileye dayanılarak eşin rızası iptal edilemez. Eğer koşulları mevcutsa hata hükümlerine başvurulabilir⁵⁶.

Kefalet sözleşmesine rıza gösteren eş, bu rızayı verirken hataya düşmüş ise, hata hükümlerine dayanılarak rızayı iptal edebilecektir. Örneğin, adi kefalet sözleşmesine rıza verdiğini düşünen fakat müteselsil kefalet sözleşmesine rıza vermiş olan eş, beyanda esaslı yanılma sebebini öne sürerek rızasını iptal edebilecektir⁵⁷. Fakat bu durumda da alacaklı kişi, TBK m. 34/2 kapsamında, kefalet sözleşmesinin, rıza verenin iradesine uygun olarak, adi kefalet sözleşmesi olarak kurulmasını kabul ettiğini bildirdiği durumda, dürüstlük kuralı çerçevesinde ilgili hukuki işlem adi kefalet sözleşmesi olarak yapılmış olur ve rıza veren eş hata hükümlerini öne sürerek rızasını iptal edemez⁵⁸.

⁵³ KIRCA, s. 446; ÖZEN, s. 182; GÜMÜŞ, s. 347; REİSOĞLU, s. 92.

⁵⁴ ÖZEN, s. 182.

⁵⁵ŞEKER, Kefalet, s. 29.

⁵⁶ŞEKER, Kefalet, s. 29.

⁵⁷ŞEKER, Kefalet, s. 29.

⁵⁸ ÖZEN, s. 189.

Eş rızasını şarta bağlı olarak da verebilir⁵⁹. Rızanın verilip verilmediği konusunda netlik yoksa, alacaklı, TMK m. 6 kapsamında rızanın varlığını ispat edecektir⁶⁰.

E. RIZANIN VERİLME ŞEKLİ VE İÇERİĞİ

Rızanın verilmesi adi yazılı şekle tabi bir işlemdir⁶¹. Rıza beyanının, rızayı veren eş tarafından imzalanması gerekli ve yeterlidir⁶². Noterlikçe düzenlenmesi ya da onanması gerekmemektedir⁶³. Rıza verilmesinin yazılı şekle bağlanması, ispat değil, geçerlilik şeklidir⁶⁴. Rızası alınması gereken eş, imza atamayacak durumda ise, TBK m. 16'nın uygulanmasına gidilecektir.

TBK m. 583'te düzenlenmiş olan, kefalet sözleşmesinin geçerliliği bakımından aranan şekil şartları, eşin vereceği rıza beyanı bakımından aranmamaktadır⁶⁵. Zira bu maddede verilen rıza beyanının şekli değil, yapılan kefalet sözleşmesinin şekli düzenlenmiştir⁶⁶. Kefalet sözleşmesine verilecek olan rıza beyanının şekline ilişkin düzenleme TBK m. 584'te bulunmaktadır.

Doktrinde, 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu'nun 5/1. maddesinde, güvenli elektronik imzanın, elle atılan imzayla aynı hukuki sonucu doğuracağı, Elektronik İmza Kanunu'nun 22. maddesi ve TBK m.15/1'e göre de, güvenli elektronik imza, el yazısı ile atılmış imzanın tüm hukuki sonuçlarını doğuracağı, fakat Elektronik İmza Kanunu m. 5/2'de, kanunların resmi şekle ya da özel merasime tabi tuttuğu hukuki işlemler ile kefalet gibi teminat sözleşmelerinin güvenli elektronik imza ile yapılamayacağını düzenlediği, bu hükmün kapsamına kefalet gibi teminat sözleşmelerinin de sokulduğu; buna rağmen kefalet sözleşmesinde aranan eşin eşin rızasının, kefalet sözleşmesinden farklı olarak teminat amacı gütmeyeceği ve tek taraflı bir hukuki işlem olduğu; bu nedenle de kefalet sözleşmesinden farklı olarak, kefalet sözleşmesi için verilmesi gereken eşin rızasının güvenli elektronik imza yolu ile verilebileceği haklı olarak ifade edilmiştir⁶⁷. Bir başka deyişle, kefalet sözleşmesi elektronik imza ile kurulamazken, kefalet sözleşmesi için eş rızasını elektronik imza ile verebilecektir.

⁵⁹ÖZEN, s. 179; ZEVLİLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016, s. 717.

⁶⁰ ÖZEN, s. 181; KIRCA, s. 446; BAŞ, s. 125.

⁶¹ ZEVLİLİLER/GÖKYAYLA, s. 716; GÜMÜŞ, s. 343; KIRCA, s. 443.

⁶²ŞEKER, Kefalet, s. 30.

⁶³ KIRCA, s. 443.

⁶⁴ GÜMÜŞ, s. 343; REİSOĞLU, s. 89.

⁶⁵ KIRCA, s. 444,445; ÖZEN, s. 180; REİSOĞLU, s. 90.

⁶⁶ŞEKER, Kefalet, s. 30,31.

⁶⁷ KIRCA, s. 443, dn. 443; BAŞ, s. 12, dn. 44; ŞEKER, Kefalet, s. 31.

Eş tarafından verilen rızanın somut ve belirli bir kefalet sözleşmesine ilişkin olarak verilmesi gerekmektedir⁶⁸. Eşler arasında rızanın her kefalet sözleşmesi için ayrı olarak verilmesi gerekmektedir⁶⁹. Kefalet sözleşmesi için eşin vermiş olduğu rızanın, yazılı beyanında hangi kefalet sözleşmesi için olduğu anlaşılmalıdır⁷⁰.

Rıza beyanının bulunduğu yazı, üçüncü kişi tarafından, kefil olacak olan eş tarafından ya da rızası istenen eş tarafından hazırlanabilir⁷¹. Rıza veren eşin rıza verdiği dair bir beyanının kefalet senedinde bulunması yeterlidir⁷² ve ek bir açıklamaya ihtiyaç yoktur⁷³. Rızanın kefalet sözleşmesinde yer alması zorunlu değildir⁷⁴. Kefalet sözleşmesinden ayrı bir belgede de yer alabilir⁷⁵. Kefalet sözleşmesi için verilmiş olan rızanın ayrı bir belgede yer alması halinde, rızanın hangi kefalet sözleşmesi için verildiği şüpheye yer vermeyecek şekilde anlaşılmalıdır⁷⁶. Bir başka anlatımla, rıza kefalet sözleşmesinden ayrı olarak verilirse, rızaya konu kefalet sözleşmesi özellikle belirtilmelidir⁷⁷.

Verilen rıza beyanı ile kefalet sözleşmesi arasında çelişki bulunmamalıdır⁷⁸. Rıza beyanının dışına çıkılarak bir sözleşme yapılması durumunda, sırf rızanın var olması öne sürülerek, beyanın örtüşmediği bir kefalet sözleşmesi yapılamaz⁷⁹. Adi kefalet sözleşmesi için verilmiş olan rıza, müteselsil kefalet sözleşmesi için kullanılırsa kefalet sözleşmesi geçerli olmayacaktır⁸⁰.

Doktrinde bir başka görüş, eşin rızayı adi kefalet vermiş olması fakat kefalet sözleşmesinin müteselsil kefaletle ilişkin olması halinde, sözleşmenin ayakta tutulması ilkesine en uygun olacak çözüm yolunun, müteselsil kefaletin adi kefaleti kapsadığını yani çoğun içinde azı barındırdığı gerekçesini öne sürerek, sözleşmenin adi kefalet sözleşmesi olarak devam ettirilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁸¹

⁶⁸ŞEKER, Kefalet, s. 31.

⁶⁹ KIRCA, s. 444, GÜMÜŞ, s. 347, REİSOĞLU, s. 91.

⁷⁰ KIRCA, s. 444.

⁷¹ ÖZEN, s. 180.

⁷² KIRCA, s. 445.

⁷³ŞEKER, Kefalet, s. 32.

⁷⁴ GÜMÜŞ, s. 343; REİSOĞLU, s. 92.

⁷⁵ REİSOĞLU, s. 92; ÖZEN, s.180; KIRCA, s. 445; GÜMÜŞ, s. 343.

⁷⁶ KIRCA, s. 445.

⁷⁷ KIRCA, s. 444.

⁷⁸ KIRCA, s. 445.

⁷⁹ŞEKER, Kefalet, s. 33.

⁸⁰ KIRCA, s. 445; ÖZEN, s. 183; BAŞ, s. 126.

⁸¹bkz. BADUR, s. 292; ÖKTEM ÇEVİK Seda, "6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası", BÜHFD Kazancı Hukuk Dergisi,2012, Yıl:2011, C. 8, S. 89-90, s. 123-124.

Bir başka husus olan rıza beyanında belirtilmiş olan miktardan daha fazla bir miktar için kefalet sözleşmesi yapıldığı durumda da, rızanın bulunmaması sebebiyle kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır⁸².

Doktrinde *Badur*'a göre ise⁸³, kefalet sözleşmesinde, eşin rıza gösterdiği azami miktarı aşan bir miktar kefilin sorumluluk oranı olarak belirlenirse, kısmi hükümsüzlük kuralları uygulanmalı ve eşin rıza göstermiş olduğu miktara kadar olan kısım üzerinden sözleşme ayakta tutulmalıdır.

Eşin vermiş olduğu rızada belirtilmiş olan limitin altında kalan bir kefalet sözleşmesinin kurulması söz konusu ise, kefalet sözleşmesi geçerli olacaktır. Doktrinde çoğu için rıza gösterenin daha azı için de rıza göstereceği ifade edilmektedir⁸⁴. Ailenin korunması amacına hizmet eden ilgili maddenin amacına da bu uygun düşmektedir. Bu halde rıza beyanı ile kefalet sözleşmesi arasında çelişki olduğuna dayanılarak, kefalet sözleşmesinin eksikliğinin iddia edilmesi ve bundan dolayı geçersiz sayılması TMK 2. maddede düzenlenmiş olan dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir⁸⁵.

Kanımızca, eşin rıza gösterdiği miktarı aşmayan kefalet sözleşmeleri, doğrudan aynı miktar olmadığı halde geçerli olduğuna göre, rıza gösterilmiş olan miktarı aşan bir kefalet sözleşmesi söz konusu olduğunda da bu sözleşme, rıza gösterilmiş olan miktar üzerinden kurulmuş olarak kabul edilmelidir.

Rıza beyanında, kefilinsorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin, asıl borcun, alacaklının, kefalet türünün bulunması gerekmektedir⁸⁶. Rıza beyanının yazıldığı belgeden, hangi kefalet sözleşmesi için verildiğinin anlaşılması gerekli ve yeterlidir⁸⁷. Fakat ispat bakımından düşünüldüğünde, bu hususların da yazılı rıza beyanında bulunması fayda sağlayacaktır⁸⁸.

⁸² KIRCA, s. 445.

⁸³ BADUR, s. 292.

⁸⁴ŞEKER, Kefalet, s. 34.

⁸⁵ŞEKER, Kefalet, s. 34.

⁸⁶ KIRCA, s. 444.

⁸⁷ KIRCA, s. 444.

⁸⁸ KIRCA, s. 444.

F. RIZANIN VERİLMESİNİN ZAMANI

TBK m.584/1'e göre, eş tarafından verilecek olan yazılı rızanın, sözleşme kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması sırasında verilmesi gerekmektedir. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin uygulaması da bu yöndedir⁸⁹.

Bu konuda bir çekişme olması halinde yazılı rızanın verilme anını, yani sözleşme kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulma anında verildiğini ispatlama yükümlülüğü alacaklıdadır⁹⁰. Kefilin kefalet sözleşmesini imzalamasının hemen ardından, rıza beyanı kefalet senedine dahilse eşin rıza beyanını vermesi anlamında kefalet senedini imzalaması veya kefalet senedinden ayrı olarak rıza beyanını içeren belgeyi derhal ibraz etmesi hallerinde işlem sürecinde bir kesinti oluşmadığı ve işlem bütünlüğü sağlandığı için, eşin rızası kanuna uygun kabul edilmelidir⁹¹. Aksi halde eşin rızasının kanuna uygun olmadığı kabul edilmesi durumunda TMK 2. maddeye aykırılıksöz konusu olacaktır⁹².

Gelecekte yapılacak olan kefalet sözleşmelerini içeren şekilde bir rıza verilemez. İleride yapılması düşünülen tüm kefalet sözleşmelerini kapsayacak biçimde veya belirli bir zaman dilimini kapsayan kefalet sözleşmelerine ilişkin ya da bir üst limit belirleyerek bu üst limite kadar olan tüm kefalet sözleşmelerini kapsayacak biçimde yapılan, verilen rızanın hangi kefalet sözleşmesine dair verildiği belirli olmayan, genel ve soyut nitelikli bir rıza verilmesi düşünülemez⁹³. Fakat eş tarafından incelenebilir ve değerlendirilebilir olmakla birlikte, somutlaştırılmış olan birden çok kefalet sözleşmesi için tek bir belge ile yazılı beyanla rıza gösterilebilir⁹⁴.

G. RIZANIN HİÇ VEYA USULÜNE UYGUN OLARAK VERİLMEMESİNİN YAPTIRIMI

Kefalet sözleşmesinin kurulması için, eşin rızasının varlığı bir geçerlilik şartıdır. Eşin rızası şartının gerçekleşmemesi, iki şekilde karşımıza çıkabilir. İlki eşin rıza açıklamasında bulunmaması, ikincisi ise rızasını açıklamakla birlikte bu açıklamanın usulüne uygun gerçekleşmemesi durumudur⁹⁵. Örneğin kanunun adi yazılı şekle tabi tuttuğu rıza açıklaması,

⁸⁹ Yargıtay 11. H.D., E. 2013/8155, K. 2013/11444, T. 3.6.2013.

⁹⁰ ŞEKER, Kefalet, s. 35.

⁹¹ KIRCA, s. 447; DEVELİOĞLU, s. 179, dn. 686.

⁹² ŞEKER, Kefalet, s. 35.

⁹³ KIRCA, s. 444; ÖZEN, s. 180; GÜMÜŞ, s. 347; REİSOĞLU, s. 91.

⁹⁴ ÖZEN, s. 180; KIRCA, s. 444; GÜMÜŞ, s. 347.

⁹⁵ ŞEKER, Kefalet, s. 36.

eş tarafından sözlü olarak açıklanırsa, bir rıza verilmiş olmakla birlikte usulüne uygun olarak verilmemiştir ve bu nedenle geçersizdir.

Bir başka anlatımla rızanın hiç verilmemiş olması ya da usulüne uygun olarak verilmemiş olması durumlarında kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır. Kefalet sözleşmesi, eş tarafından verilmiş olan rızanın kapsamını aşılırsa da kefalet sözleşmesinin geçersizliği söz konusu olur⁹⁶. Rızanın kapsamını aşmaktan kasıt, adi kefalet için rıza verilmişse fakat müteselsil kefalet sözleşmesi yapılmışsa, verilen rızada belirtilen miktarın üzerinde bir kefalet sözleşmesi kurulmuşsa rızanın kapsamı aşılmış olacak ve kefalet sözleşmesi geçersiz olacaktır⁹⁷. Kısmi hükümsüzlük kuralı bu halde uygulanmayacak olup, kefalet sözleşmesinin tümü geçersiz hale gelecektir⁹⁸.

Rızanın bulunmaması halinde, kefalet sözleşmesi yapma ehliyeti eksikliği sebebiyle geçersiz olacaktır⁹⁹. Çünkü rıza, kefil olacak olan eşin kefil olma ehliyetini sınırlamaktadır¹⁰⁰. Rızanın verilmemiş olması ya da verilmekle birlikte usulüne uygun olmamasının yaptırımını kesin hükümsüzlüktür¹⁰¹. Bunun sebebi, TBK m.584/1'de düzenlendiği üzere, sonradan verilecek bir icazet ile geçersizliğin düzeltilemeyecek olması ve eşin rızasının tamamlayıcı bir unsur değil fakat geçerlilik unsuru olmasıdır¹⁰². Dolayısıyla bu halde, noksanlık değil geçersizlikten dolayı kesin hükümsüzlük mevcuttur¹⁰³.

Rızanın bulunmaması sebebiyle, geçersiz olan kefalet sözleşmesinin daha sonra rıza verilerek düzeltilmesi mümkün değildir. Eşler boşansalar dahi, rıza yokluğu nedeniyle geçersiz olan kefalet sözleşmesi geçerli hale gelmeyecektir¹⁰⁴. Kefalet sözleşmesinin geçersizliği, hakim tarafından re'sen dikkate alınır¹⁰⁵.

⁹⁶ŞEKER, Kefalet, s. 36.

⁹⁷ŞEKER, Kefalet, s. 36.

⁹⁸ GÜMÜŞ, s. 347; ÖZEN, s. 182-183.

⁹⁹ ÖZEN, s. 174-180; BAŞ, s. 117.

¹⁰⁰ ÖZEN, s. 180; KIRCA, s. 438.

¹⁰¹ GÜMÜŞ, s. 347; ZEVKLİLER/GÖGYAYLA, s. 717; BAŞ, s. 125.

¹⁰²ŞEKER, Kefalet, s. 37.

¹⁰³ KIRCA, s. 448; ZEVKLİLER/GÖGYAYLA, s. 717; BARLAS Nami, "Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması", Makalelerim, C. I, İstanbul 2008,(Kefalet – Sorunlar), s. 375; BARLAS Nami, "Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları", Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, Derleyen: Doç Dr. M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, (Geçerlilik Şartları), s. 362; BARLAS Nami, "Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun Kefaletle İlişkin Düzenlemeleri, İzmir Barosu Dergisi, Y. 76, S. 2, Nisan 2011, <http://www.izmirbarosu.org.tr/Yayin/13/sayi-2011-2.aspx>, Erişim: 02.11.2017, s. 19.

¹⁰⁴ ÖZEN, s. 181.

¹⁰⁵ GÜMÜŞ, s. 348.

TBK m. 584/2'ye göre, kefalet sözleşmesinin içeriğinde bir değişikliğe gidiliyorsa, ilgili değişikliğin geçerli olabilmesi için yine eşin rızası gerekmektedir. Bu durumda da rıza yokluğu, değişikliği geçersiz hale getirecektir. Kefalet sözleşmesi değişiklikten etkilenmeden önceki hali ile geçerli olmaya devam edecektir. Miktar üzerinde artış olacaksa eski miktar üzerinden, kefalet türünde değişikliğe gidilecekse de önceki kefalet türü üzerinden rıza geçerli olmaya devam edecektir¹⁰⁶.

Kefilin yararına olan düzenlemelerin değiştirilerek önemli derecede azaltılması halinde, kefil olan kişi rıza göstermişse de, eşi bu değişikliklere rıza göstermezse kefilin rıza göstermesi bir anlam ifade etmeyecek ve değişiklik geçersiz olacaktır¹⁰⁷. Bu durumda TBK 592. madde uygulama alanı bulabilecek ve 1. fıkra kapsamında, teminatların azalması oranında kefilin sorumluluğu da azalacaktır¹⁰⁸. TBK m.592/1'e göre, alacaklı, kefalet sırasında var olan veya daha sonra asıl borçludan alacağın özel güvencesi olmak üzere elde ettiği rehin haklarını, güvenceyi ve rüçhan haklarını kefilin zararına olarak azaltırsa, zararın daha az olduğu alacaklı tarafından ispat edilmedikçe, kefilin sorumluluğu da buna uygun düşen bir miktarda azalır. Kefilin fazladan ödediği miktarın geri verilmesini isteme hakkı saklıdır.

Alacaklı, kefilin daha önce vermiş olduğu izni öne sürerek, söz konusu teminatları azalttığını ileri süremez¹⁰⁹. Çünkü kefilin teminatların azalmasına ilişkin olarak alacaklıya izin vermeden önce eşinin rızasını alması gerekmektedir. Eşin rızası da soyut ve belirsiz bir kefalet sözleşmesi için değil fakat şartları belirli ve somutlaştırılmış bir kefalet sözleşmesi için geçerli olduğundan, alacaklının bu iddiası dayanaksız kalacak ve kefalet sözleşmesindeki bu değişiklik geçersiz olacaktır.

TBK m. 592/4 kapsamında, kefil borcundan tamamen de kurtulabilir¹¹⁰. İlgili maddeye göre, alacaklı, haklı bir sebep olmaksızın yükümlülüklerini yerine getirmez, ağır kusuruyla mevcut belgeleri veya rehinleri ya da sorumlu olduğu diğer güvenceleri elinden çıkarırsa, kefil borcundan kurtulur. Bu durumda kefil, ödediğinin geri verilmesini ve varsa ek zararının giderilmesini isteyebilir.

Birlikte kefalet halinde, alacaklının kefillerden birini kefalet borcundan kurtarması durumunda, eşinin rızasını almaksızın izin veren kefil eşin bu izni, TBK m.584/2'ye göre, kefil

¹⁰⁶ŞEKER, Kefalet, s. 38.

¹⁰⁷ ÖZEN, s. 182; GÜMÜŞ, s. 348-349; REİSOĞLU, s. 91.

¹⁰⁸ ÖZEN, s. 182.

¹⁰⁹ŞEKER, Kefalet, s. 38.

¹¹⁰ ÖZEN, s. 182.

olan eş yararına olan güvenceyi önemli miktarda azalttığı için geçerli olmayacaktır. Bu nedenle kefil eş de, TBK m. 587/3 kapsamında, kefalet borcundan kurtulabilecektir¹¹¹. TBK m. 587/3'e göre, alacaklı, kefilin aynı alacak için başka kişilerin de kefil olduğunu veya olacağını varsayarak kefalet ettiğini biliyor veya bilmesi gerekiyorsa, bu varsayımın sonradan gerçekleşmemesi veya kefillerden birinin alacaklı tarafından kefalet borcundan kurtarılması ya da kefaletinin hükümsüz olduğuna karar verilmesi durumunda kefil, kefalet borcundan kurtulur.

III. EŞİN RIZASININ ARANDIĞI HALLER

A. KEFALET SÖZLEŞMESİNDE SONRADAN YAPILAN DEĞİŞİKLİKLERE GÖRE EŞİN RIZASININ ARANMASI

TBK m. 584/2'ye göre, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan ve kefilin sorumlu olacağı miktarın artmasına veya adi kefaletin müteselsil kefalete dönüşmesine ya da kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına sebep olmayan değişiklikler için eşin rızası gerekmemektedir.

İlgili fıkranın cümle yapısına bakıldığında, burada düzenlenen hususların eşin rızasının aranmadığı haller başlığı altında incelenmesi gerekmektedir¹¹². Fakat madde olumlu cümle yapısına çevrildiğinde söz konusu fıkra da yer alan düzenlemelerde eşin rızasının alınması gerektiği anlaşılmaktadır¹¹³. Bu sebeple TBK m. 584/2'yi bu başlık altında inceleyeceğiz.

TBK m. 584/1 kefalet sözleşmesinin kurulma anında uygulama alanı bulurken, TBK m. 584/2 sözleşme kurulduktan sonra, kefilin durumunun ağırlaşmış ağırlaşmadığı göz önünde bulundurulmaktadır. Fakat 2. fıkranın uygulanması durumunda da, ayrılık kararı verilmişse ya da eşin ayrı yaşama hakkı doğmuşsa 1. fıkra kapsamında eşin rızası aranmayacaktır¹¹⁴.

Eşin rızası, TBK m. 584/2'de sınırlayıcı şekilde sayılmış olan üç değişiklik durumunda aranmaktadır¹¹⁵. Madde 584/2'nin düzenlenmesindeki amaç madde 584/1'in dolanılmamasıdır¹¹⁶. İlgili maddede düzenlenmiş olan değişiklik için de rızanın sözleşme

¹¹¹ ÖZEN, s. 182; GÜMÜŞ, s. 348-349; ŞEKER, Kefalet, s. 39.

¹¹² ŞEKER, Kefalet, s. 40.

¹¹³ ŞEKER, Kefalet, s. 40.

¹¹⁴ ŞEKER, Kefalet, s. 40.

¹¹⁵ ÖZEN, s. 177; KIRCA, s. 441.

¹¹⁶ KIRCA, s. 441; BAŞ, s. 120.

değiştirilmeden ya da en geç değiştirilmesi anında verilmesi gerekmektedir¹¹⁷. Evli değilken yapılmış olan bir kefalet sözleşmesinin evlilik sonrasında değişikliğe uğraması halinde de eşin rızasının alınması gerekmektedir¹¹⁸. Bizim de katıldığımız görüş olan *Badur*'un görüşüne göre,¹¹⁹ sözleşme kurulurken rıza göstermemiş olan kişinin sözleşmenin değiştirilmesi sırasında rıza göstermesinin gerekli olmadığı düşünülebilecekse de, maddenin gayesi evlilik birliğini korumak olduğu için ve söz konusu durumda kefilin sorumluluğunun arttığı göz önüne alındığında eşin rızasının alınmasının bir gerekliliktir.

TBK m.584/2'de sınırlı şekilde sayılmış olan¹²⁰ durumların ortak noktası, yapılan değişikliklerin kefil olan kişinin sorumluluğunu ağırlaştırıyor olmasıdır¹²¹. Kefil olanın lehine olan değişiklikler için eşin rıza vermesine gerek yoktur¹²². Maddede düzenlenmiş olan üç hususu ayrı ayrı incelemekte fayda görüyoruz.

1. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Kefilin Sorumlu Olacağı Miktarın Artmasına Sebep Olan Değişiklikler

Kefil ile alacaklı arasında yapılmış olan kefalet sözleşmesinde kararlaştırılmış olan kefilin sorumlu olacağı miktarın, daha sonra arttırılmasına neden olan değişiklikler için eşin rızası alınmalıdır¹²³. Fakat TBK m.583/1'e¹²⁴ bakıldığında bu değişiklik neticesinde kefilin sorumluluğu, eşin daha önce rıza göstermiş olduğu, kefilin sorumlu olduğu azami miktarı aşmadığı takdirde, bu değişiklik için eşin rızası aranmamalıdır¹²⁵. Fakat eşin önceden rıza göstermiş olduğu azami miktarı aşan değişiklikler için rıza alınmak zorundadır¹²⁶. Bu durumda TBK m. 584/2'de düzenlenen "kefilin sorumlu olacağı miktarın" ifadesini, TBK m. 583/1 göz önünde tutularak, "kefilin sorumlu olduğu azami miktar" olarak anlamak ve uygulamak daha uygun olacaktır¹²⁷.

¹¹⁷ BAŞ, s. 120.

¹¹⁸ ŞEKER, Kefalet, s. 41.

¹¹⁹ BADUR,

¹²⁰ KIRCA, s. 441; BAŞ, s. 120.

¹²¹ ŞEKER, Kefalet, s. 41.

¹²² REİSOĞLU, s. 91; ZEVKLİLER/GÖGYAYLA, s. 717.

¹²³ GÜMÜŞ, s. 344; KIRCA, s. 441.

¹²⁴ TBK m. 583/1:" Kefalet sözleşmesi, yazılı şekilde yapılmadıkça ve kefilin sorumlu olacağı azamî miktar ile kefalet tarihi belirtilmedikçe geçerli olmaz. Kefilin, sorumlu olduğu azamî miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil olması durumunda, bu sıfatla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kefalet sözleşmesinde kendi el yazısıyla belirtmesi şarttır."

¹²⁵ GÜMÜŞ, s. 344.

¹²⁶ ŞEKER, Kefalet, s. 42.

¹²⁷ GÜMÜŞ, s. 344.

2. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Adi Kefaletin Müteselsil Kefalet Dönüşmesine Sebep Olan Değişiklikler

Kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra, kefalet sözleşmesinin adi kefaletten müteselsil kefalet dönüşürülmesine dair yapılan değişiklikler için eşin rızası gerekmekte ve madde metninden anlaşılacakla birlikte, adi birlikte kefil olanlar arasında, aralarında bölme definden vazgeçme sonucunu doğuracak olan müteselsil kefalet dönüşmesi anlamında bir karara varılması durumunda da eşlerin rızası aranmaktadır¹²⁸.

3. Kefalet Sözleşmesinde Sonradan Yapılan ve Kefil Yararına Olan Güvencelerin Önemli Ölçüde Azalmasına Sebep Olan Değişiklikler

Kefilin yararına olan güvencelerin önemli derecede azalmasına sebebiyet verecek olan değişikliklerin kefalet sözleşmesinden sonra yapılması için eşin rızasının alınması şarttır. Güvencenin kapsamına yalnızca aynı güvenceler değil, şahsi güvenceler de girmektedir¹²⁹. İpoteğin kısmen ya da tamamen çözülmesi, asıl borçlunun değişmesi sebebiyle borcun nakli, müteselsil borçlulardan birinin ibrası; kefil olunurken, varlığına güvenilen diğer kefilin sonradan alacaklı tarafından ibra edilmesi, kefalet süresinin uzatılması, şeklindeki örneklerde yalnızca kefil olanın rıza vermesi yeterli olmayıp, eşinin rızasının da alınması gerekmektedir¹³⁰.

TBK m. 584'te yer alan "kefil yararına olan güvencelerin önemli ölçüde azalmasına" ifadesine yer verilmesindeki asıl gaye, eşin ve evlilik birliğinin korunması olduğu için TBK m. 592/1 kapsamında rüçhan haklarının kefilin zararına olarak azaltılması durumunda da eşin rızasının alınması gerekmektedir¹³¹. Bilhassa borcun nakli durumunda, kefilin TBK m. 198 bakımından borcun nakline yazılı rıza göstermesi yeterli olmayacak, buna ek olarak eşinin rızası da aranacaktır. Alacaklı için olduğu kadar kefil için de borçlunun güvenilirliği ve malvarlığı önem taşımaktadır. Halefiyetilkesi gereği alacaklıya halef olacak olan kefil için borçlunun malvarlığı bir güvence oluşturmaktadır¹³². Borcun ekonomik anlamda daha zayıf olan bir borçluya nakli söz konusu olursa, bu durumda TBK m. 584/2 bakımından güvence azalmış sayılacak ve eşin rızasının alınması gerekecektir¹³³. Fakat borcun eski borçluya oranla

¹²⁸ŞEKER, Kefalet, s. 42-43.

¹²⁹ ÖZEN, s. 178; KIRCA, s. 442; GÜMÜŞ, s. 344; REİSOĞLU, s. 92; ZEVKLİLER/GÖKYAYLA, s. 717.

¹³⁰ŞEKER, Kefalet, s. 43; ÖZEN, s. 178; KIRCA, s. 442; GÜMÜŞ, s. 345; REİSOĞLU, s. 92; DEVELİOĞLU, s. 180.

¹³¹ GÜMÜŞ, s. 345.

¹³²ŞEKER, Kefalet, s. 43-44.

¹³³ŞEKER, Kefalet, s. 44; BAŞ, s. 120.

ekonomik açıdan daha güçlü bir kişiye devri söz konusu olursa, eşin rızasının olmadığı hususunun ileri sürülmesi, hakkın kötüye kullanılması olarak kabul edilebilecektir¹³⁴.

Taksitle ödenmekte olan bir borca kefalette ise, ödeme tarihlerinin ileri bir tarihe ertelenmesi, rehin konusunun rayiç bedelinin azalması, aynı ya da fazla değerde olması koşuluyla rehin konusunun değiştirilmesi, birlikte kefilin ödeme gücünde büyük kayıp olması gibi durumlarda, kefil yararına olan güvencelerin önemli derecede azalmasına sebep olan değişikliklerin varlığından söz edemeyiz¹³⁵. Bu nedenle de bu hallerde eşin rızasının alınması gerekmemektedir.

Kefil yararına olan güvencelerdeki azalmanın önemli derecede olup olmadığı, yapılan değişiklikler göz önünde bulundurularak, somut duruma göre değerlendirilecektir¹³⁶. Çok önemli olmayan azalmaların olması durumunda eşin rızasına gidilmesi gerekmeyecektir¹³⁷. Fakat kefilin yararına olan güvencelerin önemli derecede azalıp azalmadığını hakim somut olayı değerlendirerek tespit edeceğine göre, tedbir amaçlı olarak her değişiklikte eşin rızasının alınması mağduriyete sebebiyet vermemesi anlamında en sağlıklı yol olarak gözükmektedir¹³⁸.

B. KENDİ ADINA KEFİL OLMA KONUSUNDA ÖZEL YETKİ VERİLMESİ YA DA ÜÇÜNCÜ KİŞİYE KEFİL OLMA VAADİNDE BULUNULMASI DURUMUNDA EŞİN RIZASININ ARANMASI

TBK m. 583/2'ye göre, kendi adına kefil olma konusunda 3. kişiye özel yetki verilmesi ve diğer tarafa veya bir üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması da aynı şekil koşullarına bağlıdır.

Kendi adına kefil olması hususunda üçüncü kişiye yetki verilmesi durumunda veya üçüncü bir kişiye kefil olma vaadinde bulunulması yani kefalet sözleşmesi için ön sözleşme yapılması durumunda da eşin rızası alınmalıdır¹³⁹. Yalnızca bu şekilde TBK m. 584'ün kötüye kullanılmasına engel olunabilecektir¹⁴⁰. Aksi durumda TBK m. 583/2 anlamında, kendi adına kefil olması için özel yetki vererek ya da kefalet için ön sözleşme yapılarak eşin rızasının uygulanması şartı kötüye kullanılabilir¹⁴¹. Kendi adına kefil olunması için yetki verilmesi ya da

¹³⁴ŞEKER, Kefalet, s. 44; REİSOĞLU, s. 92.

¹³⁵ ÖZEN, s. 178; KIRCA, s. 442; GÜMÜŞ, s. 345; REİSOĞLU, s. 92; ŞEKER, Kefalet, s. 44.

¹³⁶ KIRCA, s. 443; GÜMÜŞ, s. 345; ÖZEN, s. 178.

¹³⁷ŞEKER, Kefalet, s. 44.

¹³⁸ŞEKER, Kefalet, s. 44.

¹³⁹ ÖZEN, s. 176; KIRCA, s. 440; GÜMÜŞ, s. 348.

¹⁴⁰ŞEKER, Kefalet, s. 45.

¹⁴¹ŞEKER, Kefalet, s. 45.

kefil olma vaadinde bulunulması sırasında eş rıza gösterdiyse, daha sonra kefalet sözleşmesi kurulurken tekrar rıza vermesine gerek yoktur¹⁴².

TBK m. 583/2'ye göre, taraflar, yazılı şekil şartına uymak koşuluyla kefilin sorumluluğunu borcun belirli bir miktarıyla sınırlı tutabilirler¹⁴³.

Doktrine baktığımızda, bu konuda ikili bir ayrımın gidilmesi gerektiği savunulmaktadır. Kendi adına kefil olma konusunda özel yetki verilmesi halinde, temsil olunan eş yalnızca yetkinin verilmesi ile borç altına girmediği için, eşin rızası gerekmemektedir. Temsil yetkisi kullanılarak kefalet sözleşmesinin kurulması anında eşten rıza alınması gerekli ve yeterlidir¹⁴⁴. Üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulduğu durumda ise, asıl kefalet sözleşmesini kurma borcu olduğu için eşin rızasının alınması gerekmektedir¹⁴⁵.

C. KİŞİSEL GÜVENCE VERİLMESİNE İLİŞKİN OLARAK BAŞKA AD ALTINDA YAPILMIŞ OLAN SÖZLEŞMELERDE EŞİN RIZASININ ARANMASI

818 sayılı Borçlar Kanunu ve Kaynak İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer verilmemiş olan TBK m. 603, "Uygulama Alanı" başlığı ile kanunumuza yeni dahil edilmiş bir maddedir¹⁴⁶. TBK m. 603, kefaletle ilişkin düzenlemelerin uygulama alanının genişletilerek, kefil koruyan hükümlerden kurtulmak gayesiyle farklı isimler verilerek yapılmış olan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir. Bu şekilde kefalet sözleşmesi yapmak yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılması gibi, alacakların, kefil korumayı amaçlayan hükümleri bertaraf etmesinin ve bu hükümleri dolanmalarının önüne geçilmesi hedeflenmiştir.¹⁴⁷ Fakat eşin rızasının aranmayacağı ifade edildiği durumlarda TBK m. 603'e göre de eşin rızasının aranmaması gerekmektedir¹⁴⁸.

TBK m. 603'e göre kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır. Bu düzenleme göz önüne alındığında, kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, gerçek kişilerce kişisel güvence/teminat verilmesine ilişkin garanti sözleşmesinde, teminat amaçlı borca katılma da teminat amaçlı sözleşmeye katılmada, teminat amaçlı

¹⁴² ÖZEN, s. 176; KIRCA, s. 440; ŞEKER, Kefalet, s. 45.

¹⁴³ ŞEKER, Kefalet, s. 45-46.

¹⁴⁴ ŞEKER, Kefalet, s. 46.

¹⁴⁵ KIRCA, s. 440; BAŞ, s. 122.

¹⁴⁶ ŞEKER, Kefalet, s. 46.

¹⁴⁷ ŞEKER, Kefalet, s. 46; Ayrıca bkz. TBK m. 603'ün gerekçesi.

¹⁴⁸ ŞEKER, Kefalet, s. 46.

müteselsilen sorumlu olacak şekilde sözleşme kurulurken borçlu tarafta yer almada,aval vermede, kredi emrinde de eşin rızası aranmalıdır¹⁴⁹.

TBK m. 603 incelendiğinde anlaşılacağı üzere, ilgili hüküm yalnızca kişisel teminatlar bakımından uygulama alanı bulacak olup, aynı teminatlar bakımından uygulanmayacaktır¹⁵⁰.Bu durumda eşin rızası yalnız ve kişisel teminatlar için söz konusu olacak fakat aynı teminatlar bakımından eşin rızası aranmayacaktır¹⁵¹.

Doktrinde ilgili düzenlemeye dair olumlu görüş bildirenler, kefalet sözleşmesi için Borçlar Kanunu'nda öngörülen düzenlemelerin, öncelikle kefaletle denk ya da daha ağır koşullarda kişisel teminat verilmesine ilişkin sözleşmelere uygulanması gerektiğini, evli bir şahıs eşinin rızasını almadan fer'i nitelikte bulunan bir kefalet sözleşmesi kuramıyorsa garanti sözleşmesinde olduğu gibi bağımsız bir sorumluluğun söz konusu olduğu bir hukuki işlemi de eşinin rızası olmadan yapmaması gerektiğini savunarak TBK m. 603'teki düzenlemenin yerinde bir düzenleme olduğunu ifade etmişlerdir¹⁵².

Düzenleme ile ilgili doktrindeki olumsuz görüşler ise, TBK m. 603'ün hukukun genel ilkelerine ve ruhuna aykırı düştüğü; sözleşme serbestisi ve bunun neticesi olarak şekil serbestisi ve de Anayasa m. 48'de güvence altına alınmış olan sözleşme hürriyeti ilkesine aykırı bulunduğu; geçerlilik şartı olan şekle aykırılığın yaptırımının kesin hükümsüzlük olması sebebiyle, şekil serbestisine getirilecek sınırlamaların kanunda açık bir şekilde belirtilmesi gerektiğini, TBK m. 603'teyse bu sayılanlar göz önüne alınmadan genel bir düzenlemeye yer verildiği; ilgili maddenin hangi sözleşmeler bakımından uygulanacağını belirsiz olmasının uygulamada büyük sorular yaratacağı; maddenin kefalet sözleşmesinin uygulama alanını çok fazla genişlettiği; kefaletle ilişkin hükümlerin dolanılmasına engellemek açısından TBK m. 19'un tek başına yeterli olduğu, zira hakimin de m. 19 bakımından sözleşmeyi nitelendirmek durumunda olduğu ve bunun neticesinde m. 603'ün uygulamasının bu derecede

¹⁴⁹ŞEKER, Kefalet, s. 47.

¹⁵⁰ GÜMÜŞ, s. 369.

¹⁵¹ŞEKER, Kefalet, s. 48.

¹⁵²DEMİR Şamil, "Kefalet Sözleşmesini Uygulama Alanı", <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, erişim tarihi: 31.10.2017, s. 99 vd.; ÖZEN, s. 48; BARLAS (Kefalet-Sorular), s. 386-387; BAŞ, s. 139; ALTOP Atilla, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Genel İşlem Koşulları ve Kefalet Sözleşmesi, İsviçre Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı, İstanbul 2007, s. 160, Naklen,ŞEKER, Kefalet, s. 49; BURCUOĞLU Haluk, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler, Türk İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2010, s. 291.

genişletilmesinin gerekli ve doğru olmadığı, şeklindeki gerekçelerle TBK m. 603'ün yerinde bir düzenleme olmadığını belirtmiřlerdir¹⁵³.

Doktrinde bunlar dışında, TBK m. 603'te kefalet sözleşmesinin uygulama alanı belirlenirken kanun koyucunun, TBK'nin amacını, kanuna egemen olan temel ilkelerden sözleşme serbestisini göz önüne alarak maddenin kapsamına birtakım istisnalarla daraltmamış olması; TBK m. 603'teki kuralın somut olaylara uygulanması durumunda, özellik arz eden bir takım sözleşmeler bakımından problemlere sebebiyet verecek olması, daraltıcı yorum çabalarının somut durumun koşullarına uymaması ve sonuç olarak da adalete uygun olmayan sonuçların meydana gelebileceği, gerekçeleri öne sürülerek, TBK m. 603'te örtülü boşluğun mevcut olduğu ve bunun amaca uygun sınırlamaya başvurularak tamamlanması gerektiğine deęinilmiřtir¹⁵⁴.

Buna ek olarak, TBK m. 603'te *“gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmeler”* biçiminde ifade bulmuş olan ölçütün yeterli olmadığı; ilgili düzenlemenin neticelerinin dürüst kişiler tarafından öngörülebilir sonuçlar olmadığı; maddede kefaletle ilgili düzenlemelerin kişisel güvence verilmesine ilişkin hangi sözleşmelere uygulanacağının maddede sayılması mümkünken, sayma yoluna gidilmeyerek, kanunda düzenlenen ya da düzenlenmeyen kişisel güvence amaçlı tüm sözleşmelere yeni ehliyet ve şekil şartları getirilmesiyle temel ilke olan sözleşme serbestisinin kısıtlanmış olduğu; bu durumu ile maddede örtülü bir boşluğun mevcut olduğu, TBK m. 603'ün uygulama alanının amaca uygun biçimde sınırlandırılmasıyla bu boşluğun yargı kararları ile zamanla doldurulması gerektiği; amaca uygun sınırlamanın, kanunun sağladığı şekil serbestisine güvenerek ya da kanunun öngörmüş olduğu şekil şartlarına uyarak sözleşme yapan kişilerin, güven ilkesi dolayısıyla sözleşmeye dair beklentilerinin boşa çıkmaması için bir gereklilik olduğu da ifade edilmiřtir¹⁵⁵.

IV. İSTİSNA: EŞİN RIZASININ ARANMADIĞI HALLER

Kural, kefalet sözleşmesinde kefilin eşinin rızasının aranmasıdır. Aynı şekilde kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra kefilin sorumluluğunu arttıracak değişiklikler bakımından da eşin

¹⁵³ DEMİR, s. 100; KUNTALP Erden/BARLAS Nami/AYANOğLU MORALİ Ahu/ÇAVUŞOğLU İŞINTAN Pelin/İPEK Mehtap/YAŞAR Mert/KOÇ Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005, s. 273-274; BADUR, s. 294.

¹⁵⁴ DEMİR, s. 101-102.

¹⁵⁵ DEMİR, s. 120- 121.

rızası alınmalıdır. Fakat bazı durumlarda kefilin eşinin rızası aranmamaktadır. Bu gibi istisnai durumlarda, kefalet sözleşmesi için eşinin rızasını almayan kefilin, TBK m. 603 bakımından kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapmış oldukları sözleşmeler için de eşinin rızasını alması gerekmemelidir¹⁵⁶.

Kefilin eşinin rızasının aranmadığı istisnai durumlar şu şekilde sıralanabilir:

A. MAHKEMECE VERİLMİŞ BİR AYRILIK KARARI OLMASI YA DA YASAL OLARAK AYRI YAŞAMA HAKKI DOĞMASI HALİNDE EŞİN RIZASININ ARANMAMASI HUSUSU

1. Mahkemece Verilmiş Bir Ayrılık Kararı Olması

TBK m. 584/1 göz önünde bulundurulduğunda, TMK m. 170/1 kapsamında verilmiş olan bir ayrılık kararı mevcutsa, kefalet sözleşmesi için eşin rızası aranmamaktadır¹⁵⁷. Bu kapsamda ayrılık kararı hakim tarafından verilmektedir¹⁵⁸ ve ayrılık kararının kesinleşmesi gerekmemektedir¹⁵⁹. Fakat bu kapsamda verilmiş bir ayrılık kararı olmaksızın, eşlerin fiili bir ayrılık hali mevcutsa, eşin rızasının alınması gerekmektedir¹⁶⁰. Örneğin, eşi farklı bir ülkede çalışmakla birlikte kendisi Türkiye’de ikamet eden kişi, kefalet sözleşmesi kurmak istediği halde, eşinin rızasını almalıdır¹⁶¹.

2. Yasal Olarak Ayrı Yaşama Hakkının Doğması

TMK m. 197’de sayılmış olan sebeplerden birinin bulunması durumunda eşler ayrı yaşama hakkına sahiptirler. TMK m. 197’ye göre, bir eşin haklı sebeple ayrı yaşayabilmesi için gerekli olan maddi koşulların oluşması yeterli olup, ayrıca bir mahkeme kararına ihtiyaç yoktur¹⁶². TMK m. 197 ile TBK m. 584/1 birlikte değerlendirildiğinde anlaşılmaktadır ki, eşlerin ayrı yaşamasına dair verilmiş bir mahkeme kararı bulunmasa dahi, kanuni olarak ayrı yaşama haklarının ortaya çıkması durumunda, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının alınması gerekmemektedir¹⁶³. Fakat TMK m. 197 bakımından ayrı yaşama hakları bulunan eşler fiilen

¹⁵⁶ŞEKER, Kefalet, s. 52.

¹⁵⁷ ÖZEN, s. 176; REİSOĞLU, s. 89.

¹⁵⁸ GÜMÜŞ, s. 343.

¹⁵⁹ REİSOĞLU, s. 89.

¹⁶⁰ ÖZEN, s. 176; KIRCA, s. 439.

¹⁶¹ŞEKER, Kefalet, s. 52.

¹⁶²DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2014, s. 179.

¹⁶³ ÖZEN, s. 175, GÜMÜŞ, s. 343.

birlikte yaşıyorlarsa, eşin rızasının alınması gerektiğini *Baş*'ın görüşüne göre¹⁶⁴, ayrı yaşama hakkının varlığı durumunda, kefalet sözleşmesi için eşin rızasının aranmamasının sebebi, rıza verecek olan eşe ulaşmanın zorluğudur ve birlikte yaşamaya devam eden eşlerin birbirlerine ulaşmada zorluk yaşamıyor olmalarından dolayı, bu kişilerin kefalet sözleşmesi için rıza alınması gerektiği yönündedir.

*Şeker*¹⁶⁵, böyle bir halde içinde bulunulan durumun özelliklerine bakılarak bir neticeye varılmasının daha yerinde olacağı kanısındadır.

Kanımızca, bir çiftin ayrı yaşamahakları varken kefalet sözleşmesi için diğer eşin rızasının aranmaması söz konusu iken, yalnızca bu hakkı kullanmayıp birlikte yaşamaya devam etmeleri sebebiyle eşin rızasının aranacağı sonucuna varılmak üzere somut olayın değerlendirilmesi sonucunda bir karar verilmesi daha doğru görünmektedir.

“Birlikte yaşamaya ara verilmesi” başlığı ile düzenlenmiş olan TMK m. 197'nin 1. Fıkrasına göre, eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir. İlgili fıkrada düzenlendiği üzere bu halde eşin rızasının aranmaması *Badur*¹⁶⁶ tarafından, ekonomik güvenliğinin tehlikeye düşmesi sebebiyle kendisine ayrı yaşama hakkı verilmiş bulunan eşin, diğer eşin bir kefalet sözleşmesi yapması durumunda rıza gösterme hakkının elinden alınmasının TBK m. 584'ün amacı ile bağdaşmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Yine aynı fıkra ile ilgili olarak *Baş*¹⁶⁷ ise, ailenin ekonomik güvenliğinin eşlerin ayrı yaşamasını gerektirecek derecede tehlikede olması durumunda, ekonomik güvenliği olduğundan daha fazla tehlike içine çekebilecek olan bir kefalet sözleşmesinin geçerliliği için eşin rızasının özellikle aranması gerektiği hususuna değinmiştir.

Aynı maddenin 3. Fıkrasına göre ise, eşlerden biri, haklı bir sebep olmaksızın diğerinin birlikte yaşamaktan kaçınması veya ortak hayatın başka bir sebeple olanaksız hâle gelmesi üzerine de yukarıdaki istemlerde bulunabilir. Eşlerden birinin haklı bir nedene dayanmaksızın birlikte yaşamaya yanaşmaması durumunda ise, haklı nedene dayanmadan birlikte yaşamaktan imtina eden eşin kefalet sözleşmesi kurmak istemesi durumunda, diğer eşin rızasının alınması

¹⁶⁴ BAŞ, s. 118-119.

¹⁶⁵ ŞEKER, Kefalet, s. 53.

¹⁶⁶ BADUR, s. 279-280.

¹⁶⁷ BAŞ, s. 119.

yerinde olacaktır.Haklı bir nedene dayanmaksızın birlikte yaşamaktan imtina eden kişinin eşi ise, eşinin rızasını almadan kefalet sözleşmesi kurabilmelidir¹⁶⁸.

Görüldüğü üzere, ayrılık kararının yalnızca TMK m.170/1 bakımından verilmesi halinde değil, TMK m. 197’de düzenlendiği üzere eşlerin ayrı yaşama hakkının doğması halinde de eşin rızası aranmamaktadır¹⁶⁹. İsviçre Borçlar Kanunu’nda ayrılığa karar verilmiş olması durumunda eşin rızasının aranmayacağı düzenlemesine yer verilmişken, TBK’nin aksine yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğduğu halde eşin rızasının aranmayacağına dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir¹⁷⁰. Bu hali ile TBK, kaynak İsviçre Borçlar Kanunu’ndan ayrılmış ve kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmayacağı haller TBK’de daha ayrıntılı şekilde düzenlenmiştir¹⁷¹.

Boşanma davası açıldığı durumda da eşlerin ayrı yaşama hakkı doğacağı için¹⁷², bu dava devam ederken de kefalet sözleşmesi yapacak olan eşin, eşinin rızasını alması gerekmektedir¹⁷³. İlgili konuda yasal bir düzenleme bulunmamakla birlikte yürürlükten kaldırılmış olan Türk Medeni Kanunu m. 162/2’de şu şekilde bir düzenleme yer almaktaydı: *“Boşanma veya ayrılık davası ikame edildikten sonra karı kocadan her biri dava devam ettikçe diğerinden ayrı yaşamak hakkını haizdir.”* Yürürlükte bulunan Medeni Kanun m. 197’de bu düzenlemeye yer verilmemiştir. Fakat hem doktrinde¹⁷⁴ hem de Yargıtay’da¹⁷⁵ boşanma davasının açılmasıyla birlikte eşlerin ayrı yaşama hakkının meydana geldiği kabul görmektedir¹⁷⁶.

Evliliğin gerek mutlak butlan nedeniyle gerekse nispi butlan nedeniyle geçersizliğinin kesinleşmesi durumunda da kefalet sözleşmesi kurmak isteyen eşin, eşinin rızasını alması gerekmektedir¹⁷⁷.

¹⁶⁸ŞEKER, Kefalet, s. 54.

¹⁶⁹ŞEKER, Kefalet, s. 54.

¹⁷⁰ŞEKER, Kefalet, s. 54.

¹⁷¹ ÖZEN, s. 173.

¹⁷²“Boşanma ya da ayrılık davasının açılmasıyla eşler için ayrı yaşama hakkı doğar.”bkz. DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 131.

¹⁷³ ÖZEN, s. 174; REİSOĞLU, s. 90.

¹⁷⁴ DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 131; BAŞ, s. 118.

¹⁷⁵ Yargıtay HGK, 2008/2-231E., 2008/235 K., 05.03.2008 T., “ÖZET: Dava, boşanma istemine ilişkindir. Somut olayda boşanma davası açılmakla, ayrı yaşama hakkı kazanan ve yeterli geliri olmayan davalı kadın yararına uygun tedbir nafakasına hükmedilmesi gerekirken, yanlış gerekçelerle talebin reddi usul ve yasaya aykırıdır.”

¹⁷⁶ REİSOĞLU, s. 90.

¹⁷⁷ REİSOĞLU, s. 90; ŞEKER, Kefalet, s. 55.

B. GERÇEK KİŞİLER TARAFINDAN KURULACAK OLAN KEFALET SÖZLEŞMELERİNDE EŞİN RIZASININ ARANMADIĞI DURUMLAR

TBK 584. maddeye 3. fıkra eklenmeden önce, TBK m. 584, ticari hayatı ve iş hayatını yavaşlattığı öne sürülerek eleştirilmiştir¹⁷⁸. Bu eleştiriler ışığında, 6455 sayılı Gümrük Kanunu ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, 11.04.2013 tarihli ve 28615 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiş, Kanun Koyucu ilgili kanunun 77. Maddesi ile TBK m. 584'e 3. Fıkrayı eklemek suretiyle bir takım aksaklıkları gidermeyi amaçlamıştır¹⁷⁹.

TBK m. 584/3'e benzer bir düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu m. 494/2'de (Art. 494 Abs. 2 OR) yer almaktaydı¹⁸⁰. Fakat ilgili hüküm ailenin daha iyi korunması amacıyla, 1 Aralık 2005 tarihinden itibaren uygulanmamak üzere, 17 Haziran 2005'te yürürlükten kaldırılmıştır¹⁸¹. Türk Kanun Koyucu, TBK taslağında bir takım farklılıklar mevcut olmak üzere, bu fıkrayı düzenlemişti. Fakat İsviçre Borçlar Kanunu'ndan ilgili fıkranın kaldırılması ile bu fıkra TBK taslağından çıkarılmıştır¹⁸². Taslaktan çıkarılmış olan bu düzenleme, taslaktaki halinden daha ayrıntılı düzenlenerek 6455 Sayılı Kanun'un 77. Maddesi ile TBK m.584'e dahil edilmiştir.

28.03.2013 tarihli ve 6455 Sayılı Kanun'un 77. maddesi ile TBK m.584'ün 3. fıkrasına eklenen düzenlemeye göre, "Ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi veya ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından işletme veya şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler, mesleki faaliyetleri ile ilgili olarak esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf veya sanatkârlar tarafından verilecek kefaletler, 27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler ile tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkârlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullanılacak kredilerde verilecek kefaletler için eşin rızası aranmaz."

¹⁷⁸ŞEKER, Kefalet, s. 56.

¹⁷⁹ŞEKER, Kefalet, s. 56.

¹⁸⁰ŞEKER, Kefalet, s. 26.

¹⁸¹ Art. 494/2 OR'e göre: "Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir kişi tarafından, bireysel bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın ortağı, bir komandit ortaklığın sınırsız sorumlu (komandite) ortağı; bir anonim ortaklığın yöneticisi veya müdürü; bir sermayesi paylara bölünmüş komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yöneticisi ortağı sıfatıyla verilmişse bu rıza aranmaz." Çeviri için bkz. KOÇ Nevzat, İsviçre Borçlar Kanunu'nun Kefalet Sözleşmesine İlişkin Hükümleri, Prof. Dr. Mahmut Tefvik Birsal'e Armağan, Ankara 2016, s. 267-268, Naklen, ŞEKER, Kefalet, s. 56.

¹⁸²ŞEKER, Kefalet, s. 56.

TBK m. 584/3'te sayılmış olan kişilerin, bu düzenlemenin bir getirisi olarak TBK m. 603 bakımından, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yaptıkları diğer sözleşmeler bakımından da eşlerinin rızasını almaları gerekmemelidir¹⁸³. İlgili kişiler için TBK 584. ve 603. maddeler uygulanmamalıdır.

TBK m. 584/3'te sayılmış olan kişilerin eşleri kefalet sözleşmesi kurmak istedikleri takdirde, kendileri bu madde kapsamına girmiyorlarsa, madde kapsamına giren eşten rıza almak durumundadır¹⁸⁴.

İlgili maddeye göre, evli gerçek kişiler tarafından kurulacak olan kefalet sözleşmelerinde eşlerinin rızasının aranmayacağı durumları şu şekilde sıralayabiliriz:

1. Ticaret Siciline Kayıtlı Ticari İşletmenin Sahibi Olan Gerçek Kişi Tacirin Ticari İşletmesi ile İlgili Vereceği Kefaletler

Ticaret siciline kayıtlı olan ticari işletme sahibi gerçek kişi tacirin yalnızca ticari işletmesini ilgilendiren bir kefalet vermesi durumunda eşinin rızası gerekmemektedir. Ticaret siciline kayıtlı bulunmayan tacirin ise, kefalet vermek istemesi durumunda eşinin rızasını alması gerekmektedir. TBK m. 584/3'teki açık düzenlemeden de anlaşıldığı üzere, tacirin ticaret siciline kayıtlı olması bu düzenlemenin uygulanabilmesi açısından mutlak aranan bir koşuldur¹⁸⁵. “Tescil” başlıklı TTK m. 40/1'e göre, her tacir, ticari işletmenin açıldığı günden itibaren onbeş gün içinde, ticari işletmesini ve seçtiği ticaret unvanını, işletme merkezinin bulunduğu yer ticaret siciline tescil ve ilan ettirir. TTK m. 12/1'e göre ise, bir ticari işletmeyi, kısmen de olsa, kendi adına işleten kişiye tacir denir. İlgili düzenlemelerden yola çıkarak, kefalet sözleşmesinde eşin rızasının aranmaması için tacir olmak yetmemekte, buna ek olarak gerçek kişi tacirin ticari işletmesinin, TTK m. 40/1 kapsamında ticaret siciline tescil edilmiş olması da gerekmektedir. Bu nedenle yalnızca ticaret siciline kayıtlı olan bir ticari işletmeyi kısmen de olsa kendi adına işleten gerçek kişi tacirin, işletmesi ile ilgili olarak kuracağı kefalet sözleşmesi için eşinin rızası aranmamaktadır¹⁸⁶.

TTK m. 12/2'deki “*Bir ticari işletmeyi kurup açtığını, ...işletmesini ticaret siciline tescil ettirerek durumu ilan etmiş olan kimse, fiilen işletmeye başlamamış olsa bile tacir sayılır.*” ifadesi karşısında, bu fıkranın kapsamına girerek tacir sayılan kişilerin, işletmesi ile ilgili

¹⁸³ DEMİR, s. 103; ŞEKER, Kefalet, s. 57.

¹⁸⁴ KIRCA, s. 439.

¹⁸⁵ ŞEKER, Kefalet, s. 58.

¹⁸⁶ KIRCA, s. 451-452.

kurmak istedikleri kefalet sözleşmeleri bakımından da eşinin rızası aranmamaktadır. Fakat bir tacir, TTK m. 12/2 anlamında bir ticari işletmeyi kurmuş olduğunu, sirküler, gazete, radyo, televizyon veya diğer ilan şekilleriyle halka bildirmiş olsa dahi, tacir sayılacak olmasına rağmen, TBK m. 584/3'te şüpheye yer vermeyecek şekilde düzenlenmiş olan ticaret siciline tescil şartını yerine getirmemiş olmasından dolayı, kefalet sözleşmesi kurabilmesi için eşinin rızasını almalıdır. TTK m. 12/3 bakımından da, iyi niyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olanların kuracakları kefalet sözleşmelerinde de eşinin rızası aranmaktadır¹⁸⁷.

Ticaret siciline kayıtlı bir ticari işletmenin sahibi olan gerçek kişi tacirin ticari işletmesi ile ilgili olarak vereceği kefaletler bakımından eşinin rızası aranmayacağına göre, gerçek kişi tacirin, ticari işletmesi ile ilgili olarak, diğer bir gerçek kişi ya da tüzel kişi tacir borcu için vereceği kefaletle ilgili eşin rızası aranmaz¹⁸⁸. Asıl borçlu kişinin tacir olması aranmamaktadır¹⁸⁹. Kendisinden mal alacak olan tüketicinin bankadan alacağı bağlı krediye gerçek kişi bir tacirin kefil olması durumunda da eşinin rızası aranmamaktadır¹⁹⁰.

Eşin rızasının hangi koşulda aranacağına ilişkin ölçüt, kefaletin işletme ile ilgili olup olmadığı hususudur. Kefalet, işletmeyi ilgilendiriyorsa eşin rızası aranmayacak, aksi durumda aranacaktır. Belirsizlik ya da tartışma halinde, somut durumu inceleyerek, kefalet sözleşmesinin, işletme ile ilgili olup olmadığını tespit edecek olan kişi hakimdir¹⁹¹.

Yürürlükten kaldırılmış olan Art. 494/2 OR'de, TBK m. 584/3'ten farklı olarak kefaletin işletme ile ilgili olup olmadığına bakılmamakta idi¹⁹². Bir başka anlatımda, ilgili madde kapsamına giren kişilerin yapacağı kefalet sözleşmeleri, işletme ile ilgili olmasa dahi, eşlerinin rızası alınmaksızın yapılabilmekteydi¹⁹³. TBK m. 584/3'e göre ise, eşin rızasını aranmaması için kefaletin işletmeye dair verilmiş olması gerekmektedir. Doktrinde *Kırca*, ticari işletme ile ilgili olma hususunun getirilmiş olmasını isabetli bulmamaktadır¹⁹⁴.

¹⁸⁷ TTK m. 12/3 :“Bir ticari işletme açmış gibi, ister kendi adına, ister adi bir şirket veya her ne suretle olursa olsun hukuken var sayılmayan diğer bir şirket adına ortak sıfatıyla işlemlerde bulunan kimse, iyiniyetli üçüncü kişilere karşı tacir gibi sorumlu olur.”

¹⁸⁸ GÜMÜŞ, s. 346.

¹⁸⁹ GÜMÜŞ, s. 346.

¹⁹⁰ GÜMÜŞ, s. 346.

¹⁹¹ ŞEKER, Kefalet, s. 59.

¹⁹² ŞEKER, Kefalet, s. 59.

¹⁹³ ŞEKER, Kefalet, s. 59.

¹⁹⁴ KIRCA, s, 449.

2. Ticaret Şirketinin Ortak ya da Yöneticisi Tarafından Şirketle İlgili Olarak Verilecek Kefaletle

Yürürlükten kaldırılmış olan Art. 494/2 OR'de, eşin rızasının aranmayacağı şirket ortaklığı ve yöneticilikler sayılmışken, TBK m. 584/2'de bilinçli olarak böyle bir sayım yapılmamış, "*ticaret şirketinin ortak ya da yöneticisi tarafından...şirketle ilgili olarak verilecek kefaletler*" bakımından eşin rızasının aranmayacağı düzenlenmiştir¹⁹⁵.

Ticari şirket ortağı ya da yöneticisinin yalnızca şirket ile ilgili yapacağı kefalet sözleşmeleri bakımından eşinin rızası aranmamaktadır. Ticari şirket ortağının ya da yöneticisinin, şirketin bankaya olan kredi borcu için kefil olması durumunda, eşinin rızası gerekmemektedir¹⁹⁶. Fakat ticari şirket ortağının ya da yöneticisini, başka bir gerçek kişi yahut ticari şirketin borcu için verecek olduğu, kendi şirketini ilgilendirmeyen kefaletler için eşin rızası aranmalıdır¹⁹⁷.

Eşin rızasının aranıp aranmaması hususundaki asıl önemli olan nokta, kefaletin ticari şirket ile ilgili olup olmadığıdır. Kefalet sözleşmesi, ticari şirketi ilgilendiriyorsa, eşin rızası gerekmeyecek; ilgili değilse, eşin rızası gerekecektir. Kefalet sözleşmesinin şirketle alakalı olup olmasının tartışılması durumunda, olayın özelliklerine göre hakim durumu takdir edecektir¹⁹⁸.

Fıkradan da açık bir şekilde anlaşıldığı üzere, adi ortaklıkta, ortakların, adi ortaklıkla ilgili olarak verecekleri kefalet sözleşmeleri için eşin rızası aranmakla birlikte, ticari şirketleri payı üzerinde intifa hakları sahiplerinin ya da denetçilerin verecekleri kefaletlerde de eşin rızası aranmaktadır¹⁹⁹. Fakat adi ortaklık sözleşmesi bakımından, bir ticari işletmeyi işletmek amacıyla bir araya gelen ve ticari işletmenin her biri adına ayrı ayrı olmak üzere tescil edildiği gerçek kişilerin kuracakları kefalet sözleşmeleri bakımından da -ticaret siciline kayıtlı ticari işletmenin sahibi olan gerçek kişi tacirin ticari işletmesi ile ilgili olarak kuracağı kefalet sözleşmeleri için eşinin rızası aranmaz kuralı gereği- eşinin rızası aranmamaktadır²⁰⁰.

Ticaret şirketlerinin ortağı veya yöneticisi tarafından şirketle ilgili olarak kurulacak kefalet sözleşmelerinde Yargıtay'ın da, ticaret şirketinin ortak veya yöneticisinin, şirket ile ilgili

¹⁹⁵ DEMİR, s. 96.

¹⁹⁶ ÖZEN, s. 187; GÜMÜŞ, s. 346.

¹⁹⁷ GÜMÜŞ, s. 346.

¹⁹⁸ ŞEKER, Kefalet, s. 60.

¹⁹⁹ GÜMÜŞ, s. 346.

²⁰⁰ KIRCA, s. 451, dn. 78.

olarak kurulacak olan kefalet sözleşmelerinde eşin rızasının aranmayacağına dair vermiş olduğu kararları mevcuttur²⁰¹.

3. Esnaf ve Sanatkârlar Siciline Kayıtlı Esnaf ve Sanatkârlar Tarafından Mesleki Faaliyetleri ile İlgili Olarak Verilecek Kefaletler

Esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı esnaf ve sanatkârlar tarafından mesleki faaliyetlerine ilişkin olarak yapılacak olan kefalet sözleşmeleri için eşin rızası gerekmemektedir. Eşin rızasının aranıp aranmayacağı hususunda önemli olan nokta, yine kefaletin mesleki faaliyetle ilgili olup olmadığıdır. Kefalet sözleşmesi mesleki faaliyete ilgili olarak yapılırsa rıza aranmayacak, ancak, mesleki faaliyetle ilgili değilse eşin rızası aranacaktır.

Esnaf ve sanatkârlar siciline kayıtlı bulunmayan, esnaf ve sanatkâr içinse, kefaletin mesleki faaliyete ilişkin olmasına bakılmaksızın, eşin rızası aranacaktır²⁰².

Mesleki faaliyeti ile ilgili olması şartı ile esnaf ve sanatkarlar siciline kayıtlı olan bir esnaf, bir başka esnafın ya da gerçek kişi tacirin veya ticaret şirketinin borcu için, eşinin rızası olmaksızın kefalet sözleşmesi yapabilecektir²⁰³.

4. 27/12/2006 Tarihli ve 5570 Sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun Kapsamında Kullanılacak Kredilerde Verilecek Kefaletler

İlgili düzenleme ile eşin rızası alınmaksızın kefil olunabilecek krediler belirlenmiştir. Bu kredilerde eşin rızası aranmayarak, bu kredilerin daha kolay kullanılması sağlanmak istenilmiştir²⁰⁴.

27/12/2006 tarihli ve 5570 sayılı Kamu Sermayeli Bankalar Tarafından Yürütülen Faiz Destekli Kredi Kullanılmasına Dair Kanun kapsamında, tarımsal üretim, esnaf ve sanatkarların desteklenmesi gibi amaçlarla kullanılacak olan krediler için yapılacak olan kefalet sözleşmelerinde, eşin rızası aranmamaktadır²⁰⁵.

²⁰¹ 12. H.D., E. 2014/31820, K. 2015/5930, T. 16.03.2015, karar için bkz. www.kazanci.com, 11. H.D., E. 2016/970, K. 2016/1578, T. 17.02.2016, karar için bkz. www.kazanci.com.

²⁰² GÜMÜŞ, s. 346; ŞEKER, Kefalet, s. 63.

²⁰³ ÖZEN, s. 188.

²⁰⁴ ŞEKER, Kefalet, s. 63.

²⁰⁵ GÜMÜŞ, s. 346.

5. Tarım Kredi, Tarım Satış ve Esnaf ve Sanatkârlar Kredi ve Kefalet Kooperatifleri ile Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Kooperatif Ortaklarına Kullandırılacak Kredilerde Verilecek Kefaletler

Bu düzenleme ile eşin rızasını almaya gerek kalmadan kefil olunabilecek krediler belirtilmiştir. İlgili kredilerde de eşin rızasının aranmayacağı düzenlenmek suretiyle bunların daha kolay kullanılmasını sağlamak amaçlanmıştır. Söz konusu düzenlemeye bakıldığında, tarım kredi, tarım satış ve esnaf ve sanatkarlar kredi ve kefalet kooperatifleri ile kamu kurum ve kuruluşlarınca kooperatif ortaklarına kullandırılacak olan kredilerle ilgili olarak yapılacak olan kefalet sözleşmeleri için de eşin rızası aranmamaktadır²⁰⁶.

Devlet bankalarının da bir kamu kurum ve kuruluşu olması niteliğinden dolayı, devlet bankaları tarafından, kooperatif ortaklarına kullandırılacak olan kredilere verilecek kefaletlerde de kefil eşinin rıza vermesi gerekmemektedir²⁰⁷.

²⁰⁶ŞEKER, Kefalet, s. 64.

²⁰⁷ GÜMÜŞ, s. 346-347.

SONUÇ

Sözleşme serbestisi ilkesi bakımından eşler hem kendi aralarında hem de üçüncü şahıslarla tüm hukuki işlemleri yapabilirler. Evlilik, eşlerin hukuki işlem ehliyetlerine, kural olarak bir sınırlama getirmemektedir. Fakat bu kuralın bir takım istisnaları vardır. TBK m. 584'teki düzenleme de bu istisnalardan biridir. Madde emredici niteliktedir ve amacı aile bütünlüğünün ve evliliğin korunmasıdır.

TBK m. 584 incelendiğinde, kural, kefalette eşin rızasının aranmasıdır. Eşin rıza vermesinin gerekli olmadığı durumlar ise, maddenin birinci, ikinci ve maddeye sonradan dahil edilen 3. fıkrasında yer bulmuştur. Eşin rızasından söz edilebilmesi için taraflar kefalet sözleşmesi kurmalı ya da TBK m. 603 kapsamında gerçek kişilerce kişisel güvence verilmesine ilişkin başka bir sözleşme söz konusu olmalıdır.

Kural olarak rızayı kefilin eşi bizzat vermelidir. Fakat bu hak kişiye sıkı sıkıya bağlı olmadığı için, rıza verecek olan eşin yasal ya da iradi temsilcisi de bu rızayı açıklayabilecektir. TMK m.194/2 ve TBK m. 349/2'de eşten gereken rızanın alınamaması durumunda hakime başvurama hakkı tanınmışken, TBK m. 584'te bu hak verilmemiştir. Rızası istenen eş, bu rızayı verip vermeme konusunda mutlak bir yetkiye sahiptir. Eşin vermiş olduğu rıza, irade sakatlığı hallerinin varlığı durumunda iptal edilebilir. Eş rıza verme yetkisinde önceden feragat edemeyecektir.

Eşin rıza vermesi adi yazılı şekle tabidir. Rıza yazılı olarak verilmelidir. Ancak elektronik imza ile de rıza verilebilir. Rızanın yazılı şekle tabi olması ispat değil fakat geçerlilik şeklidir.

Eşin rızasının sözleşme kurulmadan önce ya da en geç kurulma anında verilmesi gerekmektedir. İleride yapılacak olan kefalet sözleşmelerini kapsayacak biçimde bir rıza verilebilmesi söz konusu değildir. Eş rızayı her somut olay için ayrı ayrı vermelidir.

Rıza bir geçerlilik şartıdır. Kefalet sözleşmesinin kurulabilmesi için muhakkak gerekmektedir. Rızanın bulunmaması halinde, kefalet sözleşmesi kefil olma ehliyeti eksikliği sebebiyle geçersiz olacaktır. Rıza hiç ya da usulüne uygun olarak verilmezse, bunun yaptırımını kesin hükümsüzlüktür.

TBK m. 584/2'ye göre, eşin rızası şu hallerde gereklidir: İlgili fıkranın negatif cümle yapısı, olumlu cümle yapısına çevrildiğinde bu fıkra düzenlenen durumlarla ilgili olarak eşin

rızasının arandığı anlaşılmaktadır. TBK m. 584/1'in ve m. 584/2'nin uygulanması zaman bakımından farklıdır. Kural olarak TBK m. 584/1, kefalet sözleşmesi kurulurken uygulanır. TBK m. 584/2 ise, kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra bu fıkrada sayılan ve kefilin durumunun ağırlaştığı durumlar için uygulama alanı bulacaktır. Fakat ikinci fıkranın uygulanması durumunda, ayrılık kararı verilmişse ya da eşin ayrı yaşama hakkı mevcutsa, birinci fıkra kapsamında eşin rızası aranmayacaktır. TBK m. 584/2'de eşin rızasının arandığı üç farklı durum düzenlenmiştir. Bu üç farklı durumun birleşme noktası ise, kefalet sözleşmesinde sözleşmenin kurulmasından sonra yapılmış olan değişiklikle kefilin sorumluluğunun arttırılmasıdır.

TBK m.583/2'ye göre eşin rızasının gerektiği haller: TBK m. 583/2'nin uygulanmasının söz konusu olduğu durumlarda da eşin rızası aranmaktadır. Bir başka anlatımla, kefil olma konusunda üçüncü bir şahsa özel bir yetki verilmesi halinde veya üçüncü kişiye kefil olma vaadinde bulunulması halinde de eşin rızası aranmalıdır.

TBK m.603 bakımından eşin rızasının arandığı durumlar: TBK m. 603 kapsamında, gerçek kişilerce kişisel güvence/teminat verilmesine ilişkin garanti sözleşmesinde, teminat amaçlı borca katılmada, teminat amaçlı müteselsilen sorumlu olacak şekilde sözleşme kurulurken borçlu tarafta yer almada, kredi emrinde, aval vermede de kefalet sözleşmesinde olduğu gibi, eşin rızası aranmalıdır. Fakat eşin rızasının aranmadığı durumlarda, TBK m. 603 bakımından da eşin rızası aranmamalıdır.

TBK m. 584/1'e göre eşin rızasının aranmadığı durumlar: TMK m. 170/1 anlamında verilmiş olan bir ayrılık kararı mevcut ise eşin rızası aranmamaktadır. TMK m. 197 kapsamında eşlerin yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuş ise, yine kefalet sözleşmesinde eşin rızası aranmayacaktır. Boşanma davası açılmışsa da eşin rızası aranmayacaktır.

TBK m. 584/3 kapsamında eşin rızasının aranmadığı haller: TBK m.584/3'te getirilmiş olan düzenleme sonucunda, ilgili maddede sayılmış olan kişilerin TBK m. 603 kapsamında kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yaptıkları diğer sözleşmeler için de eşin rızasının alınması gerekmemelidir. Bir başka anlatımla bu kişiler bakımından TBK m. 584'ün ve m. 603'ün uygulanması söz konusu olmamalıdır.

KAYNAKÇA

AKSOYOĞLU Necati, “Borçlar Kanunu Tasarısındaki Kefalet Sözleşmesine İlişkin Önemli Değişiklikler”, Bankacılar Dergisi, S. 72, İstanbul 2010, s. 94 vd.

BADUR Emel, “Eşin Rızası”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-109-1328>, erişim tarihi: 28.10.2017, s. 252 vd.

BARLAS Nami, “Kefalet Hukukuna İlişkin Bazı Sorunlar ve Yargıtay Uygulaması”, Makalelerim, C. I, İstanbul 2008,(Kefalet – Sorunlar), s. 357 vd.

BARLAS Nami, “Yeni Türk Borçlar Kanunu’nun Kefalet İlişkin Düzenlemeleri, İzmir Barosu Dergisi, Y. 76, S. 2, Nisan 2011, <http://www.izmirbarosu.org.tr/Yayin/13/sayi-2011-2.aspx> , Erişim: 02.11.2017.

BARLAS Nami, “Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Makaleler – Tebliğler, Derleyen: Doç Dr. M. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, (Geçerlilik Şartları), s. 349 vd.

BAŞ Ece, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartlarına İlişkin Bazı Yenilikler”
www.journals.istanbul.edu.tr/iuhfm/article/download/1023019526/1023018576 , Erişim:31.10.2017, s. 117.

BURCUOĞLU Haluk, Türk Borçlar Kanunu Tasarısında Yeni Kefalet Düzenlemesi ile İlgili Bazı Gözlemler, Türk İsviçre Hukuk Günleri Banka ve Tüketici Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2010.

DEMİR Şamil, “Kefalet Sözleşmesini Uygulama Alanı”, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2013-108-1307>, erişim tarihi: 31.10.2017, s. 87 vd.

DEVELİOĞLU Hüseyin Murat, Kefalet Sözleşmesini Düzenleyen Hükümler Işığında Bağımsız Garanti Sözleşmeleri, İstanbul 2009.

DURAL Mustafa/ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ Mustafa Alper, Türk Özel Hukuku Cilt III, Aile Hukuku, İstanbul 2014.

GÜMÜŞ Mustafa Alper, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, 3. Bası, C. II, İstanbul 2014.

KILIÇOĞLU Ahmet M., Medeni Kanun’umuzun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.

KILIÇOĞLU Ahmet M., Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi (Tartışmalar - Örnekli Açıklamalar - Formüller Tablolar – İlgili Yasa Metinleri), 2. Bası, Ankara 2002.

KIRCA İsmail, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı – Kefalette Eşin Rızası, Prof. Dr. Tuğrul Ansay’a Armağan, Ankara 2006.

KUNTALP Erden/BARLAS Nami/AYANOĞLU MORALİ Ahi/ÇAVUŞOĞLU İŞINTAN Pelin/İPEK Mehtap/YAŞAR Mert/KOÇ Sedef, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul 2005.

OĞUZMAN M. Kemal/ÖZ M. Turgut, Borçlar Hukuku genel Hükümler, İstanbul 2006.

OĞUZMAN M. Kemal/SELİCİ Özer/OKTAY ÖZDEMİR Saibe, Eşya Hukuku, İstanbul 2006.

ÖZTAN Bilge, Aile Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015.

ÖKTEM ÇEVİK Seda, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Uyarınca Kefalet Sözleşmelerinde Eşin Yazılı Rızası”, BÜHFD Kazancı Hukuk Dergisi, 2012, Yıl: 2011, C. 8, S. 89-90, s. 113 vd.

ÖZ M. Turgut, Yeni Borçlar Kanununun Getirdiği Başlıca Değişiklikler ve Yenilikler, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, İstanbul 2012

ÖZEN Burak, 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, 3. Bası, İstanbul 2014.

ÖZUĞUR Ali İhsan, Mal Rejimleri, Ankara 2004.

REİSOĞLU Seza, Türk Kefalet Hukuku, Ankara 2013.

ŞEKER Muzaffer, “Evli Kişilerin Hukuki İşlem Ehliyeti”, Legal Mali Hukuk Dergisi, Mart 2008, C. 4.

ŞEKER Muzaffer, Kefalette ve Avalde Eşin Rızası (Kefalet), İstanbul 2017.

ŞIPKA Şükran, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, Bası 2, İstanbul 2004.

YILMAZ Merve, “Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kefalet Sözleşmesinin Geçerlilik Şartları”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, C. 1, Y.2, S. 7, Ankara 2011, s. 67 vd.

ZEVKLİLER Aydın/GÖKYAYLA Emre, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 16. Bası, Ankara 2016.



SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI

(TBK M. 138)

Av. M. Batuhan YÜCEL

KISALTMALAR CETVELİ

ABD	: Ankara Barosu Dergisi
a.e.	: Aynı eser
a.g.e.	: Adı geçen eser
Any.	: Anayasa
Aşağı.	: Aşağı/aşağıda.
b.	:Baskı
BGB	: Bürgerliches Gezetzbuch (Alman Borçlar Kanunu)
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz./bkz.	: bakınız.
C.	: Cilt.
dn.	: dipnot
E.	: Esas
BK	: Borçlar Kanunu
eBK	: Eski Borçlar Kanunu (818 Sayılı Borçlar Kanunu)
E.T.	: Erişim Tarihi
f.	: fıkra
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İBD	: İstanbul Barosu Dergisi
JuS.	:Juristische Schulung
K.	: Karar

Ka.	: Kanun
kn.	: Kenar Notu
m.	: madde
MK	: Medeni Kanun
No.	: Numara
R.G.	: Resmi Gazete
S.	: Sayı
s.	: sayfa
T.	: Tarih
TBK	: Türk Borçlar Kanunu
TBBD	: Türkiye Barolar Birliği Dergisi
T.D.	: Ticaret Dairesi
TMK.	: Türk Medeni Kanunu
TTK.	: Türk Ticaret Kanunu
v.	: versus
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı
Y.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
Yuk.	: yukarı/yukarıda
yy.	: yüzyıl

GİRİŞ

Taraflar arasında geçerli şekilde kurulmuş bir sözleşme, kurulduktan sonra ortaya çıkan bir takım şart değişiklikleri sebebiyle, taraflardan en az biri için, sözleşmedeki edimini ifası, kendisinde dürüstlük kuralları çerçevesinde beklenemeyecek şekilde ağırlaşabilir. Bu durum özellikle günümüzde ekonomik krizlerin sık sık yaşanmasıyla karşılaşılan bir durumdur.

Sözleşmeler hukukunun genel ilkesi olan ahde vefa (pacta sunt servanda) ilkesine göre, taraflar sözleşme yaparken vermiş oldukları söze, şartlar ne ölçüde değişirse değişsin uymakla yükümlüdür. Bu nedenle, sözleşme kurulurken olmayan ancak daha sonra ortaya çıkan sebeplere dayanarak sözleşmedeki borçların (edimlerin) yerine getirilmeyeceği kabul edilemez. Bununla birlikte ahde vefa ilkesinin katı şekilde uygulanıyor olması bazı durumlarda dürüstlük kuralı ile bağdaşmaz. Bu gibi durumlarda sözleşmenin menfaat dengesinin, değişen şartlar sebebiyle bozulduğu ve taraflardan birisi açısından sözleşmenin risk yükü üstlendiği kabul edilerek, sözleşmenin değişen bu şartlara göre uyarlanması ve taraf edimlerinin yeni şartlara uygun şekilde belirlenmesi hakkaniyet gereğidir.

İşte bu sebeple çoğu hukuk sisteminde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, uzun yıllar sonucu geliştirilen teori ve kavramlarla kabul edilmiştir. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına imkan tanıyan teoriler, çeşitli hukuk sistemlerinde, uygulama alanı, kapsamı, şartları ve sonuçları bakımından bir takım farklılıklar göstermektedir. Bununla birlikte geliştirilen teoriler incelendiğinde bu teorilerin birbirlerinden çoğu konuda esinlendiği görülmektedir. Günümüzde farklı hukuk sistemlerinde geliştirilmiş ve kabul gören belli başlı dört teorisinin varlığından bahsedilebilir. Bunlar klasik teori olarak nitelendirilen, *clausula rebus sic stantibus* teorisi, Alman hukuk sisteminde geliştirilen işlem temelinin çökmesi teorisi, Fransız idare hukuku ile gelişim gösteren *emprevizyon* teorisi ile anglo-sakson ekolünde doğan ve *common law* sisteminde kabul gören *frustration* teorisidir.

Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması, özellikle I. Dünya Savaşı sonrası yaşanan ekonomik krizler sonucu gündeme gelmiştir. Bununla birlikte ülkemiz hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının gerekliliği, son dönemlerde yaşanan ekonomik krizlerle birlikte iyiden iyiye hissettirmiştir. Özellikle 90'lı yıllarda içtihatlarla gelişen bu kavram 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'na eklenen 138. madde ile ilk kez kanunda düzenlenen bir genel kural olarak hukuk sistemimize girmiştir.

Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması, farklı hukuk sistemlerinde geliştirilen teorilerin izlerini taşımakla beraber, kesin olarak bir teorinin benimsendiği söylenemez. Buna rağmen TBK m. 138' in gerekçesine bakıldığında özellikle işlem temelinin çökmesi teorisindeki olgulara yer verildiği görülmektedir. Ancak Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması, işlem temelinin çökmesi teorisine nazaran daha dar bir anlayış kabul görmektedir. Bu da sözleşmenin uyarlanması konusunda doktrinde tartışmaları doğurmaktadır.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda Türk hukukunda terim birliğinin de bulunduğu söylenemez. Sözleşmenin uyarlanması kavramının sık sık eş anlamlı olarak, “emprevizyon”, “clausula rebus sic stantibus”, “işlem temelinin çökmesi” ve hatta kanundaki terim olarak “aşırı ifa gücü” adıyla karşılandığı görülmektedir. Ancak bu terimler sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kavramını tam olarak karşılayamamaktadır. Bu sebeple çalışmamızda, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kavramı kullanılarak, diğer terimlerin eksik kaldıkları yönler açıklanmaya çalışılacaktır. Ayrıca sözleşmenin uyarlanması, sözleşmenin sona erdirilmesini de kapsayacak şekilde geniş anlamda kullanılmaktadır. Nitekim TBK m. 138'de de sözleşmenin uyarlanması, sözleşmenin sona erdirilmesi de dahil olacak şekilde kabul edilmiştir.

Çalışmamızın birinci bölümünde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kavramı, sözleşmenin uyarlanmasının amacı ile bu konuda geliştirilen teoriler incelenecek, ikinci bölümünde Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının TBK m. 138 'den önceki dönemlerde uygulanması ve kaynağı belirtilerek geliştirilen teorilerden hangisinin kabul edilmesi gerektiği tartışılacaktır. Son bölümde ise sözleşmenin uyarlanmasının Türk hukukunda uygulama alanı ve çeşitleri belirlenerek, TBK m. 138 ile getirilen düzenleme ışığında sözleşmenin uyarlanmasının şartları ve sonuçları ele alınacaktır. Elbette ki Türk hukukunda kabul edilen sözleşmenin uyarlanması konusundaki eksiklikler, diğer hukuk sistemlerinde geliştirilen teoriler ışığında tartışılacak ve çözüm önerileri getirilecektir. Çalışmada sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hakkında eski Borçlar Kanunumuzda düzenleme olmadığından sıkça bahsedilmiştir. Burada kastedilen sözleşmenin uyarlanması hakkında Borçlar Kanununda tüm sözleşmeler açısından geçerli olacak genel bir düzenlemenin olmamasıdır. Nitekim eski Borçlar Kanunumuzda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hakkında belli bazı sözleşme tiplerinde düzenlemeler mevcuttu ancak 6098 Sayılı Borçlar Kanunu ile sözleşmenin uyarlanması adına tüm sözleşme tipleri açısından geçerli olacak genel bir düzenlemeye ilk kez yer verilmiştir. Bu sebeple çalışmada bahsedilen düzenlemenin bulunmadığı kavramının genel düzenleme olarak anlaşılması gerekmektedir.

I. BÖLÜM: SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KAVRAMI İLE AMACI, BU KONUDAKİ GENEL İLKELER VE FARKLI HUKUK SİSTEMLERİNDE GELİŞTİRİLEN TEORİLER

A. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ VE SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KAVRAMLARI İLE SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN KOŞULLARA UYARLANMASININ AMACI

1. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİ

Türk Sözleşmeler Hukuku'nda genel ilke, sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Zira gerek Türk Borçlar Kanunu'nun 26. maddesindeki, gerek Anayasa'nın 48. maddesindeki düzenlemeler gereği, tarafların sözleşme özgürlüğü ilkesi içindedir. Taraflar, sözleşme özgürlüğü ilkesi gereği, sözleşmenin şartlarını kamu düzenine aykırı olmamak üzere serbestçe belirleyebilmektedirler. Bunun sonucu olarak, sözleşmenin şartları, ifanın konusu, ifa biçimi, ifa zamanı gibi tüm konular, tarafların iradelerinin örtüşmesi ile düzenlenir. Taraflarca sözleşmede düzenlenmeyen ikincil hususlar ise, tamamlayıcı hukuk kuralları ile doldurulur.

Sözleşmeler Hukuku'nun genel ilkesi gereği, bir sözleşmenin kurulmasından sonra taraflar, o sözleşmeden doğan yükümlülüklerini aynen yerine getirmekle yükümlüdür.²⁰⁸ Borçlu için sözleşmedeki yükümlülüğü, her ne şart altında olursa olsun ifa edilmelidir. Bu durum borçlu için ne kadar masraflı ya da imkansız olsa da geçerlidir. Nitekim borçlu, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, kendi isteği ve kabulüyle bu borcun altına girmiştir. Dolayısıyla borçlu, verdiği söze bağlı kalarak borcunu, kendisi için ne kadar zor olursa olsun ifa etmekle yükümlüdür. Buna sözleşmeler hukukunda ahde vefa (söze bağlılık) ilkesi denmektedir. Ancak ahde vefa ilkesi "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*" ilkesini getiren TMK 2. madde düzenlemesi ile sınırlı olarak uygulanmalıdır.²⁰⁹

Ahde vefa ilkesi sözleşmeler hukukunun en temel ilkesi olup, tarafların sözleşmeye her şart ve durumda uymaları gerektiğini belirtir. Bu ilkeye göre taraflar, bir sözleşme geçerli bir

²⁰⁸Ahmet KILIÇOĞLU, "Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Turhan Kitabevi Yayınları, 20. Baskı 2016 Eylül, s.271

²⁰⁹Safa REİSOĞLU, "Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler", Beta Yayınevi, 25. Baskı, Ekim 2014, s.413

şekilde kurulduktan sonra, sözleşmenin gereğini ve yükümlülüklerini, şartların değişmesinin önemi olmaksızın verdikleri söze bağlı kalarak yerine getirmekle yükümlüdür.²¹⁰

Sözleşmeye bağlılık ilkesi, ortaya çıkış itibariyle ahlaki bir ilke olup, kökenleri Roma hukukuna dayanmaktadır.²¹¹ Nitekim Roma hukukunda taraflarca yapılan sözleşme, kanun hükmündedir.²¹² Dolayısıyla taraflarca yapılan bir sözleşme, artık onlar için nihai bağlayıcı bir kurallar bütünü haline gelmiştir. Böylece tarafların şartlar ne kadar değişirse değişsin kanun haline getirdikleri bu sözleşmeye uymaları gerekmektedir.

Fransız hukukunun kökenlerinin Roma hukukuna dayanması, sözleşmeye bağlılık ilkesini güçlü bir şekilde açıklaması sonucunu doğurmuştur. Fransız Medeni Kanunu'nda ; *"Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir."* denilerek sözleşmeye bağlılık ilkesinin önemi, Roma hukukundaki gibi açıklanmıştır.²¹³

2. SÖZLEŞMEYE BAĞLILIK İLKESİNİN İSTİSNASI; SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI KAVRAMI

Sözleşmeler Hukukunda genel kural ahde vefa ilkesi olsa da, sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bazı değişiklikler sonucu, taraflardan birinin edimini yerine getirmesi, taraflar arası menfaat dengesini bozmakta, mağdur olan tarafın borcunun ifasında ısrar edilmesihakkaniyete aykırılığa yol açabilmektedir. İşte bu gibi durumlarda, hukuk sistemlerinde farklı teoriler ışığında, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece sözleşmenin hakkaniyete uygun olacak şekilde uyarlanarak, mümkünse yeni şartlar doğrultusunda devam etmesi, eğer bu mümkün değilse feshedilmesi gerektiği hukuk sistemlerine girmiştir.

Elbette ki, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, taraflarca sözleşmenin kurulması anında mevcut olan durumlarda meydana gelen her değişiklikte gündeme gelmez. Zira taraflarca sözleşme kurulduktan sonra, taraflardan birinin ekonomik durumunda meydana gelen bir değişiklik sözleşmenin uyarlanabilmesi için tek başına yeterli bir sebep değildir. Görüldüğü

²¹⁰KILIÇOĞLU, s. 271

²¹¹Başak BAYSAL, "Sözleşmenin Uyarlanması BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü" On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, Mart 2017, s.8

²¹²Ayşe ARAT, "Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması", Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Aralık 2006, s.45

²¹³BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.10; 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu m.1103 (Code Napoléon; Code civil des Français)

gibi, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi belli başlı kurallara tabi kılınmış olup, şartların tümünün beraber gerçekleşmesi halinde, yani çok istisna olarak, gündeme gelmektedir.

Türk hukukunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması yeni bir kavramdır. Sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen bir takım olaylar sonucu, taraflardan en az biri için şartların ağırlaşması neticesinde, sözleşmenin aynı şartlarda devam etmesinin hakkaniyete aykırı olduğunu düşünen kanun koyucu, 01 Temmuz 2012 yılında yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu'na, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun²¹⁴ aksine, Aşırı İfa Güçlüğü adı altında özel bir düzenleme getirerek, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının mümkün olacağını düzenlemiştir.

Bununla birlikte sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması, hukukumuza ilk kez TBK düzenlemesi ile girmiş değildir. Zira sözleşmenin uyarlanması özellikle 90'lı yıllarda yaşanan ekonomik krizler sonucu mağdur olan insanların mağduriyetinin azaltılması adına, Avrupa devletlerinin hukuk sistemlerinin incelenmesi sonucu, Yargıtay içtihatları ile sistemimize kazandırılmıştır. TBK ile uygulamada sıkça karşılaşılan sözleşmelerin uyarlanması, kanun maddesi haline getirilmiş ve böylece hakimlerin sözleşmeyi değişen koşullara uyarlaması yasal zemine bağlanmıştır.²¹⁵

3. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ AMACI

Bir sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının amacı kısaca, sözleşmenin kurulmasından sonra yaşanan bir takım olaylar sonucu, sözleşmenin kurulduğu andaki amacını yerine getirememesi olarak belirtilebilir. Zira her sözleşmenin akdedilme amacı vardır. Sözleşmeyi kuran taraflar, o sözleşme ile bir takım sonuçlar elde etmeyi beklemektedir. Ancak daha sonra değişen şartlar nedeniyle, taraflardan en az birinin sözleşmenin kurulduğu andaki amacı artık yerine gelemeyecektir. Böylece sözleşme, o taraf için anlamını yitirmiş, kendisi için yalnızca ağır yükümlülükler bütünü haline gelmektedir.

İşte sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının amacı, değişen şartlar nedeniyle mağdur olan tarafın mağduriyetini, hakkaniyete uygun olarak en aza indirmektir. Bununla beraber uyarlanmanın amacının, şartların lehine değiştiği tarafa mağduriyet yaşatarak dengeyi sağlama olmadığı da açıktır. Bu sebeple uyarlama belli şartlara bağlı tutulmuş ve kanunda öngörülen şekle uygun olarak yapılması düzenlenmiştir.

²¹⁴ R.G. 29.04.1926, S. 359

²¹⁵ Bkz. s.32-34

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlamasının amacı hakkında doktrinde farklı fikirler ileri sürülmüştür. *Sanlı*, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının amacını “ekonomik etkinlik ölçütü görüşü” ile açıklamaktadır. Bu görüşe göre, ifa engellerinden biri olan aşırı ifa güçlüğü hali de diğer ifa engelleri gibi hukukun ekonomik etkinliği esas alınarak incelenmeli ve ifa maliyetinin ciddi oranda arttığı durumlarda, borçluya ifadan kaçınma imkan verilmelidir. İşte bu gibi durumlarda sözleşmenin uyarlanarak, borçluya sözleşmeden dönme imkanı tanınmalıdır.²¹⁶

Katıldığımız aksi görüşe göre ise, sözleşmenin uyarlanmasının amacı, taraflar arası menfaat dengesini ve adaletini sağlamaktır. Sözleşmeler hukukunun ana ilkelerinden biri olan ahde vefa ilkesi, her ne kadar şartların değişmesi sonucu sözleşmenin uyarlanması nedeniyle göz ardı edilse de, ana amaç sözleşmenin bakiliğidir. Bu sebeple değişen şartlar sebebiyle sözleşme, bir taraf için mağduriyet oluşturuyorsa, sözleşmeden dönmek yerine sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayarak sözleşmenin taraflarca adil bir şekilde sürdürülmesi amaçlanmalıdır. Böylece sözleşmenin uyarlanmasıyla, sözleşmenin kurulma anındaki risk paylaşım dengesine yeniden ulaşılmakta ve sözleşme adaleti korunmaktadır.²¹⁷

Sonuç olarak, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının amacı, değişen şartlar nedeniyle sözleşmedeki ediminin ifası, kendisinden dürüstlük kuralı uyarınca beklenemeyecek olan tarafların edimini yeni şartlara uyarlayarak sözleşmenin adaletli bir şekilde devamını sağlamaktır. Böylece mağdur olan taraf açısından sözleşme uyarlanarak hakkaniyetli bir çözüme ulaşılmaktadır. *“Hukuku katı uygulamanın en büyük adaletsizlikleri doğurabileceği (summum ius summa iniuria) unutulmamalı ve sözleşmenin uyarlanması yoluyla sözleşme adaleti yeniden sağlanmalıdır.”*²¹⁸

²¹⁶**Kerem Cem SANLI**, “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2015, s.445 vd.

²¹⁷**Rona SEROZAN**, “Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Üçüncü Cilt - İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme”, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Filiz Kitabevi, 7. Baskı, 2016 Ekim, s. 264; Aynı yönde **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.28-29

²¹⁸**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.31

B. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI İLE İLGİLİ OLARAK GELİŞTİRİLEN TEORİLER

1. GENEL OLARAK

Bir sözleşmenin, akdedildikten sonra değişen şartlara uyarlanması, Türk hukukunda ilk kez 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 138. maddesinde açıkça düzenlenmişse de, sözleşmenin uyarlanması, kanuni düzenlemelerin öncesinde de hukuk sistemimizde vardı. Zira TBK düzenlenmesi öncesinde de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ihtiyacı mevcut olup, bu uyarlamanın nasıl ve ne ölçüde yapılacağı soruları, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temellerini oluşturmuştur.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının temelleri Roma hukukuna dayandırılırsa da, günümüz hukuk sistemleri açısından ilk olarak I. Dünya Savaşı sonrası gündeme gelmiştir. Bununla birlikte sözleşmenin uyarlanması hakkında hukuk sistemleri tarafından geliştirilen teorilere asıl olarak, II. Dünya Savaşı ve bu savaşın ardından yaşanan ekonomik krizler vesile olmuştur. Sözleşme kurulduktan sonra yaşanan büyük çaplı ekonomik krizler, sözleşmenin bir tarafını mağdur ederek, sözleşmedeki ediminin yerine getirilmesi kendisinden beklenmeyecek bir hal almasına yol açmış ve böylece hakkaniyet gereği sözleşmenin uyarlanması gerektiği anlayışı doğmuştur.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunun, başta Avrupa hukuk sistemleri olmak üzere birçok farklı devletin hukuk sistemlerinde, farklı teoriler ışığında çözümlendiği görülmektedir. Her ne kadar farklı devletlerin hukuk sistemlerinde farklı isimde teorilerle, değişen şartlar sonucu sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hukuk kuralları geliştirilmişse de, bu uyarlama sistemlerinin temeli ve amacı her hukuk sisteminde aynıdır. Çünkü sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının nedeni, yukarıda izah edildiği üzere²¹⁹, taraflar arasındaki hakkaniyetin sağlanmasıdır. Bu nedenle hangi teori benimsenirse benimsensin, bu teorilerin çıkış noktası somut olay adaletidir.²²⁰

Farklı devlet hukuk sistemleri incelendiğinde, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların ileride değişmesi durumunda, şartların sözleşmeye etkisi ve sözleşmenin geçerliliği hakkında farklı teorilerin geliştirildiği görülmektedir. Ancak bu teorilerin tamamı, aynı soruya cevap aramakta ve aynı çıkış noktasına dayanmakta oldukları için, hepsinin kökeninde clausula rebus

²¹⁹ Bkz. s.14

²²⁰ BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.33

sic stantibus teorisi yer almaktadır.²²¹ Bu sebeple, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin geliştirilen teorileri incelerken öncelikle clausula rebus sic stantibus teorisi de incelenecektir.

2. CLAUSULA REBUS SIC STANTIBUS TEORISI VE GELİŞİMİ

A. KAVRAMI, ETİMOLOJİSİ VE GÜNÜMÜZDEKİ ANLAMI

Etimolojik anlamda rebus sic stantibus, “sözleşmenin geçerliliği kurulduğu andaki şartlara bağlıdır” anlamına gelmektedir. Clausula rebus sic stantibus ise, “sözleşmenin geçerliliği kurulduğu andaki şartlara bağlıdır kaydı” anlamına gelmektedir.²²²

Türk hukukunda, doktrin ve Yargıtay kararlarında sözleşmenin uyarlanması kavramını belirtmek için çeşitli terimler kullanılmaktadır. Bunlar arasında; “clausula rebus sic stantibus”, “beklenmeyen hal şartı”, “sözleşmenin değişen şartlara uydurulması veya uyarlanması”, “işlem temelini çökmesi veya sarsılması”, “öngörülemeyen haller”, “aşırı güçlük”, “emprevizyon”, “umulmazlık”, “fevkalade hal” ve “mücbir sebep” sayılabilir.²²³ Belirtilen bu kavramlardan mücbir sebep ve beklenmeyen hal kavramları farklı nitelik taşımalarına rağmen, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması konusunda karıştırılabilmektedir.²²⁴

Clausula rebus sic stantibus, Türk hukuku açısından kaynağını, MK’nın 2. maddesinde ifade edilen dürüstlük kuralından almaktadır. Bu çerçevede sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan ve sözleşme yapıldığı sırada tahmin edilemeyen örneğin savaş, ekonomik kriz, hükümet kararları vb. yeni durumlar karşısında sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi dürüstlük kuralına uygun düşmeyebilir. Hatta somut sözleşmede, ortaya çıkan yeni durum hakkında uygulanacak bir uyarlama kaydı bulunsa bile, bu kayda dayanarak sözleşmenin aynen uygulanmasını talep etmek hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir.²²⁵

Günümüzde, clausula rebus sic stantibus kavramından, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması anlaşılmaktadır.²²⁶ Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, clausula rebus sic

²²¹Volker EMMERICH, “Das Recht der Leistungsstörungen”, 6. b., JuS Schriftenreihe, © C.H. Beck, München,2005 (BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması) s.32’den naklen alınmıştır.)

²²²TEZCAN, s. 15

²²³KILIÇOĞLU, s.273-274, Fikret EREN, , “ Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Eylül 2017, s.500

²²⁴TEZCAN, s.16

²²⁵İbrahim KAPLAN, “Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi”, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ocak 2013, s.151;

Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, Yetkin Yayınları 11. Baskı, Kasım 2015, s.256

²²⁶EREN, s.501

stantibus, doktrinde geniş ve dar olmak üzere iki anlamda kullanılmaktadır. Kavramın geniş anlamda kullanımı, ifayı güçleştiren beklenmedik hallerin tümünü içerecek şekilde kullanımını tekil ederken, dar anlamda kullanım, ifayı güçleştiren beklenilmedik haller ile ilgili olarak yalnızca, “örtülü şart” teorisini dikkate alan kullanımını teşkil etmektedir.²²⁷

Sonuç olarak clausula rebus sic stantibus bir teori olup, dar anlamdaki kullanımına göre, taraflarca örtülü bir şart olarak her sözleşmede mevcut olduğu kabul edilir. Böylece şartların, sözleşmenin kurulduğu ana göre olağanüstü biçimde değişmesi halinde sözleşme, yeni duruma uyarlanacaktır. Taraflar bunu örtülü olarak kabul etmişlerdir. Ancak bu teorinin kabulü gerçeğe pek uygun değildir. Hukukumuzda da içtihatlarda bu teorinin uygulanmayacağı belirtilmiştir. Özellikle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 2003 tarihinde vermiş olduğu bir kararında bu teorinin uygulanmayacağını açıkça vurgulamıştır;

“...Hukukta bu zıtlık (Clausula Rebüs Sic Stantibus-Beklenmeyen hal şartı-sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmaktadır.Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişmeler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçlendirmesi durumunda "İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ" gündeme gelir. İşte bu bağlamda hakim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verilebilir ve müdahale ederek sözleşmeyi değişen koşullara uyarlar...”²²⁸

İşbu sebeple taraflar arasında örtülü bir şart olarak kabul edildiği varsayılan clausula rebus sic stantibus teorisi, günümüzde eleştirilen ve kabul görmeyen bir teori olarak açıklanmaktadır. Ayrıca bu teori, değişen şartların dikkate alınmasına münhasır bir esas teşkil etmemesi nedeniyle, doktrinde ilke olarak nitelendirilmesinden de özellikle kaçınılmaktadır.²²⁹

B. KAYNAĞI VE GELİŞİMİ

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması denilince akla gelen ilk teori, clausula rebus sic stantibus teorisidir.²³⁰ Bu teori, ortaçağ dönemindeki özel hukuk yazarlarına göre, ilk defa Roma felsefesi ve Kilise Hukuku tarafından geliştirilmiştir.²³¹

²²⁷BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.38

²²⁸ Yargıtay HGK T. 07.05.2003, E. 2003/13-332, K. 2003/340, (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası), Çevrimiçi (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/files/dsp.php?fn=hgk-2003-13-332.htm&kw=2003/13-332#fm>), E.T. 11.11.2017

²²⁹ARAT, s.55

²³⁰BAYSAL(Sözleşmenin Uyarlanması), s.33

²³¹Marcus Tullius CİCERO;Lucius Annaeus SENECA; Thomas AQUİNAS(Aquinolu Thomas);

Ortaçağ dönemi özel hukukçuları tarafından yıllar boyu tartışılan ve farklı isimlerle anılan bu teori 15. yüzyılın sonlarında genel bir şekilde kabul görmüş ve sözleşmeler hukuku alanında ilke haline gelmiştir. Hatta 18. yüzyıla kadar bu teori Almanya ve İtalya hukukçuları tarafından da genel ilke olarak kabul edilerek kapsamı, irade açıklamasının yer aldığı tüm hukuki işlemler açısından geçerli olacak şekilde geniş yorumlanmıştır.²³²

Bu teoriye göre, taraflar sözleşmeyi kurarken kabul ettikleri örtülü bir şarta göre, sözleşmenin kurulmasından sonra, şartlarda değişiklik olması halinde, kabul ettikleri bu şarta göre sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayacaklardır.²³³ Ancak bu görüş eleştiriye açıktır. Zira ilke, sözleşmelere olan güveni zedeleyerek ekonomiye zarar vereceği düşüncesiyle tehlikeli kabul edilmiştir.²³⁴ Ayrıca tarafların hangi durum değişikliklerinde sözleşmenin uyarlanacağını kabul ettiklerini de yorumlamak güçtür. Bu sebeple de teori, eleştiriye açıktır.

18. yy sonları ve 19. yy'de, bu teori iyiden iyiye eleştirilmeye başlanmış ve teori etkisini yitirmiştir. O dönemin doktrin ve mahkeme kararlarına bakıldığında, bu teorinin eleştirildiği görülmekte olup, taraflarca örtülü bir şart olarak tüm sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanacağı görüşü reddedilmiştir.²³⁵

Günümüzde de bu teori artık örtülü hukuk seçimi yapıldığı yönünde savunulmamakta birlikte, teorinin tamamıyla reddedildiğini söylemek doğru olmaz. Nitekim teorinin terimsel etkisi devam etmekte olup, birçok ülke hukukunda clausula rebus sic stantibus ilkesi, sözleşmenin uyarlanması adı altında incelenmektedir.

3. İŞLEM TEMELİNİN ÇÖKMESİ TEORİSİ

A. KAYNAĞI VE GELİŞİMİ

İşlem temelini çökmesi teorisi Alman hukukunda geliştirilen bir teoridir. Bu teori Alman hukuk sisteminde ilk kez 20. yüzyıl başında Oertmann tarafından kullanılmış olmasına rağmen,

ARAT, s.52

²³²BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.35; Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.33-38; ARAT, s.52-54 Mehmet TEZCAN, “Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2004, s.10-16, Çevrimiçi (www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf), E.T. 11.11.2017

²³³Hasan ERMAN, “İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2)”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 1979, s.33-34 (ARAT, s.53'ten naklen alıntı yapılmıştır.)

²³⁴Kemal Tahir GÜRSOY, “Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1950 (ARAT, s.53'ten naklen alıntı yapılmıştır.)

²³⁵ARAT, s.53

Oertmann tarafından geliştirilen bu teorinin dayandığı en önemli nokta, 19. yüzyılda Windscheid ‘ın ileri sürdüğü Voraussetzung (Kurucu Şart) teorisi. ²³⁶ Windscheid ‘ın Voraussetzung teorisi Alman hukuk sisteminde hemen hemen hiç kabul görmemiş bir teori olsa da günümüzdeki işlem temelinin çökmesi teorisinin gelişimine sağladığı katkı Alman doktrininde kabul edilmektedir. ²³⁷

Windscheid ‘ın geliştirdiği teori Alman hukukunda birçok açıdan eleştiriye uğramış ve yeterli görülmediği için reddedilmiştir. Ancak bu teorinin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması adına geliştirilen işlem temelinin çökmesi teorisine en büyük katkısının, irade açıklamasının arka planını incelemesi olduğu kabul edilmektedir. ²³⁸ Windscheid bu teorisi ile irade beyanında bulunanın kararını almasını etkileyenler hariç, hiçbir şart değişikliğinin sözleşme üzerinde etki doğurmayacağını belirterek, örtülü şart teorisini kesinlikle reddeder. ²³⁹

Alman Borçlar Kanunu’nun (BGB) hazırlayıcıları da clausula rebus sic stantibus teorisini reddetmişlerdir. Bu teoriyi reddetmelerinin gerekçesi olarak dürüstlük kuralı ve örf adet hukukunun kanunda yer alması gösterilmiştir. ²⁴⁰ Dolayısıyla BGB hazırlanırken clausula rebus sic stantibus reddedilmiş ve dürüstlük kuralı kavramına vurgu yapılmıştır.

BGB’nin yürürlüğe girmesinden sonra Oertman ilk kez işlem temeli kavramını eserinde kullanarak, Alman hukuk sisteminde yeni bir teorinin doğmasını sağlamıştır. ²⁴¹

B. HUKUKİ DAYANAĞI

İşlem temelinden anlaşılması gereken, sözleşmenin asıl içeriğine dahil olmamakla birlikte, sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkan ve işlem iradesinin dayanağı olan belirli koşulların varlığına veya gelecekte ortaya çıkmalarına ilişkin ortak tasavvurlardır. ²⁴² Bu

²³⁶Paul OERTMANN, “Geschäftsgrundlage-Ein neuer Rechtsbegriff”, Deichert., Leipzig, 1921; **Bernhard WINDSCHEID**, “Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung”, Buddeus, Düsseldorf, 1850; **ARAT**, s.58; **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 39-42

²³⁷ Voraussetzung teorisi hakkında detaylı bilgi için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.38-42; **ARAT**, s.56-58

²³⁸**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.41

²³⁹**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.41

²⁴⁰ Madde gerekçesi şu şekildedir; “Bu teorinin kabulü, ticaret güvenliğini tehlikeye atmaktadır; ayrıca, ‘gerek’ kavramının ‘saik’ kavramından ayrılması da çok zordur. Bunun dışında bir sözleşmenin ifası için esas teşkil eden noktalar özel sözleşme ilişkileri tipleri açısından zaten dikkate alınmıştır ve dürüstlük kuralı ile örf adet hukuku da kanunda yer almaktadır.”**BAYSAL**,(Sözleşmenin Uyarlanması), s.41-42

²⁴¹**OERTMANN**, s. 25 (**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.42 ‘den naklen alınmıştır.)

²⁴²**Cashin-Ritaine ELEANOR**, “Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda Ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar”, Çeviren: **Başak BAYSAL**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2005, C.63, S. 1-2, s.321-342, s. 321, Çevrimiçi (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95905>), E.T. 12.11.2017

tasavvurların konusunu sözleşmenin kurulması aşamasında mevcut ve sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşen bazı hal ve şartlar oluşturur. Taraflar sözleşme ile edim altına girerken, iradelerini bu tasavvurlar üzerine kurmalıdır. Hukuki işlemin üzerine inşa edildiği bu tasavvurların gerçeğe uygun olmadığı sonradan anlaşıldığı zaman işlem temeli çökmüş sayılacaktır.²⁴³

İşlem temelinin çökmesi teorisinin hukuki dayanağı, BGB'nin madde gerekçesinde de belirtildiği üzere dürüstlük kuralıdır.²⁴⁴ Alman ve İsviçre hukuk öğretilerinde baskın olan işlem temelinin çökmesi teorisinin dayandığı, sözleşmedeki edimler arası denge görüşü uyarınca, daha sonra ortaya çıkan ve zorlu neden (mücbir sebep) niteliğinde bulunmayan olağanüstü durumlarda, tarafların edimleri arasında denge önemli ölçüde bozulursa, sözleşme, dürüstlük kuralı gereği değişen şartlara uyarlanmalıdır.²⁴⁵ Burada dikkat edilirse mücbir sebep ve beklenmedik hal kavramları, olması gerektiği üzere, farklı anlamda kullanılmıştır. Bu husus, işlem temelinin çökmesi teorisinin diğer teorilerden farkına bir örnek teşkil eder.

Alman hukukunda işlem temelinin sarsılması, Türk hukukundakinin aksine, işlem temelinin ortadan kalkması ve işlem temelinin eksikliği olmak üzere iki hukuki olguyu da içinde barındırmaktadır.²⁴⁶ Alman hukuku böylece işlem temelinin sarsılmasını hem sözleşmenin baştan eksik olması, hem de sonradan çökmesi olarak düzenlemiştir. Nitekim BGB'nin 313. maddesinde bu husus vurgulanmıştır.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için dürüstlük kuralını dayanak alan BGB, işlem temelinin çökmesi teorisinin doğmasına yol açmıştır. Böylece işlem temeli ister baştan eksik olsun ister sonradan çöksün, bu teori uyarınca sözleşme değişen şartlara uyarlanacaktır. Bu uyarılma da mümkün olduğu ölçüde sözleşmenin geçerli olarak devam etmesini sağlamaya yöneliktir. Ancak sözleşmenin devamı, değişen şartlar sebebiyle adaletsizlik teşkil ediyorsa o halde yapılması gereken sözleşmenin feshidir.

Türk hukukunda, özellikle TBK yürürlüğe girdikten sonra işlem temelinin çökmesi kavramı ve bu teori doktrinde kullanılmaya başlanmıştır. Nitekim sözleşmenin uyarlanması hakkında TBK'ya getirilen düzenleme olan 138. maddenin gerekçesinde de bu teoriden

²⁴³**Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU**, “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?”, Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.503-514, s.507.

²⁴⁴ Bkz. dn.33

²⁴⁵**Gülmelahat DOĞAN**, “Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, S. 111, s.9-36, s.12

²⁴⁶**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.47

bahsedilmiştir.²⁴⁷ Dolayısıyla Türk hukuku açısından bu teori önem arz etmektedir. Elbette ki Türk hukukundaki anlayış, Alman hukukundaki anlayıştan farklıdır. Bu sebeple Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması hakkında geçerli olan teorinin doğrudan bu teori olduğunu söylemek doğru olmaz. Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması hakkındaki geçerli teori ileride inceleneceği için burada daha fazla ayrıntıya girilmemiştir.²⁴⁸

4. EMPREVİZYON (ÖNGÖRÜLEMEZLİK) TEORİSİ

A. KAYNAĞI, GELİŞİMİ VE UYGULAMA ALANI

Emprevizyon teorisi, Alman hukuk sisteminde geliştirilen işlem temelinin çökmesi teorisi ışığında, Fransız hukuk sisteminde gelişmiş bir teoridir. Fransız hukuk sistemi, ana hatlarını Roma hukuk sisteminden alması sebebiyle, sözleşmeler hukukunda da Roma hukukunun etkisi açıkça görülmektedir. Bunlardan en önemlisi de Fransız Medeni Kanunu'nun 1103. maddesinde karşımıza çıkmaktadır. Bu maddeye göre; *"Hukuka uygun olarak kurulmuş anlaşmalar, taraflar arasında kanun hükmündedir."*

Fransız Medeni Kanunu'nda bu yönde bir düzenlemenin bulunması, sözleşmeye bağlılık ve ahde vefa ilkelerinin sıkı sıkıya uygulanmasına yol açmıştır. Bu sebeple Fransız hukukunda uzun yıllar sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının yasal bir düzenlemeye kavuşturulması gündeme getirilememiştir. Bununla birlikte Fransız hukukunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusu gelişim göstermemiş değildir. Özellikle Fransa'da birkaç ünlü dava sebebiyle sözleşmenin uyarlanması hakkında görüşler ortaya çıkmış, bu konuda tasarılar getirilmiş ve doktrinde tartışmaları doğurmuştur. Her ne kadar hukukta yaşanan değişim ve gelişimler, Fransız hukukunu da doğrudan etkilese ve Fransız Medeni Kanunu'ndaki katı tutum bir nebze yumuşasa da Fransız Temyiz Mahkemesi (Cour de Cassation) sözleşmenin uyarlanmasının özel hukuk alanında uygulanmasını engelleyici kararlar vermiştir.²⁴⁹

Bu kararlardan belki de en meşhuru, 1876 yılındaki Canal de Craponne davasıdır. Zira Fransız Temyiz Mahkemesi yerel mahkemenin vermiş olduğu sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması kararını, sözleşmenin taraflarınca özgürce kararlaştırılmış hükümlerin yerine yenilerine karar vermenin, mahkemenin yetkisinde olmadığını belirterek bozmuş ve 2016 yılına

²⁴⁷ Madde gerekçesi için bkz. (<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss321.pdf>); Bu yeni düzenleme, öğreti ve uygulamada sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesinin istisnalarından biri olarak kabul edilen, "işlem temelinin çökmesi"ne ilişkindir.

²⁴⁸ Bkz. s.32-34

²⁴⁹ BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.56-57

kadar da bu görüşünü korumuştur.²⁵⁰Hatta I. Dünya Savaşı sonrası yaşanan ekonomik krizler üzerine, Fransız özel hukuku alanında sözleşmenin uyarlanması için gerekli şartlar oluşmuşsa da, aynı dönemde aynı sorunlardan muzdarip diğer Avrupa ülkelerinin aksine, sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilmemesine ilişkin görüşte bir değişiklik yaşanmamıştır. Fransız Temyiz Mahkemesi'ne göre sözleşmenin şartların değişmesi sebebiyle uyarlanabilmesi ancak yasakoyucunun çıkartacağı özel kanunlarla mümkün olacaktır.²⁵¹ Bu sebeple özellikle I. Dünya Savaşı sonrası yaşanan ekonomik krizler sonucu önceden akdedilen sözleşmelerdeki dengeleri korumak adına Fransa'da yeni özel kanunlar çıkartılmış ve savaş sebebiyle mağduriyet yaşayanlara sözleşmeden dönme imkanı tanınmıştır.²⁵² Görüldüğü üzere getirilen özel kanunlarda bile sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanarak devam edilmesi değil, sözleşmeden dönülmesi mümkün kılınmıştır. Özel hukuk alanında sözleşmenin uyarlanmasının Fransız hukuk sisteminde uzun yıllar kabul görememesinin bir göstergesi de budur.

Fransa'da özel hukuk alanında emprevizyon teorisinin kabul edilmemesinin nedeni olarak; sözleşmelerin taraflar arasında özgürce hazırlanan sonuç doğurucu yaptırımlar içeren anlaşmalar olması ve sözleşmelere müdahale edilmesinin hakimin keyfiyetine bırakılamayacağı görüşü ağırlık kazanmıştır. Bir başka ağırlık kazanan neden ise, taraflar arasında bir ekonomik denge olduğu ve tek bir sözleşmedeki ekonomik dengenin sağlanabilmesi adına genel ekonomi dengesinin bozulmasının ve hakimin yasakoyucu yerine geçerek sözleşmeyi yorumlamasının kabul edilemeyeceğidir.²⁵³

Burada değinilmesi gereken ve önem arz eden bir husus da, her ne kadar Fransız Temyiz Mahkemesi, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının özel hukuk alanında uygulanmasını engellemişse de, sözleşmelerin uyarlanması Fransız idare hukukunda kamu hizmetlerinin devamı gerekçe gösterilerek kabul edilmiş ve idare hukuku alanı ile gelişim göstermiştir.²⁵⁴

²⁵⁰**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.58; Dava hakkında detaylı bilgi ve açıklamalar için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.58

²⁵¹**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.58

²⁵²**François TERRE / Philippe SİMLER / Yves LEQUETTE**, "Droit Civil", Les Obligations, 9.b., Dalloz, Paris, 2005 (**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.59'dan naklen alınmıştır.)

²⁵³**Jacques FLOUR / Jean-Luc AUBERT / Eric SAVAUX**, "Droit Civil", Les Obligations, 1. Acte Juridique, 12.b., Armand-Colin, Paris, 2006 (**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.59'dan naklen alınmıştır.)

²⁵⁴**Abdülkadir GÜZELOĞLU / Tarık KURBAN**, "Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması: Aşırı İfa Güçlüğü (TBK 138)", Güzeloğlu Hukuk Bürosu, Çevrimiçi, (<http://www.guzeloglu.legal/tr/haber-makale/sozlesmelerin-degisken-kosullara-uyarlanmasi-asiri-ifa-guclugu-tbk-138-247.html>), E.T. 14.11.2017

B. KABUL EDİLMESİ VE YASALAŞMA SÜRECİ

Ülkeler arası ticaretin gelişmesi, Fransa'nın diğer ülkelerle ilişkisinin de artmasına yol açmış ve bu durum, ülkeler arasındaki hukuk sistemlerini birbirine yakınlaştırmıştır. Böylece Fransız hukuk sisteminde, diğer ülkelerin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını kabul etmesi ve bu yönde düzenlemeler oluşturması, Fransız Temyiz Mahkemesi'nin de görüşlerinin bu yönde yumuşamasına yol açmıştır. Böylece Fransız özel hukuk alanında da sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının kabulü gündeme gelmeye başlamıştır.

Böylece Fransız özel hukuk alanında sözleşmenin uyarlanması adına çalışmalar artmış ve nihayetinde Fransız Temyiz Mahkemesi, “yeniden müzakere borcu” ve “sözleşme ekonomisi” kavramlarını oluşturmuştur.²⁵⁵ Yeniden müzakere borcu, Fransız Medeni Kanunu'nda yer alan dürüstlük kuralının bir sonucu olarak doğmuş ve sözleşmenin ifasının taraflardan birisi için aşırı güçlük durumu yaratması halinde, tarafların sözleşmeyi yeni koşullara uyarlamak adına yeniden müzakere etmelerinin dürüstlük kuralı gereği olduğu kabul edilmiştir.²⁵⁶

Sözleşme ekonomisi kavramının ise, Alman hukukunda geliştirilen işlem temelinin çökmesi teorisinin dayanak alınarak getirildiği söylenebilir. Nitekim işlem temelinin çökmesi de taraflar arasındaki ekonomik dengenin bozulmasına dayanmaktadır. Fransız hukukuna göre, sözleşme ekonomisinin sarsılması sonucu sözleşmenin uyarlanması gerekir. Bu uyarlamanın amacı, bozulan ekonomik dengenin, sözleşmenin kurulma anındaki dengeye getirilmesidir.

Ancak yeniden müzakere borcu ve sözleşme ekonomisi kavramları tek başlarına sözleşmenin uyarlanmasının kabulü adına yeteli değildir. Nitekim taraflar yeniden müzakereye yanaşmaz ya da sözleşme ekonomisi sağlanamazsa hakimin yasakoyucu yerine geçip sözleşmeyi uyarlanması mümkün değildir. Bu nedenle bu iki kavram, sözleşmenin uyarlanmasının kabulü adına önem arz eden yeni düşünceleri doğurmuşsa da bu kavramların hukuk literatürüne girmesi ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının Fransız hukukunda kabul edildiği pek söylenemez. Bununla beraber bu kavramlar Fransız hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilmesi yolunda reform teklifleri olarak kabul edilen, iki ön tasarının geliştirilmesinin önünü açmıştır. Bunlar Catala ve Terre ön tasarılarıdır. Bu tasarılar, Fransız Medeni Kanunu'nda sözleşmenin uyarlanmasının açık hükümle düzenlenmesinin önünü açan

²⁵⁵BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 65

²⁵⁶BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 65

en önemli çalışmalar olarak kabul edilmesine rağmen, akademik çalışma düzeyini aşmamaktadır.²⁵⁷

Tüm bu geliştirilen tasarılar, kavramlar ve diğer hukuk sistemindeki teoriler sonucu, 2016 tarihinde Fransa’da kabul edilen Kanun Hükmünde Kararname ile en nihayetinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, Fransız Medeni Kanunu’na açık hüküm olarak eklenmiş ve böylece sözleşmenin uyarlanması Fransız Temyiz Mahkemesi de dahil olmak üzere tüm Fransız hukuk sistemi açısından, yasa gereği kabul edilmiştir.

C. HUKUKİ DAYANAĞI

Fransız özel hukuk alanında sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin yasal düzenlemeler yapılmadan önce, sözleşmenin uyarlanması Fransız idare hukukunda gelişim göstermiş ve hukuki temelini idare hukukunda oluşturmuştur. İdare hukukunda gelişen bu uygulama, günümüzde idare hukukunda kabul edilen genel ilkelere olan öngörülemezlik ve *Fait du prince*²⁵⁸ ilkelerinin de doğmasını sağlamıştır. Bu yönüyle emprevizyon teorisinin hukuk alanında önemi büyüktür.

Emprevizyon teorisi, tam anlamıyla bir beklenmedik hal (*force majeure*) meydana gelmese bile, sözleşmenin ekonomik temelini zayıflaması veya çökmesi halinde sözleşmede değişiklik yapılabileceğini öngörmektedir.²⁵⁹ Bunun kaynağı, Alman hukukunda geliştirilen işlem temelini çökmesi teorisinde olduğu gibi dürüstlük kuralıdır. Bu yönüyle iki teori birbirine benzetilebilir. Ancak Fransız hukukundaki sistemin farkı, sözleşmenin şartlarının değişmesi durumunda tarafların yeniden müzakeresinin ön planda tutulmasıdır. Sözleşmenin uyarlanması bu teoride yeniden müzakere çerçevesinde düzenlenmiş olup, bu yönüyle diğer teorilerden ayrılmaktadır.

Emprevizyon teorisinin uygulanması için sözleşmenin kurulduğu anda mevcut bulunan şartlarda önceden öngörülemezlik değişiklikler yaşanması, bu durumun taraflara isnat edilebilir bir durum olmaması ve sözleşme ekonomisinin alt üst olması şartlarının gerçekleşmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi burada sözleşmenin kurulduğu anda olmayan ve önceden öngörülemezlik bir değişikliğin, taraflardan kaynaklanmayan bir sebeple vuku

²⁵⁷BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 72

²⁵⁸*Fait du prince*“egemen olgusu”, “kamu gücü olgusu” ve kamu gücü eylemi olarak Türkçe’ye çevrilmiştir. “*Fait du prince, sözleşmenin uygulanma koşullarının sözleşmenin tarafı olan idarenin sözleşme dışı işlemi ile bozulması/ağırlaşmasıdır*”,Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, “Türk İdare Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ekim 2012, s.505

²⁵⁹TEZCAN, s.23

bulması ve bu değişiklik sonucu taraflar arasındaki sözleşme ekonomisinin ağır ölçüde bozulması aranmıştır.

5. FRUSTRATION TEORİSİ

A. KAYNAĞI VE GELİŞİMİ

Frustration teorisi, anglo-sakson hukuk sistemine tabi devletlerde gelişen bir teoridir. Özellikle İngiliz hukukunda gelişen bu teori, Amerikan hukukunda da bir takım farklarla kabul edilmiştir. Bununla birlikte, bu teorinin etkisi İngiltere ve Amerika dışında, tüm common law sisteminde de kabul edilen bir teoridir.²⁶⁰

Frustration teorisi her ne kadar Amerikan hukuku başta olmak üzere tüm common law sisteminde kabul gören bir teori olsa da, teorinin doğumu ve gelişimi İngiliz hukukunda olmuştur. İngiliz hukukunda ahde vefa ilkesi²⁶¹ 1647 tarihli *Paradine v. Jane* davası ile ana ilke olarak katı bir şekilde kabul edilmiştir.²⁶² Bunun sonucu olarak imkansızlık nedeniyle sözleşmenin uyarlanması İngiliz hukukunda uzun yıllar kabul edilmemiştir.

Paradine v. Jane davası ile kabul edilen sözleşmenin uyarlanması yasağına ilişkin ilkelerin ilk istisnası, *Taylor v. Caldwell* davası olarak kabul edilmektedir. Bu dava ile yangın sonucu kullanılamaz hale gelen bir konser salonuna ilişkin kira sözleşmesinin ediminin imkansız hale geldiği kabul edilerek, frustration teorisinin gelişimi adına ilk somut adım atılmıştır.²⁶³ Bu dava sonucu verilen kararla, sözleşmenin içinde, *clausula rebus sic stantibus* teorisinde olduğu gibi, örtülü bir şart olduğu kabul edilmiştir. Bu şarta göre sözleşmenin devamının imkansızlaşması ile sözleşme kendiliğinden sona ermektedir. *clausula rebus sic stantibus* teorisinde olduğu gibi, frustration teorisi de sübjektif ögeler içermesi sebebiyle eleştiriye uğramıştır. Nitekim bu teori de genel bir kural olarak değil her sözleşmenin kendi içinde özel bir şart içerdiğini ortaya koymaktadır.

İlerleyen zamanlarda *Taylor v. Caldwell* davası ile temelleri atılan frustration teorisi, bir başka önemli karar olan *Krell v. Henry* davası ile gelişim göstermiştir.²⁶⁴ Hatta bu karar o kadar

²⁶⁰ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Guenter H. TREITEL**, “Unmöglichkeit, “Impracticability”, und “Frustration” im anglo-amerikanischen Recht, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991,

²⁶¹ İngiliz hukukunda ahde vefa ilkesinin karşılığı, “Sanctity of Contracts” veya “Absolute Contract” teorisi olarak adlandırılmaktadır.

²⁶² *Paradine v. Jane* davası hakkında detaylı bilgi için bkz. **TEZCAN**, s.23

²⁶³ **BAYSAL**, s.76

²⁶⁴ *Krell v. Henry* davasına konu olayda; İngiliz vatandaşı Henry, 26 ve 27 Haziran 1902 tarihinde gerçekleşecek VII. Edward’ın taç giyme törenini izleyebilmek için, Krell ‘in tören alanına bakan dairelerini 100 pound a kiralamıştır. Bu bedelin 1/4’ü de depozito olarak ödemiş, geri kalan ödemenin 24 Haziran tarihinde yapılacağı

önemlidir ki, daha sonraki kararlarda bu karara atıflar yapılmış ve İngiliz hukukunda sözleşmelerin uyarlanması konusu doktrinde uzun yıllar “taç giydirmeye davaları” olarak isimlendirilmiştir.

Böylece ilk kez Taylor v. Caldwell davasında kabul edilen ilkeler, sadece edimin ifasının imkansızlaştığı hallerle sınırlı kalmamış, daha sonra verilen kararla sözleşmenin amacının zedelendiği (frustrated) olasılıklar da bu kapsamda değerlendirilerek frustration teorisinin uygulama alanı geliştirilmiştir.²⁶⁵

B. HUKUKİ DAYANAĞI VE NİTELİĞİ

Frustration teorisini, aslında imkansızlık teorisidir.²⁶⁶ Bu teorisinin dayanağını, sözleşmenin kökünden sarsılmasına sebebiyet verecek bir olayın vuku bulması halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ermesi oluşturur. İngiliz hukukunda gelişen bu teori sonucu, sözleşmenin kurulma anından sonra ortaya çıkan önceden tahmin edilemeyen değişiklikler sonucu sözleşmedeki edimin imkansızlaştığı ya da sözleşmenin amacının zedelendiği durumlarda sözleşme, tarafların iradesi aranmaksızın ve taraflarca talepte bulunulmaksızın kendiliğinden sona erer.²⁶⁷

Başka bir deyişle, İngiliz hukukuna göre; önceden tahmin edilemeyen değişiklikler nedeniyle mahkemenin sözleşmeye müdahale edebilmesi için, bu değişikliklerin, sözleşmenin esaslı unsurlarında meydana gelmesi gereklidir. Ancak böyle bir durumda bile mahkemenin, somut sözleşmeyi değiştirme yetkisi yoktur. Mahkeme ancak, sözleşmenin kendiliğinden (ipso facto) sona erdiğine karar verebilir.²⁶⁸

Amerikan hukukunda ise frustration teorisini, İngiliz hukukundan daha geniş ele alınmıştır. Amerikan hukukunda bazı davalarda, bu teori ile sözleşmenin uyarlanmasına imkan

kararlaştırılmıştır. Bununla birlikte sözleşmede kiralama işleminin ne amaçla yapıldığı açıkça belirtilmemiştir. 26 Haziran tarihinde VII.Edward’ın hastalanması nedeniyle tören icra edilememiştir. Bunun üzerine Henry, 24 Haziran tarihinde yapacağı ödemeyi yapmayı reddetmiş, Krell’de ödemenin yapılması için dava açmıştır. Mahkeme, her ne kadar taraflar arasındaki sözleşmede taç giyme töreninden söz edilmemiş ise de; sözleşmenin, tören alayının geçişini izlemek için yapıldığı ve bu nedenle tören alayının geçişinin “sözleşmenin temelini” oluşturduğunu kabul ederek, bunun gerçekleşmemiş olması nedeniyle, geri kalan kira bedelinin ödenmemesine karar vermiştir. Detaylı bilgi için bkz. **BAYSAL**, s.78-79; **TEZCAN**, s.23-24

²⁶⁵**TREITEL**, s.19, (**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.78 ‘den naklen alınmıştır.)

²⁶⁶**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.76

²⁶⁷**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.80

²⁶⁸**TEZCAN**, s.24

tanınmıştır.²⁶⁹ Böylece frustration teorisi sonucu sözleşmelerin uyarlanması, İngiliz hukukunda kabul edilmemekte iken, Amerikan hukukunda kabul görerek gelişmiştir.

Frustration teorisi, anglo-sakson ve common law hukuk sistemlerinde geliştiği dikkate alındığında, bu teorinin Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulanabilirliği yoktur. Dolayısıyla bu teorinin Türk hukuku açısından da kabulü mümkün değildir. Ancak bu teorinin tam anlamıyla geçersiz olduğu ve Türk hukuku açısından hiçbir sonuç doğurmadığı söylenemez. Nitekim bu teori, işlem temelinin çökmesi teorisinin gelişimine yaptığı katkı ile Türk hukukunu kısmen de olsa etkilemiştir. Bu sebeple frustration teorisi, Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması konusunu anlatan bu çalışmada ele alınmıştır.

6. İSVİÇRE HUKUK SİSTEMİNDE KABUL GÖREN TEORİ

İsviçre hukukunda da diğer ülkelerin hukuk sistemlerindeki paralel olarak sözleşmeye bağlılık ilkesi katı bir şekilde uygulanmaktaydı. Her ne kadar İsviçre I. Ve II. Dünya Savaşlarına katılmasa da, bu savaşlar sonucu ortaya çıkan ekonomik krizlerden etkilenmiştir. Bu krizler, İsviçre hukuk sisteminde sözleşmenin uyarlanması ihtiyacını doğurmuştur.

İsviçre hukukunda sözleşmenin uyarlanması için özel olarak geliştirilmiş bir teori mevcut değildir. Bununla birlikte İsviçre hukuku, Türk hukukunun gelişimi adına örnek alınan en önemli hukuk sistemlerinden biri olması sebebiyle, İsviçre hukukunda sözleşmenin uyarlanması hakkında uygulanan teoriden bu çalışmada kısaca bahsedilmiştir.²⁷⁰

İsviçre hukukunda sözleşmenin uyarlanması adına dikkate alınan teorinin, Alman hukukunda geliştirilen işlem temelinin çökmesi teorisi ile Fransız hukukunda geliştirilen emprevizyon teorisinin ortak değerlendirilmesi ve harmanlanması sonucu kabul edilen bir teori olarak belirtilmesi yanlış olmaz. İsviçre hukukunda sözleşmenin uyarlanması hakkında ileri sürülen görüşlerde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kavramı; sözleşmenin uyarlanması, sözleşmenin düzeltilmesi, emprevizyon ve hatta clausula rebus sic stantibus kavramları ile ifade edilmektedir.²⁷¹ Bunun sebebi, bahsedildiği üzere İsviçre hukukunda, Alman ya da Fransız hukukunda olduğu gibi genel bir düzenlemenin bulunmamasıdır. İsviçre'deki bu kavram kargaşası, Türk hukukuna da yansımıştır.

²⁶⁹ Bu davalara örnek olarak Alcoa davası verilebilir. Dava hakkında detaylı bilgi için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.81 vd.

²⁷⁰ İsviçre hukukunda uygulanan teori, doktrindeki ve İsviçre Federal Mahkemesi'ndeki görüşler ile tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 84-95

²⁷¹ **BAYSAL**,(Sözleşmenin Uyarlanması), s. 83

İsviçre’de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması adına hem doktrinde hem de İsviçre Federal Mahkemesi’nde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Federal Mahkeme, İsviçre Medeni Kanunu’nun 2. Maddesinde yer alan dürüstlük kuralı ile hakkın kötüye kullanılması yasağını, sözleşmenin uyarlanmasında dayanak noktası yaparken, doktrinindeki baskın görüşe göre sözleşmenin uyarlanması, sözleşmedeki boşluğun doldurulması olarak değerlendirilmektedir.²⁷²“Pek kabul görmese de, doktrindeki diğer görüşe göre; sözleşmenin temel hatası düzenlemesinin, bazı şartlarla gelecekteki olgulara ilişkin yanlış tasavvurlara da uygulanması yoluyla sözleşmenin değişen şartlara uygulanması kavramları yorumlanarak uygulanmalıdır.”²⁷³

Tüm bunlara ilaveten İsviçre Borçlar Kanunu hakkında yapılan reform çalışması olan İsviçre Borçlar Kanunu-2020 Tasarısı ile sözleşmenin uyarlanması hakkında kanuna genel bir kural getirilmesi tasarlanmaktadır. Bu tasarının “Durum Değişiklikleri” başlığı taşıyan 19. Maddesine göre; “ *Sözleşmenin kurulmasından sonra, sözleşmenin taraflarından birinden borcunun ifasının beklenilmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde, öngörülemez durum değişiklikleri yaşanmış ise, hakim sözleşmeyi uyarlayabilir veya sonlandırabilir.*”²⁷⁴

²⁷²BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.85

²⁷³GÜZELOĞLU / KURBAN, “Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması: Aşırı İfa Güçlüğü (TBK 138)”, Güzeoğlu Hukuk Bürosu, Çevrimiçi, (<http://www.guzeloglu.legal/tr/haber-makale/sozlesmelerin-degisen-kosullara-uyarlanmasi-asiri-ifa-guclugu-tbk-138-247.html>), E.T. 18.11.2017

²⁷⁴BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 95

II. BÖLÜM: TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ TEMELİ, GELİŞİMİ VE TEORİLERİN TÜRK HUKUKUNDA YERİ

A. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ TÜRK HUKUKUNDAKİ GELİŞİMİ

Türk hukukunda da, diğer hukuk sistemlerine paralel olarak, uzun yıllar sözleşmelerde ahde vefa ilkesi katı bir şekilde kabul edilmiştir. Başka bir deyişle Türk Sözleşmeler hukuku alanında taraflar, sözleşmelerde verdikleri sözlere, şartlar ne kadar değişirse değişsin katlanmak, yani edimlerini her halükarda ifa etmek durumundaydılar. Ancak Türk hukukunda da zamanla, sözleşmelerin şartlarının, sözleşmenin kurulma anına oranla, taraflardan en az biri için edimini yerine getirmesi kendisinden dürüstlük kuralı gereği beklenemeyecek bir hal alması ile yeni şartlara uyarlanmasının mümkün olacağı görüşü gelişmiştir.

Türk hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının kabul edilmesi içtihatlar sayesinde olmuştur. Nitekim sözleşmenin uyarlanması içtihatlarda uzun zamandır kabul edilerek uygulanmakta, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin kararlar verilmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuk sistemimize kazandırılmasında, doktrindeki görüşlerin ve tartışmaların da önemi büyüktür.

Bizim hukuk sistemimizde de Fransız hukuk sisteminde olduğu gibi, sözleşmenin uyarlanması ilk kez Danıştay tarafından kabul edilmiştir.²⁷⁵ Yani sözleşmenin uyarlanması ilk kez idari yargılama alanında gündeme gelmiş ve böylece hukuk sistemimizde ilk kez sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması mümkün kılınmıştır.

Sözleşmenin uyarlanmasının adli yargı açısından ele alınması ise ilk kez Kara Perşembe diye bilinen 1939 Dünya Ekonomik Krizi'nin etkilerinin Türkiye'de görülmesi ile olmuştur. Elbette ki bu krizle birlikte I. ve II. Dünya Savaşları sonucu dünya ekonomisinin bozulması, şartların değişmesi de sözleşmelerin uyarlanmasının gündeme gelmesi adına dönüm

²⁷⁵BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.113 dn.476;Şurayı Devlet Dava Daireleri Umumi Heyeti, 23.11.1937, E. 1937/286, K. 1937/256; Detaylı bilgi ve kararın incelemesi için bkz. **Turhan FEYZİOĞLU**, “İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Haller Meselesi)”, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1947, s.30 vd.; **Kemal GÖZLER**, “ İdare Hukuku Cilt II”, Ekin Yaymevi, 2009, s.149 ve 179

noktalarıdır. Yargıtay ilk kez 1942 yılında vermiş olduğu kararla²⁷⁶, sözleşmelerin uyarlanabileceğinin dürüstlük kuralı gereği olduğunu ilkesel olarak kabul etmiştir.

Bu kararın varlığına rağmen sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması adına ülkemizde 90'lı yıllara kadar pek bir gelişme kaydedilememiştir. Ancak 90'lı yıllarda peş peşe yaşanan ekonomik krizler, birçok dava açılmasına sebebiyet vermiş böylece sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin Yargıtay kararları sıklaşmıştır. Özellikle yabancı para ile borçlanılan sözleşmelere ilişkin, ekonomik krizler neticesinde döviz kurlarının yükselmesi karşısında borçlular, edimlerini ifa edememiş ve şartların hakkaniyete uygun olacak şekilde dengelenmesi amacıyla dava açmışlardır. Buna rağmen Yargıtay, kendi içinde çelişkili kararlar vermiştir. Bunların en bariz örnekleri, aynı ekonomik kriz döneminde yaşanan kira sözleşmelerinin uyarlanmasını kabul etmesine rağmen²⁷⁷, banka kredi sözleşmelerinin uyarlanmasının ekonomik krizin önceden öngörülemez olmadığı gerekçesiyle uyarlanmasını kabul etmemesidir.²⁷⁸ Son dönemde de Japon Yeni davaları olarak bilinen Japon Yeni'nin Türk Lirası karşısında önemli ölçüde değer kazanması nedeniyle açılan uyarlama davalarında da ekonomik krizin öngörülemez olmadığı ve bu sebeple sözleşmenin uyarlanmasının reddedilmesi gerektiğine ilişkin kararlar verilmektedir.²⁷⁹ Yargıtay'ın vermiş olduğu bu kararlar sonucu doktrinde ekonomik krizlerin Türkiye'de öngörülebilir olup olmadığına ilişkin tartışmaları da doğmuştur.²⁸⁰

²⁷⁶ T.D. 02.06.1942 Tarih, 941/3732/1522 Sayılı ilam: "...Her akit, in'ikat ettiği tarihte mevcut ahval ve şeraitin aynen devamı halinde akitleri ilzam eder. Akit tarihinden sonra tahüddüs edecek fevkâlade ahval dolayısıyla taraflardan biri için akdin ifası âkitte derpiş edilen ivazlar arasında büyük ve aşikâr ve fahiş nisbetsizlik husule getirdiği takdirde, mukavelenin tadili icap eder..." (Süleyman YILMAZ, "Dövizle Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarlama Sorunu Ve Yargıtay'ın Bakışı" Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, S. 1 C. 59 s. 131-172, s.136; FEYZİOĞLU, s.24-27

²⁷⁷ YHGK 01.10.1997, E. 1997/13-493, K. 1997/764, "...öyleyse, uyarlama esasa ve ilkeleri lehine oluşmuş ise kiracının da kira bedellerinin uyarlanması için dava açabileceğinin evleviyetle kabul edilmesi gerekir..."(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) E.T. 21.11.2017

²⁷⁸ Yargıtay 11. HD 12.12.1994, E. 1994/5786, K. 1994/9585, "... hakimın sözleşmeye müdahalesi için sözleşmenin yapılmasından sonra olağanüstü bir durumun meydana gelmesi, bu durumun önceden tahmin edilemeyen olması veya tahmin olunup da taraflarca göz önüne alınmış olması ve bu durumun edalar arasında hüsnüniyete aykırı fahiş fark meydana getirmesi şartlarının gerekli olup, Türkiye'deki yıllardır seyreden enflasyon nazara alındığında olağanüstü bir durum değildir..." (BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.114 dn.484)

²⁷⁹ Yargıtay 13. HD 30.09.2015, E. 2015/27944, K.2015/27760, "... Öte yandan ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından bilinen bir olgudur. Davacı bu riski önceden öngörebilecek durumda olmasına rağmen dövizle kredi kullanmış bulunmaktadır. ... Tüm bu hususlar birlikte değerlendirildiğinde davaya konu olayda uyarlama koşullarının bulunmadığı anlaşılmaktadır... (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) E.T. 11.11.2017; Aynı yönde kararlar için bkz. BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.117-118

²⁸⁰ Bu tartışmalar hakkında detaylı bilgi için bkz. Özlem TÜZÜNER/Kerem ÖZ, "Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi", Ankara Barosu Dergisi, S. 2015/3, s.421-470

Yargıtay'ın bu tutumu doktrinde *Baysal* tarafından eleştirilmekte olup, Yargıtay'ın, sözleşmelerin uyarlanması hususunda somut ölçütlere veya geliştirilen teorilere dayandığı söylenememektedir.²⁸¹

Ancak belirtmek gerekir ki Yargıtay'ın sözleşmenin uyarlanması adına belli bir takım kuralları kesin olarak kabul ettiği söylenebilir. Örneğin Yargıtay kararlarında işlem temelinin çökmesi teorisine atıflar yapılmakta olup, pek çok kararında sözleşmenin uyarlanmasının işlem temelinin çökmesi nedeniyle kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bunun dışında Yargıtay kısa süreli sözleşmelerin de değişen şartlar nedeniyle yeni şartlara uyarlanabileceğini kabul etmiştir.²⁸²

B. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ TÜRK HUKUKUNDAKİ DAYANAĞI

1. GENEL OLARAK

Türk hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması, diğer ülkelerde de olduğu gibi önce içtihatlarla kabul edilmiştir.²⁸³ Özellikle ekonomik krizler sonucu sözleşmenin şartlarının ağırlaşması üzerine açılan davalar sonucu verilen kararlar, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olduğunu göstermiştir. Böylece Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeli tartışılmaya başlanmıştır.

Doktrinde baskın görüşe göre, sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini MK m. 2/1 'de yer alan dürüstlük kuralı oluşturmaktadır.²⁸⁴ Bununla birlikte dürüstlük kuralına dayanan yazarların çoğu, sözleşmenin uyarlanması açısından herhangi bir teoriye dayanmamaktadır.²⁸⁵ Yargıtay ise kararlarının çoğunda işlem temelinin çökmesi kavramına yer vererek, Alman ekolünde gelişen bu teoriye atıf yapmıştır. Bununla birlikte Yargıtay, sözleşmenin

²⁸¹ **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.115

²⁸² YHGK 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864, "... Yasalarımızda uyarlama davalarının koşullu olarak açılacağına dair bir sınırlama bulunmadığından, bir yıllık kısa süreli kira sözleşmesine dayanılarak uyarlama davasının açılabilirliğinin kabulü gerekir... (Sinerji İçtihat Bilgi Bankası) E.T. 21.11.2017

²⁸³ Türk Medeni Hukukunun gelişiminde özellikle İsviçre hukukunun örnek alınması, sözleşmelerin uyarlanması alanında da İsviçre hukukundaki gelişmelere paralel gelişmelerin yaşanması sonucunu doğurmuştur. Ancak Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanması, İsviçre'dekinden bazı noktalarda farklılaşmaktadır. Özellikle Türk hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi, İsviçre hukukundakinin aksine kabul görmüş bir teori olup, Yargıtay kararlarında bu husus vurgulanmıştır. Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. dn.81

²⁸⁴ **ERMAN**, s.54; **Şener AKYOL**, "Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası", Filiz Kitapevi, 1. Baskı 1995, s.83; **M.Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS**, "Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar", Vedat Kitapçılık, 21. Baskı, 2015, s.190

²⁸⁵ **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.119

uyarlanmasının hukuki temelini birçok kararında, dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması ve sözleşmedeki boşluğun doldurulması olarak karma bir yapıda belirtmiştir.²⁸⁶

Yargıtay'ın bu tutumu nedeniyle, sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini belirlenmesinde doktrinde tartışılmalıdır. Nitekim dürüstlük kuralı, hakkın kötüye kullanılması ve sözleşme boşluğunun doldurulması hükümleri birbirlerinden farklı olarak düzenlenmiş hükümler olup, esas itibariyle birbirlerinden çok farklı kavramlardır.²⁸⁷

Pek kabul görmese de, sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini ilişkin önemli bir görüşe göre; TBK m. 480/2'de (eBK 365/2) düzenlenen sözleşmelerine ilişkin götürü ücretli sözleşmelerde, önceden öngörülemez veya öngörülebilir de taraflarca göz önünde tutulmayan haller sonucu ifası ağırlaşan tarafın sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkı, genel kural niteliğinde olup, kıyas yoluyla diğer sözleşmelere uygulanabilir.²⁸⁸ Ancak belirtildiği üzere günümüzde belli yazarlar hariç bu görüş kabul edilmemektedir.²⁸⁹

2. TÜRK MEDENİ KANUNU'NUN İKİNCİ MADDESİNE DAYANARAK GELİŞTİRİLEN GÖRÜŞLER

İlk olarak bahsedilmesi gereken husus, MK m.2/1'de düzenlenen dürüstlük kuralı ile MK m.2/2'de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağının birbiriyle karıştırılmaması gerekliliğidir.

Hukukumuzda dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı Medeni Kanun'un 2. Maddesinde düzenlenmiştir. Buna rağmen doktrinde MK 2. Maddesinin iki fıkrasının farklı amaçlara hizmet ettikleri ve farklı düzenlemeler olduğu vurgulanmıştır. *Serozan* bu görüşü şu ifadelerle açıklamaktadır: “MK 2 kuralının 1 'inci ve 2 'nci fıkrası sanki iki ayrı dünyaya aittir.”²⁹⁰ *Oğuzman/Barlas* ise “...dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı bir madalyonun iki yüzü gibi birbirine bağlı olduğunu...” ifade etmektedir.²⁹¹ Dolayısıyla her ne kadar iki farklı düzenleme de olsa, dürüstlük kuralı ve hakkın kötüye kullanılması yasağı

²⁸⁶ YHGK 15.10.2003, E.2003/13-599, K. 2003/599, (BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.120 dn.495)

²⁸⁷ Bu kavramlar, aşağıda görüşlerin incelenmesi bölümünde açıklanacaktır. Bkz. aşağı. s.35-38

²⁸⁸ Sermet AKMAN, “Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar”, 1989, s.624-636. (BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması) s.120'den naklen alınmıştır.)

²⁸⁹ ERMAN, s.54; Aksi yönde EREN, s.503; Bkz. s. 57

²⁹⁰ Rona SEROZAN, “Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku” Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, 2013, İstanbul, dn.9

²⁹¹ OĞUZMAN / BARLAS, s.190 vd.

birbirleri ile bağlantılı hükümler olup, çoğu hukukçu tarafından farklı değerlendirilmemektedir.²⁹²

Türk hukukunda genel kabule göre sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeli MK 2. Maddesi 1. Fıkrasında düzenlenen dürüstlük kuralıdır. Taraflar arasında kurulan sözleşme, ileride şartların önceden öngörülemeyen ya da öngörülebilen dahi taraflarca göz önünde tutulmayan haller sonucu ifa beklenemez bir hal almışsa, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanması dürüstlük kuralı gereğidir.²⁹³ Bizce de sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli dürüstlük kuralıdır. Nitekim taraflarca önceden öngörülemeyen bir şart değişikliği nedeniyle ifanın sözleşme taraflarından biri açısından beklenemez hale gelmesi durumunda, taraflar arasındaki ilk başta olan menfaat dengesi bozulmuştur ve bu menfaat dengesinin yeniden sağlanması tarafların dürüstlük kuralına uyma zorunluluğunun bir sonucudur.

Doktrinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temelini hakkın kötüye kullanılması yasağı olarak değerlendiren görüş, Türk hukukunda pek destekçi bulamamıştır.²⁹⁴ Bununla birlikte hakkın kötüye kullanılması yasağı görüşüne Yargıtay kararlarında zaman zaman yer verilmiştir.²⁹⁵ Ne var ki bu görüş doktrinde kabul gören bir görüş olamamıştır.²⁹⁶

3. SÖZLEŞME BOŞLUĞU GÖRÜŞÜ

Sözleşmelerin uyarlanmasına hukuki temel arayan doktrinde geliştirilen bir başka görüş ise, sözleşmelerin uyarlanmasını, sözleşmenin tamamlanması açısından değerlendiren görüşlerdir. Bu görüşün doktrinde savunucusu olan *Eren* 'e göre, sözleşme veya kanunda uyarlama kurallarının açıkça düzenlenmediği hallerde, sözleşmede bir uyarlama boşluğu söz konusu olur. Bu uyarlama boşluğunun giderilmesi için MK m. 1/2 'ye göre hakim, dürüstlük kuralı çerçevesinde hukuk kuralı yaratması ve tarafların farazi iradelerini araştırarak sözleşmeyi değişen şartlara uyarlanması gerekir.²⁹⁷ Dikkat edilirse bu görüşte de dürüstlük kuralı nazara alınmıştır. Burada önem arz eden bir başka husus da, görüşün dayanağının kanun boşluğunun doldurulması hükümleri değil, sözleşmenin tamamlanması hükümleri olduğudur. Kanun

²⁹² Bu konu hakkında tartışmalar ve detaylı bilgi için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.121

²⁹³ **OĞUZMAN / BARLAS**, s.190 vd.

²⁹⁴ **GÜRSOY**, s.36-37 ve s.176 (**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.122 dn.504'ten naklen alıntı yapılmıştır.)

²⁹⁵ YHGK 19.02.1997, E. 1996/11-762, K. 1997/77 (YKD, S. Mayıs 1997, s. 679-685, www.yargitay.gov.tr E.T. 22.11.2017)

²⁹⁶ Bu görüşün eleştirisi için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.122

²⁹⁷ **EREN**, s. 497

boşluğunun doldurulmasına ilişkin görüş doktrinde *Dural/Sarı* tarafından ileri sürülmüş olup, aşağıda incelenecektir.²⁹⁸

Yargıtay da bazı kararlarında sözleşme boşluğu görüşünü sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli olarak savunmuştur.²⁹⁹

4. KANUN BOŞLUĞU VE HUKUKİ KIYAS GÖRÜŞLERİ

A. KANUN BOŞLUĞU GÖRÜŞÜ

Türk hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin genel düzenleme, ilk kez TBK 138. Madde ile kanunumuza eklenmiştir. Bu genel düzenlemeden önce sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin genel bir kuralın ne eski Borçlar Kanunu'nda ne Medeni Kanun'da yer alması nedeniyle, bu konuda kanunda boşluk olduğu düşünülmüştür. Dolayısıyla TBK yürürlüğe girmeden önce, sözleşmelerin uyarlanması konusunda bir kanun boşluğu olduğu görüşü de ileri sürülmüştür. Bu görüşün savunucusu *Dural/Sarı*, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda kanunda boşluk olduğunu ve bu boşluğun, MK m. 1 uyarınca hakimin hukuk yaratması yolu ile doldurulabileceğini belirtmektedir.³⁰⁰ Hakim bunu yaparken elbette MK m. 2'deki dürüstlük kuralına uygun hareket edecektir.³⁰¹ Dolayısıyla bu görüşün dayanak noktasında da dürüstlük kuralına atıf yapıldığı görülmektedir.

Bu görüş ile yukarıda açıklanan sözleşme boşluğu görüşü arasında önemli bir fark mevcuttur. Bu görüşe göre de, sözleşme boşluğu görüşünde olduğu gibi sözleşmede boşluk olduğu kabul edilmelidir. Ancak bu boşluk hem kanundaki benzer hükümlerle hem de tarafların farazi iradelerine göre doldurulamıyor ise, kanun boşluğu olduğu kabul edilerek hakimin hukuk yaratması yoluyla sözleşmenin uyarlanması gerekecektir.³⁰² Yani sözleşme boşluğu halinden farklı olarak, tarafların farazi iradelerine göre de sözleşmedeki boşluk doldurulamıyorsa, kanunda boşluk olduğu kabul edilmeli ve hakim MK 1/2 'ye göre hukuk yaratarak boşluğu doldurarak sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamalıdır.

²⁹⁸ Bkz. aşağı. s. 36-39

²⁹⁹ YHGK 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599, "...Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur. (MK, md.1) Bu yöntemle sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denilir." (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) E.T. 22.11.2017

³⁰⁰ **Mustafa DURAL / Suat SARI**, "Türk Özel Hukuku Cilt I - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri", Filiz Yayınevi, 12. Baskı, Ekim 2017, s.64

³⁰¹ **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.127

³⁰² **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.127-128

B. HUKUKİ KIYAS GÖRÜŞÜ

Hukuki kıyas görüşü, yukarıda açıklanan kanun boşluğu görüşüne benzer bir görüş olup, iki görüşün çıkış noktası da aynı esas olan sözleşmede boşluk olmasına dayanır.

Bu görüşe göre de sözleşmedeki boşluk hem kanundaki benzer hükümlerle hem de tarafların farazi iradelerine göre doldurulamıyor ise, kanun boşluğu olduğu kabul edilecek, ancak hakim bu sefer hukuk yaratmaktan ziyade, yorum ve kıyas yollarıyla boşluğu dolduracaktır. Başka bir deyişle, sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini kanunlardaki tek bir maddeye dayandırılması gerekmez.³⁰³ Kanun boşluğu durumunda yorum ve kıyas yoluyla boşluk doldurulabilecektir. Buna en güzel örnek eBK m. 365 'de düzenlenen eser sözleşmelerinin uyarlanmasına ilişkin özel düzenlemenin, Yargıtay kararlarında kıyas yoluyla diğer sözleşmelerin uyarlanmasında da dikkate alınmasıdır.

Doktrinde bu görüşü savunan *Baysal*, bu görüşün sözleşmelerin uyarlanması hakkında geliştirilen genel teorilere de dayanması sebebiyle diğer görüşlerden ayrıldığını belirtmektedir.³⁰⁴

TBK'nın yürürlüğe girmesiyle kanun boşluğu ve hukuki kıyas görüşünün eskidiği düşünülse de, TBK m. 138'in bir görüşü veya teoriyi doğrudan benimsediği söylenemez. Hatta TBK m. 138 ile birlikte doktrinde tartışmalar daha da artmıştır. Nitekim madde gerekçesinde işlem temelini çökmesi kavramına vurgu yapılmışsa da kanunun yorumlanmasıyla dürüstlük kuralı görüşünün ağırlık kazandığı görülmektedir. Bu sebeple kanun ve hukuki kıyas görüşlerinin sona erdiği söylenemez. Her ne kadar kanunla genel bir düzenleme getirilmişse de doktrinde sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeline ilişkin tartışmalar sürmektedir.

C. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI HAKKINDA GELİŞTİRİLEN TEORİ VE GÖRÜŞLERİN TÜRK HUKUKUNDA YERİ VE TÜRK HUKUKUNDA KABUL EDİLEN SİSTEM

Türk hukukunda, sözleşmenin kurulma anında öngörülemeyen ve ileride gerçekleşen, şartların aşırı ifa güçlüğü yaratacak şekilde değişmesi durumunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi, uzun yıllardır gerek içtihatta gerek doktrinde kabul edilmektedir. Buna rağmen sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli ve bu konuda geliştirilen hangi teorinin hukukumuzda uygulandığı doktrinde tartışılmaktadır. Sözleşmelerin

³⁰³ SEROZAN, (İfa) dn.7

³⁰⁴ BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.128

uyarlanması uzun yıllardır hukuk sistemimizde kabul edilmesine rağmen, TBK m. 138'den önce kanunlarımızda bu konuda genel bir düzenleme bulunmamaktaydı. TBK m. 138 ile sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması kanuni bir zemine bağlanmışsa da, sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temeli ve hukukumuzda kabul edilen teoriye ilişkin tartışmalar son bulmamıştır.

Yukarıda kapsamlıca incelendiği üzere, sözleşmelerin uyarlanması konusunda geliştirilen teorilerden yalnızca üç tanesi günümüzde halen geçerli olarak kabul edilmektedir. Bunlar Emprevizyon, işlem temelinin çökmesi ve frustration teorileridir. Genel anlamda sözleşmelerin uyarlanması denince akla gelen clausula rebus sic stantibus teorisinin ise günümüzde uygulama alanı bulunmamaktadır.³⁰⁵

Frustration teorisi de yapısı ve geliştirildiği hukuk sistemi dikkate alındığında (Common Law) Türk hukukunda uygulama alanı bulamamaktadır. Dolayısıyla sözleşmenin uyarlanması konusunda geliştirilen teorilerden yalnızca ikisi (emprevizyon ve işlem temelinin çökmesi teorileri) Türk hukukunda uygulama alanı bulabilmekte ve Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması bu iki teorinin ışığında gelişim göstermektedir.

Sözleşmenin uyarlanması konusunda geliştirilen işlem temelinin çökmesi ve emprevizyon teorilerinin Türk hukukunda karşılık bulması sonucu, doktrinde sözleşmenin uyarlanmasında kabul edilmesi gereken teori tartışılmıştır. Emprevizyon teorisi idare hukuku alanında gelişmiş ve şekillenmiş bir teori olması nedeniyle yalnızca Türk idare hukukunda uygulama alanı bulmuştur. Ayrıca sözleşme ile izlenen amacın boşa çıkması durumu, emprevizyon teorisinin kapsamı dışında kalması ve emprevizyon teorisinin dikkate alınabilmesi için edim-karşı edim ilişkisinin yalnızca parasal değerlerle ifade edilmesinin aranması, emprevizyon teorisinin uygulama alanını hukukumuzda bir hayli daraltmıştır.³⁰⁶

Türk hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda geliştirilen, işlem temelinin çökmesi teorisi son yıllarda ağırlık kazanmıştır.³⁰⁷ Bunun en büyük göstergesi, içtihatlarda işlem temelinin çökmesi kavramına ve teorisine atıflar yapılmasıdır. Kararlarda özellikle işlem temeli kavramı vurgulanmıştır. Ayrıca TBK m. 138'in gerekçesinde de işlem temelinin çökmesi kavramı kullanılmıştır. Tüm bunlar Türk hukukunda sözleşmenin uyarlanması adına işlem temelinin çökmesi teorisinin kabul edildiğini göstermektedir.

³⁰⁵BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması) s.134

³⁰⁶BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.135

³⁰⁷Rona SEROZAN, "Sözleşmeden Dönme", Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2007, s.347

Burada değinilmesi gereken önemli bir nokta da, sözleşmenin değışen şartlara uyarlanması hakkında geliştirilen teoriler ile sözleşmenin değışen şartlara uyarlanmasının hukuki temelini ayrı sorunlar olmasıdır. Hukuki temele ilişkin bizim de kabul ettiğimiz görüş olan dürüstlük kuralı ilkesi dikkate alındığında, sözleşmenin uyarlanması adına bu ilkenin nasıl somutlaştırılacağına ilişkin bir teörinin kabulü gerekmektedir.³⁰⁸ İşte bu nedenle işlem temelini çökmesi teörisi hukukumuzda kabul edilmiş bir teoridir.³⁰⁹

³⁰⁸ **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.137

³⁰⁹ Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.134-144

III. BÖLÜM: TBK M.138 DÜZENLEMESİ SONRASI; SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASININ UYGULAMA ALANI, ÇEŞİTLERİ, ŞARTLARI VE SONUÇLARI

A. TBK M. 138'İN UYGULAMA ALANI

1. GENEL OLARAK

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının şartları ve sonuçları incelenmeden önce, hangi tür hukuki işlemlerde uyarlanmanın mümkün olduğu tespit edilmelidir. TBK m.138'de sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması hakkında getirilen düzenleme TBK'nın "Borç İlişkisinin Hükümleri" ana başlığında ele alınmıştır. Bu durum TBK m. 138 'in, yalnızca sözleşmeler açısından değil, tüm borç ilişkileri açısından kabul edilmesi gereken, genel bir düzenleme olduğunu göstermektedir.³¹⁰ Bununla birlikte maddenin lafzı dikkate alındığında, uyarlanmanın tüm borç ilişkileri için değil yalnızca sözleşmeler için getirildiği anlaşılmaktadır. Bu sebeple TBK m. 138'in hangi tip hukuki işlemlerde uygulanabileceğinin tespiti önem arz etmektedir.

Bizim de kabul ettiğimiz görüşe göre³¹¹; sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, dürüstlük kuralı ilkesini temel alan ve işlem temelinin çökmesi durumunda gündeme gelen bir düzenlemedir. Bu sebeple TBK m. 138'in sözleşme dışında kalan hukuki işlemlerde uygulanmasına, işlemin niteliği elverdiği ölçüde, bir engel yoktur. Nitekim önemli olan işlem temelinden bahsedilebilecek bir işlemin varlığı ve bu işlem temelinin çökmesi durumudur.³¹²

Ayrıca belirtmek gerekir ki, MK 5. maddesinde belirtilen; *"Bu Kanun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır."* hükmü gereği, TBK m. 138 düzenlemesi, niteliği itibariyle uygun düştüğü ölçüde borçlar hukuku dışındaki özel bazı borç ilişkileri açısından da uygulanabilmektedir. Bu nedenle yalnızca borçlar hukuku sözleşmeleri değil, başkaca sözleşmelerde de TBK m. 138, niteliği uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır.

³¹⁰BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması) s.145

³¹¹OĞUZMAN / BARLAS, s.190 vd.

³¹²BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması) s.145 dn.657

2. TEK TARAFLI HUKUKI İŞLEMLERİN UYARLANMASI

Tek taraflı hukuki işlem, kurulması için bir kişinin irade beyanının yeterli olduğu hukuki işlemlerdir.³¹³ İşlem temelinin çökmesi teorisine göre, tek taraflı hukuki işlemlerin işlem temelinin çökmesi mümkün olmadığından, sözleşmenin uyarlanması da mümkün değildir.³¹⁴

Tek taraflı hukuki işlemler denilince, ilk olarak akla vasiyetname, vakıf kurma ve yenilik doğuran işlemler gelmektedir.³¹⁵ Vasiyetnamede işlem temelinin çökmesi teorisinin mümkün olmaması sebebiyle vasiyetnamelerin değişen şartlara uyarlanmasının mümkün değildir. Vasiyetnameler tek taraflı olarak kurulduktan sonra yaşanan şart değişiklikleri sebebiyle ancak vasiyetnamenin yorumlanmasının ya da tamamlanmasının mümkün olacağı vurgulanmıştır.³¹⁶

Diğer tek taraflı hukuki işlem olan vakıf kurma işlemi de uyarlama yolu ile değil tamamlama yolu ile çözümlenmesi gerektiğinden, TBK m. 138 hükmü uygulama alanı bulmaz.³¹⁷

Yenilik doğuran haklar, tek taraflı hukuki işlem ile kullanılan yenilik doğuran işlemler olarak adlandırılmakta olup, kullanılmalarıyla sonuçlarını doğururlar ve şarta ya da vadeye bağlanamazlar.³¹⁸ Dolayısıyla yenilik doğuran haklar bakımından önceden öngörülemeyen bir durumun ortaya çıkması olanaksız olup, değişen şartlara uyarlanmaları mümkün gözükmemektedir.

3. İKİ VEYA DAHA ÇOK TARAFLI HUKUKİ İŞLEMLERİN UYARLANMASI

A. GENEL OLARAK

İki veya daha çok taraflı hukuki işlemlerin uyarlanması, sözleşmelerin uyarlanması anlamına gelmektedir.³¹⁹ Yukarıda bahsedildiği üzere, borçlar hukuku dışında kalan sözleşmelerin de değişen şartlara uyarlanabilmesi mümkündür. Yeter ki sözleşmenin niteliği

³¹³DURAL/SARI, s. 203 kn. 1114; OĞUZMAN/BARLAS, kn. 610

³¹⁴BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması) s.147-148

³¹⁵OĞUZMAN/BARLAS, kn. 610

³¹⁶Rona SEROZAN /Baki İLKAY ENGİN, “ Miras Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2014, Ankara, kn. 212

³¹⁷BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması) s.148

³¹⁸OĞUZMAN/BARLAS, kn. 568

³¹⁹BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 149

buna izin versin. Dolayısıyla sözleşmelerin uyarlanması alanında nitelikleri izin verdiği ölçüde her türlü sözleşme, değişen şartlara uyarlanabilecektir.

Borçlar hukuku sözleşmelerinin dışında, hukukun diğer alanında da pek çok sözleşme tipi mevcut olup, bu sözleşmelerin de değişen şartlara uyarlanması gereği sık sık karşılaşılan bir sorundur. Özellikle aile ve miras hukuku alanındaki sözleşmelerin, kuruluş anındaki şartların ileride değişmesi sonucu, değişen şartlara uyarlandıkları görülmektedir. Bu sebeple aşağıda önce borçlar hukuku alanı dışında kalan sözleşmelerin, daha sonra ise borçlar hukuku alanındaki sözleşmelerin uyarlanmasının mümkün olup olmadığı tartışılacaktır.

B. BORÇLAR HUKUKU SÖZLEŞMELERİNİN DIŞINDA KALAN SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI

AA. AİLE HUKUKUNA İLİŞKİN İŞLEMLERİN UYARLANMASI

Türk Medeni Kanunu'nun 5. maddesine göre, Medeni Kanunun ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır. Bu sebeple TBK m. 138'in, borçlar hukuku alanı dışında kalan sözleşmeler için de uygulanabilir olduğu açıktır. Bu durum elbette ki aile hukuku alanındaki sözleşmeler için de geçerlidir.

Aile hukukunda özellikle nafakaların değişen şartlara uyarlanması uygulamada sık karşılaşılan bir durumdur. Taraflar TMK m. 166/3'e gör, boşanmanın sonuçlarına ilişkin bir protokol hazırlayabilirler. Bu protokolda yoksullukve iştirak nafakalarına ilişkin düzenlemeler de getirilebilir ve hakim tarafından protokoldeki şartlar uygun bulunduğu takdirde, protokol hükümleri taraflar arasında sonuç doğurur.

Boşanmanın fer'ilerine ilişkin bu anlaşma, aile hukukuna ilişkin bir sözleşme gibi olsa da, Türk doktrini ve Yargıtay kararlarında, boşanma protokolünün borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu kabul edilmektedir.³²⁰

Taraflar arasındaki protokolde belirtilen nafaka miktarının, sözleşmenin kurulma anında olmayan ve sonradan ortaya çıkan değişiklikler sebebiyle uyarlanması için dava açılması hukukumuzda sık rastlanılan bir durumdur. Yargıtay tarafından verilen kararlarda, nafaka alacağının değişen şartlara uyarlanmasında, borçlar hukuku sözleşmelerinin uyarlanmasına ilişkin geçerli ilkeler ve şartlardan yararlandığı görülmektedir. Hatta Yargıtay Türkiye'de

³²⁰**BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.151-152; Dolayısıyla bu sözleşme aile hukuku alanında olsa da, borçlar hukukuna ilişkin sözleşmesel şartlara tabi olup, değişen şartlara uyarlanabilmesi mümkündür.

yaşanan ekonomik krizler sonucu, nafaka miktarının değişmesi gerektiğini vurgulayarak, açılan uyarlama davalarının kabulüne karar verilmesi gerektiğini belirtmektedir.³²¹

Bununla birlikte taraflarca boşanma protokolü ile anlaşılan nafaka miktarlarının uyarlanması davaları dışında, çekişmeli boşanma davası sonucu verilen nafaka miktarlarının da uyarlanması için açılan davalar vardır. Kararın verildiği dönemdeki şartların ileride değişmesi durumunda, nafaka miktarları, ileride inceleneceği üzere³²² TMK m. 176 ve TMK m. 331 düzenlemeleri nedeniyle kanuni uyarlama yöntemiyle yeni şartlara uyarlanabilecektir.

BB. AYNI TASARRUF SÖZLEŞMELERİNİN UYARLANMASI

Bir aynı hakkın kurulmasına, aynı hakkın değiştirilmesine veya aynı hakkın devrine ilişkin eşya hukuku sözleşmelerine aynı sözleşme denmektedir.³²³ Aynı zamanda aynı tasarruf sözleşmeleri, bir hakkı veya hukuki ilişkiyi bir eyleme ihtiyaç duymaksızın kuran, devreden ve değiştiren sözleşmelerdir. Dolayısıyla sözleşmenin kurulması ile sona ermesi bir arada olan bir sözleşmenin şartlarının kurulma anına göre ileride değişmesi mümkün olmayacağı için, bu tür sözleşmelerin uyarlanması da mümkün değildir.³²⁴

CC. MİRAS HUKUKUNA İLİŞKİN SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI

Miras sözleşmelerinin değişen şartlara uyarlanması, yalnızca sağlararası ivazlı miras sözleşmeleri açısından incelenebilir. Miras sözleşmelerinde, vasiyetnamelerden farklı olarak, irade prensibi değil, güven prensibi geçerlidir.³²⁵ Dolayısıyla miras sözleşmesi sonucu, sözleşmenin kurulma anında öngörülemeyen bir şart değişikliği durumunda işlem temelinin çöktüğü sonucuna varılıyorsa, sözleşmenin uyarlanması mümkün olmalıdır. Aksi durumun kabulü taraflar arası (edimler arası) menfaat dengesini korumaz.

Miras hukuku alanındaki bir başka sözleşme tipi olan miras taksim sözleşmesinde de, sözleşmenin kurulma anında taraflarca öngörülemeyen bir şart değişikliği yaşanması durumunda, sözleşmenin kurulma anındaki adil paylaşım durumu ve ekonomik şartlar

³²¹ Yargıtay 3. HD 04.03.2003, E. 2003/1941, K. 2003/2097; Yargıtay 3. HD 26.05.2005, E. 2005/5426, K. 2005/5859; Yargıtay 3. HD 07.10.2004, E. 2004/11065, K. 2004/10658 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) E.T. 25.11.2017

³²² Bkz. s.56-57

³²³ DURAL/SARI, s. 205, kn.1123

³²⁴ BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 157

³²⁵ Mustafa DURAL/Turgut ÖZ, "Türk Özel Hukuku Cilt IV–Miras Hukuku", Filiz Kitapevi, 8. Baskı, 2015, s. 224, kn.987-988

geçerliliğini yitirmiş olabilir.³²⁶ Bu durumda da sözleşmenin uyarlanabileceğinin kabulü hakkaniyet gereğidir.

C. BORÇLAR HUKUKU SÖZLEŞMELERİNİN UYARLANMASI

AA. *TEK TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN VE İKİ TARAF A BORÇ YÜKLEYEN SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI*

Borçlar hukuku sözleşmelerinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması dendiğinde akla iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanması gelmektedir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin, kurulduğu anda öngörülemeyen değişiklikler meydana gelmesi neticesinde yeni şartlara uyarlanmasında tartışma yoktur. Ancak tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanıp uyarlanamayacağı tartışmalıdır. Nitekim edim değiş tokuşunun olmadığı tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, yalnızca bir tarafın edimi olacağı için edimler arası menfaat dengesinin bozulması söz konusu olamaz.³²⁷ Bununla birlikte her ne kadar edimler arası menfaat dengesi, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde mevcut olmasa da, işlem temelinin çökmesi teorisinde belirtilen çökmelerden olan, sözleşmenin amacının boşa çıkması veya aşırı ifa güçlüğü hallerinde de tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin uyarlanmasını gerektirebilir. Dolayısıyla tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin de değişen şartlara uyarlanabileceği günümüzde ağırlık kazanan görüştür.³²⁸

Tüm bu açıklamalara ilaveten TBK'da bağışlamaya ilişkin getirilen özel düzenlemenin de, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin de değişen şartlar neticesinde yeni duruma uyarlanabileceğinin göstergesidir.³²⁹

BB. *ANİ EDİMLİ SÖZLEŞMELERİN VE SÜREKLİ EDİMLİ SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI*

Sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanabilmesi için, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların, önceden öngörülemeyecek şekilde değişmesi gereklidir. Yani bir sözleşmenin uyarlanabilmesi için mutlak suretle sözleşmenin kurulma anı ile ifa anı arasında taraflarca öngörülemeyecek şekilde durum değişiklikleri yaşanması ve bu değişiklikler sonucu

³²⁶BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 159

³²⁷BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.160

³²⁸BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.161 dn.627

³²⁹ TBK m. 296 'ya göre bağışlama sözü veren, kanunda düzenlenen bellibazı durumlarda, bağışlama sözünü geri alabilir ve onu ifadan kaçınabilir. Böylece borçlunun (bağışlayan) sözleşmedeki ifa yükümlülüğü ortadan kalkmış olur.

sözleşmedeki edimin ya da edimlerin yerine getirilmesi, taraflardan en az biri açısından, kendisinden beklenmeyecek şekilde ağırlaşması gerekmektedir.

Dolayısıyla sözleşmenin uyarlanması için, sözleşmenin ifasının en azından sözleşmenin kurulma anından ileride belli bir süreye yayılmış olması gerekmektedir. Bununla birlikte sözleşmenin uyarlanabilmesi için, sözleşmenin sürekli borç ilişkisi olup olmaması gerekliliği tartışma konusu olmuştur. Doktrinde sözleşmelerin uyarlanması, sürekli borç ilişkilerine özgü bir sorun olarak görülmemiş, ani edimli sözleşmelerde de uyarlamanın belli bazı durumlarda kabul edilmesi gerektiği savunulmuştur.³³⁰ Ancak Yargıtay eski tarihli bir kararında ani edimli sözleşmelerin uyarlanmasının mümkün olmadığını belirtmiştir. “... *Clausula Rebus Sic Stantibus ilkesinin ani edimli sözleşmelerde uygulanmayacağı aşıkardır; zira edim yerine getirildikten sonra artık şartların ağırlaştığı vs. söz konusu olamaz. Bu ilkenin sürekli(sürekli edimli) borç ilişkilerinde uygulanabileceği ise kuşku götürmez...*”³³¹ Dikkat edilirse Yargıtay’ın vermiş olduğu bu karar, sözleşmenin uyarlanmasında edimin ani ya da sürekli olmasından ziyade, edimin ifa edildikten sonra sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olup olmadığı hususundadır. Bu sebeple Yargıtay’ın bu kararını, ani edimli sözleşmelerin uyarlanmasının mümkün olmadığı şeklinde yorumlamak doğru olmaz.

Sözleşmelerin uyarlanması açısından önemli olan, sözleşmenin kurulması ile ifa arasında belli bir süre bulunmasıdır. Bu sürenin uzun ya da kısa olmasının uyarlama konusunda bir önemi yoktur. Bu konuda Yargıtay ise, birçok kararında kısa süreli sözleşmelerin uyarlamaya konu olamayacağını açıkça belirtmiştir.³³² Buna rağmen Yargıtay HGK tarafından işlem temelinin çökmesinin kısa süreli sözleşmelere de uygulanacağı kabul edilmiştir.³³³ Yargıtay’ın çeşitli Hukuk Daireleri ve HGK arasında muhtelif aykırı kararlar olması da, bu konuda uygulamada net bir cevabın olmadığını göstermektedir.

³³⁰ **Mustafa DURAL**, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117)”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976 (**BAYSAL**, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 162 ‘den naklen alınmıştır.)

³³¹ YHGK 03.02.1988, E. 1988/11-411, K. 1988/66 (**BAYSAL**, Sözleşmenin Uyarlanması s.162-163, dn.635)

³³² Yargıtay 13. HD 10.06.1996, E.1996/5657, K. 1996/5877; Yargıtay 13. HD 04.02.1993, E. 1993/10063, K. 1993/767; Yargıtay 13. HD 06.12.1990, E.1990/4342, K. 1990/8281(**BAYSAL**, Sözleşmenin Uyarlanması, s. 163-164, dn.640)

³³³ YHGK 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864; “...Yasalarımızda uyarlama davalarının koşullu olarak açılacağına dair bir sınırlama bulunmadığından, bir yıllık kısa süreli kira sözleşmesine dayanılarak uyarlama davasının açılabilmesinin kabulü gerekir... (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası) E.T. 25.11.2017

Sonuç olarak bizim de katıldığımız görüşe göre³³⁴, sözleşmenin uyarlanması için, sözleşmenin ani edimli olup olmaması sorun teşkil etmez. Sözleşme, ani edimli sözleşme de olsa, kurulma anı ile ifa anı arasında süre olması ve bu süre içerisinde sözleşmenin kurulma anında taraflarca önceden öngörülemeyecek durum değişiklikleri yaşanması, sözleşmenin uyarlanması açısından yeterli kabul edilmelidir. Elbette ki sözleşmenin uyarlanması açısından aranan diğer şartların da mevcut olması gereklidir.

CC. EDİMLERİ İFA EDİLMİŞ SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI

Edimleri ifa edilmiş sözleşmelerin uyarlanıp uyarlanamayacağı sorunu aslında bu konuda geliştirilen ve bizce de kabul edilen işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanı ile ilgili bir sorundur.³³⁵ Doktrinde birçok yazar sözleşmede edimlerin ifa edilmemiş olmasını, sözleşmenin uyarlanması için aranan şartlardan biri olarak görmektedir. Buna rağmen edimleri ifa edilmiş sözleşmenin uyarlama konusu yapıp yapılamayacağı konusunda doktrinde birçok farklı görüş mevcuttur. Doktrindeki baskın görüşe göre, işlem temelinin çökmüş kabul edilebilmesi için edimlerin henüz ifa edilmemiş olması şarttır.³³⁶ Ancak burada dikkat edilmesi gereken nokta, sözleşmesel ilişkinin tam ifa ile sona ermiş olmasıdır.³³⁷ Nitekim borcun ifa edilmesi durumu ile sözleşmenin ifa edilmesi durumu farklıdır. Taraflardan birinin borcunu tam olarak ifa etmesi, borcun ifası anlamına gelmesine rağmen, karşı taraf borcunu tam olarak ifa edene kadar sözleşmenin ifa edildiğinden bahsedilemez. Taraflardan biri borcunu ifa etmiş, diğeri henüz etmemişse ya da tek tarafa borç yükleyen bir sözleşmede borçlu kısmi ifada bulunmuşsa, sözleşmenin tam olarak ifa edildiği söylenemeyeceği için, sözleşme değişen şartlara uyarlanabilecektir.³³⁸

Borcun ifasıyla sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmayacağını ileri süren, ancak dayanağı farklı olan başka bir görüşe göre, edimin ifası ile tarafların ortada bir güçlük olmadığını gösterdiği ve bu sebeple artık uyarlamanın mümkün olmayacağı belirtilmektedir.³³⁹ Bu görüş kaynağını aşırı ifa güçlüğünden almaktadır. Ancak işlem temelinin çökmesi teorisi yalnızca aşırı ifa güçlüğünde uyarlamayı değil aynı zamanda sözleşmenin amacının boşa çıkması ve edimler arası bozulması durumlarını da kapsamaktadır. Dolayısıyla bu görüşün kabulü fikrimizce pek mümkün gözükmemektedir. Kaldı ki sözleşmelerin uyarlanması yalnızca

³³⁴BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.164

³³⁵BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.164

³³⁶EREN, s.505; KILIÇOĞLU, s.277; AKYOL, s.91; REİSOĞLU, s.414-415

³³⁷KAPLAN, s.152-153; AKYOL, s.93-94

³³⁸BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması) s.165

³³⁹ARAT, s.123; KAPLAN, s.153

borçlu tarafça değil, alacaklı tarafça da istenebilmektedir. Bu nedenle ifa edilen ya da edilmekte olan bir sözleşmenin uyarlanmasının istenebilmesinin kabulü gerekmektedir.

Bu görüşe karşılık son yıllarda ağırlık kazanan görüşe göre, sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifa edilmiş olması, her durumda sözleşmenin uyarlanması imkanını ortadan kaldırmaz.³⁴⁰ Yargıtay'ın sözleşmelerin uyarlanması konusunda vermiş olduğu ilk kararda, edimin ifasının sözleşmenin uyarlanmasına engel olmadığı vurgulanmıştır.³⁴¹ Bu karar bu konuda verilen ilk karar olması sebebiyle önem arz etmektedir.

Sözleşmelerin uyarlanması hakkında common lawsisteminde gelişen frustration teorisinin gündeme geldiği ve taç giydirme davaları olarak adlandırılan davalarda, edimler ifa edilmesine rağmen sözleşmenin uyarlanması kabul edilmiştir. Zira burada önemli olan edimin yerine getirilmesi değil, sözleşmenin kurulma amacına uygun olarak ifa edilip edilmediğidir. Dolayısıyla sözleşme tam ifa ile sona erse dahi, değişen şartlar sebebiyle sözleşmenin kurulma amacı yerine getirilememişse uyarlama mümkün kılınmalıdır.

Türk hukukunda sözleşmelerin uyarlanmasının yasalaşma süresince, TBK m. 138 ile edimleri ifa edilmiş sözleşmelerin, ancak edimin ifasının ihtirazi kayıtlı yapılmış olması durumunda uyarlanabileceği düzenlenmiştir. Ancak TBK, bu ihtirazi kaydın nasıl yapılacağını ya da şekli geçerlilik şartını açıklamamıştır. *Kılıçoğlu* 'na göre hakların saklı tutulması beyanı, hukuksal niteliği itibarıyla sözleşme benzeri bir irade açıklamasıdır. Bunun sonucu olarak hakların saklı tutulduğunun HMK. md. 200 gereğince belgeyle ispatlanması gerekmektedir.³⁴²

Fikrimizce, edimleri ifa edilmiş sözleşmenin de uyarlanması kabul edilmelidir. Bu konuda bir takım sınırlamalar getirilmesi, hakkaniyete aykırı olduğu gibi, getirilen sınırlamaların şekli geçerlilik şartının olmaması, sözleşmedeki şartların değişmesi ile mağdur olan ve ifasını gerçekleştiremeyen ya da ağır şartlar altında gerçekleştirmek zorunda kalan tarafın, bir kez daha mağdur olmasına yol açmaktadır. Nitekim ifasını ağır şartlar altında ihtirazi kayıtlı yerine getirmiş taraf bu ağır şartlar altındayken vermiş olduğu ihtirazi kaydı ispatlamak durumunda kalması menfaat dengesini düzeltmekten çok daha da bozulmasına yol açmaktadır. Bununla birlikte sözleşmenin uyarlanması Türk hukukunda getirilen genel düzenleme olan TBK m. 138 'de yalnızca aşırı ifa güçlüğü durumuna dayandırıldığından, edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme amacının boşa çıkması durumları göz ardı edilmiştir. Bu

³⁴⁰SEROZAN, (Sözleşmeden Dönme), s.341, dn.224

³⁴¹BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.166, dn.653

³⁴²KILIÇOĞLU, s. 277

durum kanunda eksiklik teşkil etmektedir. Edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme amacının boşa çıkması durumlarında, sözleşmenin uyarlanması için ifanın gerçekleşip gerçekleşmediği önem taşımamaktadır. Bu yönüyle de sözleşmenin uyarlanması için ifanın gerçekleşmemiş olması şartının aranması hatalı olmuştur.³⁴³ Borçlar Kanunu m. 138'e eklenecek bir hüküm ile bu sorunun aşılması yerinde olacaktır.

B. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASININ ÇEŞİTLERİ

1. GENEL OLARAK

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, tarafların sözleşmede önceden kararlaştırdıkları uyarlama kurallarıyla olabileceği gibi, kanundaki mevcut kurallarla ya da hakim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde yapılabilir.³⁴⁴ Tarafların sözleşmeyi değişen şartlara uyarlama konusunda sözleşmede ortak bir iradeleri mevcutsa, öncelik o hükmün uygulanmasıdır. Eğer taraflarca sözleşmede böyle bir düzenleme getirilmemişse, o zaman kanundaki uyarlama kurallarına göre sözleşme değişen şartlara uyarlanır. Kanunda da uyarlamaya ilişkin özel bir düzenleme yer almaması halinde hakim, dürüstlük kuralına göre sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayacaktır. Hakim tarafından yapılan bu uyarlamaya doktrinde yargısal uyarlama denmektedir.³⁴⁵ Aslında gerçek uyarlama, hakimin uyarlamasıdır. Zira sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması denildiğinde akla gelen de budur. Ancak hakimin uyarlaması tali nitelikte uyarlama olup, sözleşmede ya da kanunda düzenleme olmadığı hallerde devreye girer. Dolayısıyla uyarlama, taraflarca yapılan iradi uyarlama, kanuni uyarlama ve hakimin uyarlaması (yargısal uyarlama) olarak üçe ayrılmaktadır.

2. İRADI UYARLAMA

Bir sözleşmeyi akdeden taraflar, sözleşme serbestisi ilkesi gereği, yapmış oldukları sözleşmede, şartların ileride değişmesi durumunda uygulanacak uyarlama hükümlerini de düzenleyebilirler. Bu uyarlama çeşidi, iradi uyarlama olarak adlandırılmaktadır. İradi uyarlama, aynı zamanda akdi uyarlama olarak da adlandırılabilir. Nitekim sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması taraflarca sözleşme maddesi olarak önceden düzenlenmiştir. Taraflarca kararlaştırılan iradi uyarlama kuralları, olumlu uyarlama kuralları olabileceği gibi, olumsuz

³⁴³Aynı yönde **BAYSAL**, (Sözleşmelerin Uyarlanması) s.315-318

³⁴⁴**EREN**, s.501; **ARAT**, s.139

³⁴⁵**EREN**, s.502

kurallar da olabilir.³⁴⁶ Aynı zamanda tarafların sözleşmede düzenledikleri bu uyarlama kuralları açık olarak düzenlenmiş olabileceği gibi, örtülü olarak düzenlenmiş de olabilir.³⁴⁷

A. AÇIK UYARLAMA HÜKÜMLERİ

AA. AÇIK-OLUMLU UYARLAMA HÜKÜMLERİ

Taraflarca sözleşme kurulurken belirlenen ve belli durumların gerçekleşmesi halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağını düzenleyen hükümler, olumlu uyarlama hükümleridir.³⁴⁸ Bu düzenlemelerle, sözleşme kurulurken ileride olası şart değişiklikleri durumunda doğacak risk paylaşılmış olur.³⁴⁹ Böylece taraflar önceden belirledikleri kurallar çerçevesinde sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayarak, sözleşmenin yeni şartlarda devamını sağlarlar.

Sözleşmelerde kararlaştırılan uyarlama hükümleri genellikle bozucu şart şeklinde karşımıza çıkmaktadır.³⁵⁰ Zira sözleşme geçerli şekilde kurulmuş ve etkisini göstermekte iken yaşanan durum değişikliği sonucunda, şartların değişmesi ile kendiliğinden sona ermektedir.³⁵¹ Bununla birlikte taraflardan birine, şartların değişmesi sonucunda sözleşmeden dönme hakkı tanıyan bir uyarlama hükmü de kararlaştırılabilir. Bu şekilde belirlenen uyarlama hükümleri de geçerlidir.

Taraflarca sözleşmenin kurulma anında belirlenen olumlu uyarlama hükümleri, yalnızca edimlerin uyarlanmasına yönelik şekilde de yapılabilir. Böyle bir durumda, sözleşmenin tamamı değil, yalnızca edim değişen şartlara uyarlanır.³⁵²

Açık-olumlu uyarlama hükümlerinin vade şeklinde düzenlenmesi de mümkündür.³⁵³ Sözleşmenin kurulma anında ya da daha sonra, taraflarca sözleşmenin ifası vadeye bağlanarak ya da dönemli edimlerde vade tarihinde belirli artış ya da düşüş kararlaştırılarak uyarlama yapılabilir.³⁵⁴

³⁴⁶EREN, s.502

³⁴⁷ARAT, s.140

³⁴⁸EREN, s. 502; KAPLAN, s.119, ARAT, s.140

³⁴⁹ARAT, s.140

³⁵⁰KAPLAN, s.120; ARAT, s.141

³⁵¹KAPLAN, s.120; ARAT, s.141

³⁵²ARAT, s.143

³⁵³ARAT, s.144

³⁵⁴ARAT, s.144

Taraflarca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, sözleşme ile kararlaştırıldığında bile bir takım uyuşmazlıklar ortaya çıkabilmektedir. Her ne kadar taraflar ortak iradeleri ile açıkça uyarlamayı kabul etmiş olsalar da, yaşanacak her türlü şart değişikliklerini önceden öngöremeyip sözleşmede uyarlama konusu yapmamış olabilirler. Örneğin ekonomik şartların, kriz savaş vb. gibi durumlarda olumsuz etkilenmesinde uyarlamayı kabul eden taraflar, olası bir iç savaş ya da terör durumlarında yaşanan ufak çaplı ekonomik krizlerinde uyarlamayı kabul etmiş sayılacak mıdır? Bu gibi sorunların yaşanmaması için, aynen sözleşmenin yorumlanmasında olduğu gibi, uyarlama hükümlerinin ve sınırlarının da yorum yoluyla belirlenmesi gerekecektir. Elbette ki yorum yapılırken sözleşmenin sui generis yapısı ve özellikleri dikkate alınacaktır.³⁵⁵

BB. AÇIK-OLUMSUZ UYARLAMA HÜKÜMLERİ

Sözleşme kurulduktan sonra şartlar ne ölçüde değişirse değişsin, kurulduğu zamanki edimlerin aynen yerine getirilmesini kabul eden, yani sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını kabul etmeyen hükümler taraflarca sözleşmede kararlaştırılabilir. Bu hükümler olumsuz uyarlama hükümleridir.³⁵⁶ Taraflar böyle bir düzenlemeyi sözleşmeyi kurarken açıkça kararlaştırabilirler. Bu durum aynı zamanda ahde vefa ilkesinin sözleşmede açıkça ifade edilmesidir.³⁵⁷

Açık-olumsuz uyarlama hükümleri genel kayıtlar şeklinde ya da belirli kayıtlar şeklinde olmak üzere iki şekilde düzenlenebilir. Tarafların şartlar ne kadar değişirse değişsin sözleşmenin aynen devam edeceğini belirledikleri durumda genel kayıtların varlığı söz konusu olur. Bunun aksi şekilde, tarafların, yalnızca belli başlı olayların meydana gelmesi halinde sözleşmenin aynen devam edeceğini kararlaştırmaları da mümkündür.³⁵⁸ Yalnız burada dikkat edilmesi gereken nokta, tarafların belirledikleri bu olumsuz uyarlama şartlarının hakkaniyete aykırı olmaması gerekliliğidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki olumlu uyarlama hükümlerinde bahsedildiği üzere, olumsuz kayıtların hangi durumları kapsadığı yorum yoluyla tespit edilir.³⁵⁹

B. ÖRTÜLÜ UYARLAMA HÜKÜMLERİ

AA. ÖRTÜLÜ-OLUMLU UYARLAMA HÜKÜMLERİ

³⁵⁵ARAT, s.145

³⁵⁶KAPLAN, s.123

³⁵⁷ARAT, s.147

³⁵⁸KAPLAN, s.124

³⁵⁹ARAT, s.148

Bir sözleşmede taraflar ileride yaşanacak durum değişikliklerini önceden öngörerek, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağını ve bunun hükümlerini açıkça belirleyebilecekleri gibi, örtülü olarak da kararlaştırabilirler. Sözleşmede taraflarca kabul edilmiş açık bir uyarlama hükmü mevcut değilse, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması yoluyla örtülü şekilde uyarlamanın kabul edilip edilmediğinin belirlenmesi gerekir.³⁶⁰ Taraflarca sözleşmenin uyarlamasına ilişkin sözleşmede bir düzenleme mevcut fakat bu düzenleme belirsiz ya da eksikse, o zaman örtülü düzenlemeden bahsedilemez.³⁶¹

Her ne kadar tarafların sözleşmede örtülü olarak sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanacağını kabul ettiğini varsayan Clausula rebus sic stantibus teorisi günümüzde kabul görmese bile, tarafların örtülü olarak düzenleme yapabilecekleri kabul edilmektedir.³⁶²

Tarafların sözleşmede örtülü olarak uyarlamayı kabul ettiklerinin varlığı kolayca belirlenemez. Bu belirleme, tarafların açık ve örtülü beyanlarının yorumlanması yoluyla yapılmalıdır. Buna rağmen tarafların örtülü iradeleri ile yorumlayıcının iradesinin örtüşmemesi de pekala mümkündür. Bu sebeple sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması belli sınırlar çerçevesinde, titizlikle yapılması gereken bir işlemdir.

BB. ÖRTÜLÜ-OLUMSUZ UYARLAMA HÜKÜMLERİ

Taraflarca açık olarak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının mümkün olmayacağı kararlaştırılabileceği gibi, örtülü olarak da kararlaştırılabilir. Bir sözleşmenin örtülü-olumsuz uyarlama yoluyla değişen şartlara rağmen aynen ifa edileceğinin kararlaştırılmasının tespiti de, sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanmasıyla yapılır.³⁶³ Sözleşmenin yorumlanması ve tamamlanması hakkında yukarıda örtülü-olumlu uyarlama hakkında bahsedilenler, aynen örtülü-olumsuz uyarlamanın varlığının tespitinde de geçerlidir.

Dolayısıyla tarafların örtülü-olumsuz uyarlamayı belirlediklerinin kabulü de titizlikle yapılan yorumlama ve tamamlama işlemleri sonucu belirlenmelidir.³⁶⁴

³⁶⁰KAPLAN, s.122; ARAT, s.148-149; AKYOL, s.91

³⁶¹KAPLAN, s.123

³⁶²ARAT, s.149

³⁶³ARAT, s.151

³⁶⁴ Bu konu hakkında detaylı bilgi ve uygulamada yaşanan sorunlar için bkz. ARAT, s. 150-154

3. KANUNİ UYARLAMA

TBK’da kanuni uyarlamayla ilgili genel bir hüküm düzenlenmemiştir. Genel kural gereği, sözleşmenin kurulmasından sonra değişen şartlara rağmen sözleşme, ahde vefa ilkesi gereği aynen devam etmelidir. Ancak kanunun, kanuni uyarlamayı reddettiği sonucuna da varılamaz. Zira TBK’nın gerek genel gerekse özel hükümler kısmında düzenlediği bazı hükümler ile değişen şartlar sonucu sözleşmelerin uyarlanması hakkında gerek olumlu gerek olumsuz kanuni uyarlama kuralları getirilmiştir.³⁶⁵

A. OLUMLU UYARLAMA HÜKÜMLERİ

Kanun koyucu, sözleşmenin kurulmasından sonra yaşanan bir takım durum değişiklikleri sonucu, sözleşmenin uyarlanmasına imkan tanımıştır. Bu uyarlama genellikle sözleşmenin feshinin mümkün kılınması şeklinde olmuştur. Özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin, vaktinden önce önemli (haklı) sebeplerin varlığı (doğumu) halinde feshedilmesine imkan tanıyan düzenlemeler, olumlu kanuni uyarlama hükümleri olarak belirtilebilir.³⁶⁶

Bu önemli (haklı) sebeplere örnek olarak, taraflardan birinin ölümü, iflası, aciz hale düşmesi, fiil ehliyetini kaybetmesi gibi durumlar gösterilebilir. Kanun koyucu belli bazı sözleşme tiplerinde belirtilen durumların gerçekleşmesi sonucu, sözleşmenin vaktinden önce feshedilmesinin mümkün olacağını düzenleyerek kanuni uyarlama hükümleri getirmiştir.³⁶⁷ Kanuni olumlu uyarlamaya verilebilecek en güzel örnek, TBK m. 480/2’de düzenlenen eser sözleşmesinin kurulmasından sonra yaşanan ve taraflarca öngörülemeyen durum değişiklikleri sonucu hakimden sözleşmenin uyarlanmasının istenebileceği, bu mümkün olmadığında sözleşmeden dönülebileceğidir.

Eren’e göre bu uyarlama hükümleri, işin özel niteliği ve şartlar elverdiği takdirde, tüm sözleşme ilişkilerine kıyas yoluyla uygulanmalıdır.³⁶⁸

³⁶⁵EREN, s.502

³⁶⁶EREN, s.502

³⁶⁷ARAT, s.155

³⁶⁸Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. EREN, s.503

B. OLUMSUZ UYARLAMA HÜKÜMLERİ

Kanunda yer alan bazı düzenlemeler, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşen durum değişikliklerine rağmen, sözleşmenin aynen geçerli olacağını öngörmüştür.³⁶⁹ Olumsuz kurallar kanunda açıkça düzenlenmiş olabileceği gibi, kanunda nitelikli bir susma şeklinde de düzenlenmiş olabilir.³⁷⁰ Bu düzenlemeler ahde vefa ilkesinin geçerliliğini vurgulamaktadır.

Kanunda yer alan olumsuz uyarlama kurallarına örnek olarak, 307. ve 575. maddeler gösterilebilir. Bu maddelerde açıkça sözleşmenin kurulma anındaki durum değişse bile, sözleşmenin devam edeceğini düzenlenmiştir.

4. HAKİMİN UYARLAMASI (YARGISAL UYARLAMA)

Taraflarca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin açık ya da örtülü bir anlaşma yoksa ve kanunda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kurallar bulunmuyorsa, sözleşme, hakimin uyarlaması yoluyla değişen şartlara uyarlanabilir.³⁷¹ Görüldüğü üzere hakimin sözleşmeyi uyarlayabilmesi için tarafların sözleşmede uyarlamaya ilişkin bir anlaşmalarının ve kanunda da uyarlamaya ilişkin bir hükmün bulunmaması gereklidir. Dolayısıyla hakimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması, tali bir yol olup, öncelikle sözleşmede ve kanunda bir hüküm bulunup bulunmadığının tespiti gerekmektedir.³⁷²

Bir sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, hakim tarafından re'sen dikkate alınamaz. Sözleşmenin uyarlanmasını isteyen taraf ya da taraflar mahkemeye başvurarak uyarlama talep eder/ederler. Hakim uyarlama hakkında kararını, TMK m. 2/1 'de düzenlenen dürüstlük kuralına göre verir.

Hakim sözleşmenin uyarlanması konusunda önüne gelen bir uyuşmazlıkta öncelikle sözleşmede ve kanunda uyarlamaya ilişkin hüküm olup olmadığını tespit edecektir. Bu tespiti yaparken hakim, sözleşmenin uyarlanabilmesi için gerekli koşulların oluşup oluşmadığını da inceleyecektir. Sözleşmeler hukukunda genel kuralın ahde vefa, uyarlamanın ise istisnai durum olduğu unutulmamalıdır.³⁷³ Bunun dışında hakim sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için uyarlama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştırmakla yükümlüdür. Sözleşmenin

³⁶⁹EREN, s.503

³⁷⁰EREN, s.503

³⁷¹EREN, s.503; KAPLAN, s. 155 vd.; ARAT, s.165

³⁷²ARAT, s.165

³⁷³ARAT, s. 187, dn.306

değişen şartlara uyarlanması için gereken şartlar aşağıda detaylıca inceleneceği için burada üzerinde durulmamıştır.³⁷⁴

Hakim önüne gelen bir uyarlama davasında, borçlu ile alacaklının menfaatlerini birlikte değerlendirir. Başka bir anlatımla, hakim yalnızca borçlunun uğradığı zararı değil, alacaklının da sözleşmeden beklediği haklı menfaati ve bu menfaatin gerçekleşmemesi halinde alacaklının durumunu birlikte değerlendirerek uyarlama hakkında kararını verir.³⁷⁵ Taraflar sözleşmenin uyarlanması konusunda anlaşmış olmalarına rağmen, uyarlamanın şekli konusunda anlaşamamışlarsa, hakimin önüne gelen uyuşmazlık konusu uyarlamanın şekli olacağından, hakim, uyarlama şartlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini araştıramaz, uyarlamayı kabul ederek, taraflar arasındaki menfaat dengesine göre sözleşmeyi değişen şartlara uyarlar.³⁷⁶

Fikrimizce, uyarlama konusu ne olursa olsun ya da uyarlamayı taraflardan hangisi isterse istesin, hakimin uyarlama hakkında vereceği karar, TMK m.2/1'de düzenlenen dürüstlük kuralına dayanmakta olup, hakkın kötüye kullanılması yasağı, uyarlamanın hukuki dayanağını teşkil etmez.

C. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASININ ŞARTLARI

Bir sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için, belirli şartların oluşması gerekmektedir. Nitekim sözleşmenin ifasında meydana gelen her şart değişikliği ya da olumsuzluk, sözleşmenin uyarlanmasını gerektirmez. Sözleşmeler hukukunda genel kural ahde vefa ilkesi olup, uyarlama istisnai niteliktedir. Aynı zamanda bir sözleşmenin uyarlanması son çare (ultima ratio) olarak uygulanmalı ve sözleşmenin somut kriterleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirilmelidir.³⁷⁷

Sözleşmenin uyarlanmasını kabul eden tüm hukuk sistemleri, sözleşmenin uyarlanması için bir takım şartların beraber gerçekleşmesi gerektiğini belirtmiştir. Bununla beraber bu şartlar, bazı hukuk sistemlerinde birbirlerinden ufak boyutlarda ayrışmaktadır. Sözleşmenin uyarlanması konusunda geliştirilen ve bizim de kabul ettiğimiz teori olan işlem temelinin çökmesi teorisinin aradığı şartlar ile TBK m. 138'in aradığı şartlar, bazı farklılıklar

³⁷⁴ Bkz. aşağı. s.60-64

³⁷⁵ ARAT, s.188

³⁷⁶ ARAT, s.188

³⁷⁷ BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.203

içermektedir. Ancak bizim hukuk sistemimizde ve uygulamada TBK m. 138'in şartları nazara alındığından, aşağıda TBK m. 138 'in aradığı şartlar inceleme konusu yapılmıştır.³⁷⁸

1. SÖZLEŞME KURULDUKTAN SONRA MEYDANA GELEN,“OLAĞANÜSTÜ NİTELİKTE” DURUM DEĞİŞİKLİKLERİ

Öncelikle belirtmek gerekir ki, bir sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için sözleşmenin geçerli olarak kurulmuş ve uygulanıyor olması gerekmektedir. Sözleşme geçerli değilse, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması da söz konusu olamaz.³⁷⁹

Sözleşmenin uyarlanabilmesi için, sözleşmenin kurulduktan sonra bir durum değişikliği yaşanmış olmalıdır. Bununla birlikte, TBK m. 138'de bu değişikliğin olağanüstü nitelikte bir değişiklik olması gerektiği aranmıştır. Doktrinde ise durum değişikliklerinin olağanüstü nitelikte olmasının gerekli olmadığını düşünen yazarlar da mevcuttur.³⁸⁰

Olağanüstü nitelikte değişikliklerle, toplumun tümünü ya da büyük çoğunluğunu etkileyen ve şahsi nitelik taşımayan sosyal felaket boyutundaki olaylardan bahsedilmektedir.³⁸¹ Bu sosyal felaketleri önceden madde madde belirtmek mümkün olmasa da, genel kabul göre, doğal afetler, savaş, iç savaş, darbe ve terör olayları ile ciddi ekonomik krizler olağanüstü nitelikte durum değişikliği olarak görülmektedir.

Değişen şartların sözleşmenin uyarlanmasına imkan vermesi için, bu değişiklikler sonucu, ilgili taraf aleyhine ciddi ve ağır sonuçlar doğması gerekmektedir.³⁸² Bu ciddi ve ağır sonuçların tespiti, sözleşmenin uyarlanması adına oldukça elzemdir. Zira geçici sıkıntılar veya güçlüklerin bu anlamda kabul görmeyeceği açıktır. Bununla birlikte bir değişikliğin ciddi ve ağır sonuçlar içerip içermediğinin tespiti her somut olay açısından ayrıca ele alınarak belirlenmesi gereken bir olgudur. Sözleşmenin uyarlanabilmesi için, somut olayın özelliklerine göre bu durum değişikliği, taraflar arasındaki menfaat dengesini bozmuş olmalıdır. Yani yaşanan durum değişikliği, esaslı bir değişiklik teşkil etmelidir.

İşlem temelinin çökmesi teorisinde, esaslı değişiklik durumu, edimler arası dengenin sarsılması, aşırı ifa güçlüğü ve işlem ile izlenen amacın boşa çıkması halleri olmak üzere üç

³⁷⁸ İşlem temelinin çökmesi teorisinin aradığı şartlar ve konu hakkında detaylı bilgi için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.203-208

³⁷⁹ **KILIÇOĞLU**, s.275

³⁸⁰ **ARAT**, s.95-96; **BAYSAL**, s.228-235

³⁸¹ **ARAT**, s.96

³⁸² **ARAT**, s.95

ana başlıkta incelenmektedir.³⁸³ TBK m.138’de ise bu durumlardan yalnızca aşırı ifa güçlüğü esas alınmıştır. Edimler arası dengenin sarsılması ve işlem ile izlenen amacın boşa çıkmasının esaslı durum değişikliği anlamında kanunda yer almaması, doktrinde de eleştirilmektedir.³⁸⁴

2. DEĞİŞEN ŞARTLARIN ÖNGÖRÜLEMESİ

Bir sözleşmenin olağanüstü nitelikteki durum değişiklikleri sebebiyle yeni şartlara uyarlanabilmesi için sadece şartların değişmesi değil, bu şart değişikliğinin taraflarca öngörülemez nitelikte olması da gerekmektedir.³⁸⁵ Öngörülemezlik şartı uyarlamayı kabul eden tüm hukuk sistemlerinde aranan bir şarttır. Hatta Fransız hukukunda gelişen Emprevizyon teorisi ismini bu şarttan almıştır.³⁸⁶

Sözleşmenin uyarlanması için taraflarca olağanüstü nitelikte olan durum değişikliği, öngörülemez olmalıdır. Ayrıca taraflarca bu durum değişikliğinin öngörülmesi de kendilerinden beklenmemelidir. Bu kapsamda Irak ya da İran’da faaliyet gösteren bir şirket ile ticaret yapan bir tacir, Türkiye-İrak ya da Türkiye-İran arasındaki siyasi krizler nedeniyle, aralarındaki ticari işleri durdurması ve sınır kapılarını birbirlerine kapatması, öngörülemez bir durum teşkil etmez. Zira basiretli bir tacirin, böyle bir siyasi krizin öngörülemez olduğunu iddia etmesi kabul görmez.

Tarafların sonradan meydana gelen, olağanüstü nitelikte durum değişikliğini, öngörüp öngöremediğinin tespitinde, sözleşme konusu işteki uzmanlığı ve konuları dikkate alınmalıdır.³⁸⁷ Bu sebeple yaşanan durum değişikliklerinin öngörülemez olduğunun tespiti her somut olayın özelliği dikkate alınarak, titizlikle incelenmelidir.

Yukarıda bahsedildiği üzere,³⁸⁸ Yargıtay özellikle son yıllarda, Türkiye’de yaşanan ekonomik krizlerin öngörülemez nitelikte olmadığını ve bu sebeple sözleşmenin uyarlanması şartlarının gerçekleşmediğine karar vermektedir. Dolayısıyla her olağanüstü durum değişikliğinin, sözleşmenin uyarlanmasına imkan vermeyeceği unutulmamalıdır.

³⁸³ BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.215

³⁸⁴ Bu eleştiriler için bkz. BAYSAL,(Sözleşmenin Uyarlanması), s.216 ve dn.829

³⁸⁵ ARAT, s. 104

³⁸⁶ BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.235

³⁸⁷ KILIÇOĞLU, s.276

³⁸⁸ Bkz. s.33-35

3.DURUM DEĞİŞİKLİĞİNİN BORÇLUDAN KAYNAKLANMAMASI

Bir sözleşmenin kurulduktan sonra, olağanüstü nitelikte durum değişiklikleri sonucu, değişen şartlara uyarlanabilmesi için, uyarlama isteyen tarafın, bu değişikliklerin meydana gelmesinde kusurlu olmaması gerekir. Başka bir deyişle, yaşanan durum değişikliğinde mağdur olduğunu iddia edenin katkısı bulunuyorsa, bu taraf artık sözleşmenin uyarlanmasını talep edemez.³⁸⁹

Doktrinde çoğu yazar sözleşmenin uyarlanması açısından aranan şartlardan biri olarak, uyarlama isteyen kusurunun bulunmaması gerektiğini belirtmektedir.³⁹⁰ Ancak burada kullanılan kusur kavramının yerinde olmadığı kabul edilmelidir. Nitekim bu kusurun ne haksız fiil sorumluluğu, ne akdi sorumluluk anlamında kusur olmadığı açıktır.³⁹¹ Burada kusur ile kastedilenin isnat edilebilirlik olduğu görüşüne katılmaktayız.³⁹² Kaldı ki TBK m.138’de de durum değişikliğinin “borçludan kaynaklanmayan bir sebeple” ortaya çıkması şartı aranmıştır.³⁹³

4. İFANIN DÜRÜSTLÜK KURALI GEREĞİNCE BEKLENEMEZLİĞİ

TBK m. 138 kapsamında, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için, olağanüstü nitelikte olan durum değişikliği sonucunda, borçlunun edimini mevcut şartlar altında yerine getirmesi, kendisinden dürüstlük kuralı gereği beklenemez olmalıdır. Yaşanan olağanüstü nitelikteki durum değişiklikleriyle, borçlunun edimini yerine getirmesi, ona ağır ve ciddi zarar verecekse, MK m. 2/1’deki dürüstlük kuralı gereği sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilir. Değişen durumlar sonucu borçlunun borcunu ifa etmesi hakkaniyete göre halen gerekiyorsa, bu durumda uyarlama kabul edilmez.

TBK m. 138’e göre ifanın beklenemez hale gelmesi üzerine borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere, ifanın beklenemez olması durumunda önce sözleşmenin uyarlanması istenecek, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına rağmen

³⁸⁹ **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.260; **EREN**, s.505; **ARAT**, s.135; **KAPLAN**, s.150-151; **SEROZAN**, (İfa), kn.8; **ERMAN**, s.85

³⁹⁰ **EREN**, s.505; **KAPLAN**, s.150-151; **ERMAN**, s.85

³⁹¹ **ARAT**, s. 135

³⁹² **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.261-262

³⁹³ Maddede borçludan ibaresi de yanlış anlaşılmaya müsaittir. Nitekim sözleşmenin uyarlanmasını yalnızca borçlu değil, alacaklı da talep edebilir. Böyle bir durumda, durum değişikliğinin, değişikliği isteyen taraftan kaynaklanmayan bir sebeple gerçekleştiğinin belirtildiği anlaşılmalıdır. Detaylı bilgi için bkz. **BAYSAL**, (Sözleşmenin Uyarlanması), s. 262

borçlunun edimini ifası, dürüstlük kuralı gereğince kendisinden beklenemez durumda ise, sözleşme sona erdirilecektir. Demek oluyor ki, sözleşme değişen şartlara uyarlanmasına rağmen, ifa beklenemez halde ise işlem temeli çökmüş kabul edilerek sözleşme sona erdirilecektir.³⁹⁴

5. İFANIN GERÇEKLEŞMEMİŞ VEYA İHTİRAZI KAYITLA GERÇEKLEŞMİŞ OLMASI

TBK m. 138’de ifanın gerçekleşmemiş olması veya borçlunun edimini, uyarlama hakkını saklı tutarak ifa etmiş olması, yani ihtirazi kayıt koyarak ifa etmesi, sözleşmenin uyarlanması için gerekli şartlardan biri olarak belirtilmiştir. Her ne kadar TBK m. 138’de sözleşmenin uyarlanması için, borcun ifa edilmemiş veya ihtirazi kayıt konularak ifa edilmiş olması aranmışsa da, bizce bu şartın, sözleşmenin uyarlanması açısından kabul edilmesi hatalıdır. Nitekim bu konu esasen işlem temelinin çökmesinin uygulama alanı ile ilgili bir sorun olup, doktrinde tartışmalar doğurmuştur. Konu hakkındaki görüşler ve fikrimiz yukarıda detaylı bir şekilde ele alındığından, çalışma kapsamında tekrara düşmemek adına burada yeniden tartışma konusu yapılmamıştır.³⁹⁵

Buna rağmen kanun maddesinde sözleşmenin uyarlanması için aranan bu şart, uygulamada da hakimler tarafından, bizce hatalı olarak, dikkate alınmaktadır.

D. SÖZLEŞMENİN UYARLANMASININ SONUÇLARI

1. SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN ŞARTLARA UYARLANMASI

Taraflar arasında usulüne uygun şekilde kurulan ve geçerli olan bir sözleşme, olağanüstü nitelikte olan durum değişikliği sonucunda, taraflardan en az biri için ifasının beklenemez hale gelmesi neticesinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gündeme gelir. TBK m. 138’de düzenlenen bu genel hüküm ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, belli şartların varlığı halinde mümkün olmaktadır. Değişen şartlar sonucu ifası dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenemez hal alan borçlu,³⁹⁶hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

³⁹⁴ BAYSAL, (Sözleşmenin Uyarlanması), s.269

³⁹⁵ Bkz. s.49-51

³⁹⁶ Kanunda kullanılan borçlu ibaresi, sözleşmenin uyarlanmasını talep eden mağdur taraf olarak anlaşılmalıdır. Zira sözleşmenin uyarlanmasını yalnızca borçlu değil, alacaklı da talep edebilir.

Görüldüğü üzere sözleşmenin uyarlanması konusunda, borçlunun terditli bir talep hakkı mevcuttur. Buradan yola çıkarak uyarılmanın dar anlamda uyarılma ve geniş anlamda uyarılma olarak ikiye ayrılabilmesi söylenebilir.³⁹⁷ Dar anlamda uyarılma sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi anlamına gelir. Başka bir deyişle, sözleşmede tarafların hak ve borçlarında değişiklik yapılarak sözleşmenin devam ettirilmesi dar anlamda uyarılma değildir. Geniş anlamda uyarılma ise, kısaca sözleşmenin sona erdirilmesi de dahil sözleşmede yapılan tüm değişiklikleri ifade eder.

Değişen şartlar nedeniyle sözleşmenin uyarlanması, taraflardan birinin talebiyle olabileceği gibi, her iki tarafın ortak iradesiyle de mümkündür. Ancak taraflar ortak iradeleriyle sözleşmenin uyarlanmasını istemiyorlarsa, hakim dürüstlük kuralına göre hareket edip re'sen sözleşmeyi uyarlayamaz.³⁹⁸ Bununla birlikte hakim, uyarılma şartları oluşmuşsa öncelikle sözleşmeyi uyarlamaya çalışmalı, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmenin sona erdirilmesi yoluna gitmelidir.³⁹⁹

Uyarılma talebi önüne gelen hakim, tarafların menfaatlerini dikkate alarak, bir tarafı aşırı ifa güçlüğünden kurtarıcı, diğer tarafın da sözleşmeden beklediği yararını olabildiğince koruyucu şekilde davranmalıdır.⁴⁰⁰

Hakim sözleşmeyi değişen şartlara ne şekilde uyarlayacağı konusunda TMK m.4 gereğince takdir hakkına sahiptir.⁴⁰¹ Bununla birlikte hakim somut olayın özelliklerini dikkate alarak, sözleşmenin uyarlanması konusunda hakkaniyete uygun bir karar vermeli ve bu kararını esasa ilişkin sebeplere dayandırmak zorundadır.⁴⁰² Uyarılma, sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi, ifa yerinin veya zamanının değiştirilmesi, tarafların esas ya da yan yükümlülüklerinde değişiklik yapılması, sözleşmenin süresinin uzatılması ya da kısaltılması veya tarafların edim borçlarının artırılıp azaltılması şeklinde yapılabilir.⁴⁰³ Ancak hakim tarafların taşıması gereken normal riskleri uyarılma esnasında dikkate alamaz. Zira sözleşmenin uyarlanması, esasında tarafların olağanüstü durumlarda taşımakla yükümlü olmadığı risklerin, hakkaniyete uygun şekilde paylaşılmasıdır.

³⁹⁷EREN, s.505; ARAT, s.190

³⁹⁸KAPLAN, s.157

³⁹⁹ARAT, s.191

⁴⁰⁰KAPLAN, s.157

⁴⁰¹KAPLAN, s.157

⁴⁰²KAPLAN, s.157

⁴⁰³ARAT, s.192-193

2. SÖZLEŞMENİN SONA ERDİRİLMESİ

Sözleşmenin değişen şartlar nedeniyle sona erdirilmesine karar verilmesi de esasında bir tür uyarlamadır. Nitekim bu durumda hakim sözleşmenin süresini kısaltarak sözleşmeyi bir anlamda değişen şartlara uyarlamaktadır.⁴⁰⁴

Sözleşme değişen şartlara göre uyarlandığında dahi, taraflar için sözleşme kurulma anındaki beklentilerinin karşılanması mümkün değilse, yani uyarlamaya rağmen tarafların sözleşmeden beklediği amacın gerçekleşme imkanı yoksa, bu durumda hakim sözleşmenin sona erdirilmesine karar verecektir.

Bununla birlikte TBK m. 138 sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönmeyi borçlunun talebine bağlamıştır. Demek oluyor ki, borçlu sözleşmenin uyarlanmasını talep etmiş ancak uyarlama mümkün değilse ve sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmemişse, hakim sözleşmenin sona ermesine karar veremez.⁴⁰⁵ Ancak taraflardan biri bile sözleşmenin uyarlanması mümkün olmadığı takdirde sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmişse, hakim önce uyarlamanın mümkün olup olmadığını inceleyecek ve uyarlama ile sözleşmenin amacına ulaşamayacağı anlaşılırsa sözleşmeyi sona erdirecektir. Ayrıca sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin sona erdirilmesinin dönme yoluyla değil, fesih yoluyla yapılacağı da unutulmamalıdır.⁴⁰⁶

3. TAZMİNAT

Sözleşmenin değişen şartlar sonucu uyarlanarak sona erdirilmesi, taraflar için ağır bir sonuç doğurabilir. Çalışma boyunca değinildiği gibi, sözleşmenin uyarlanması, esasında olağanüstü durum değişiklikleri sebebiyle doğan riskin taraflar arasında hakkaniyete uygun olarak paylaşılması işlemidir. Sözleşmeden dönme ile taraflar, sözleşmeden bekledikleri yarardan mahrum kalmaktadır. Bazı durumlarda sözleşmeden dönülmesi ile olağanüstü olarak doğan risk bir taraftan alınıp, diğer tarafa verilmiş olur. İşte bu gibi durumlarda taraflar arasındaki hakkaniyet ve menfaat dengesini korumak için hakim, risk üzerinden alınan taraf aleyhine tazminata hükmedebilir. Esasen tazminat terimi yanlış bir kullanımdır. Nitekim bir taraf lehine tazminata hükmedilmesi için karşı tarafın kusurlu olması gereklidir. Sözleşmenin uyarlanmasında ise, şartların değişmesi uyarlama talep edenin kusuru ile gerçekleşmez. Zaten

⁴⁰⁴ARAT, s.194

⁴⁰⁵KILIÇOĞLU, s.278; EREN, s.506

⁴⁰⁶EREN, s.506

uyarlama talep edilebilmesi için aranan şartlardan biri de budur. Dolayısıyla burada tazminat teriminin kullanılması pek doğru değildir. Yine de durumu izah etmek için doktrinde tazminat terimi kullanıldığı görülmektedir.⁴⁰⁷

Her uyarlama sonucunda mutlaka tazminata hükmedilmesi zaruri değildir. Önemli olan, olağanüstü durum nedeniyle ortaya çıkan riskin, taraflar arasında adil şekilde paylaşılmasıdır. Eğer sözleşmenin sona erdirilmesi ile menfaat dengesi bozulacaksa, dengenin aleyhine bozulduğu taraf lehine tazminata hükmedilmesi, hakkaniyet gereğidir.⁴⁰⁸

⁴⁰⁷Serozan bu kavramı ifade etmek için hakkaniyet ödencesi terimini kullanmaktadır. **SEROZAN**, (Sözleşmeden Dönme), s.382; Arat ise denkleştirme teriminin daha yerinde olduğunu savunmuş ama o da konu bütünlüğü açısından tazminat terimini kullanmıştır. **ARAT**, s.196

⁴⁰⁸**ARAT**, s.196

SONUÇ

Sözleşmeler hukukunda genel ilke, ahde vefa ilkesi olup, geçerli bir şekilde kurulan sözleşmeler, her şart ve durum altında, kurulduğu andaki hükümlerine göre sonuçlarını doğurmalıdır. Bununla birlikte, geçerli bir şekilde kurulmuş ve tüm sonuçları doğuran bir sözleşmenin ifası, kurulduktan sonra ortaya çıkan bir takım olağanüstü nitelikteki durum değişiklikleri sonucunda, taraflardan en az biri için kendisinden beklenemeyecek şekilde ağırlaşmış hale gelebilir. Böyle bir durumda ahde vefa ilkesi gereği, sözleşmenin aynen ifasının istenilmesi, hakkaniyete aykırılık teşkil edebilir. Bu hakkaniyete aykırılığın giderilmesi için, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması birçok hukuk sistemlerinde kabul edilmiştir.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, esasında olağanüstü durum değişiklikleri sonucu taraflar arasındaki bozulan risk paylaşımının, yeniden hakkaniyete uygun şekilde sağlanarak menfaat dengesinin korunmasıdır.

Sözleşmenin uyarlanması, çeşitli hukuk sistemlerinde çeşitli davalar ve olayların yaşanması üzerine gelişim göstermiştir. Bu olayların ortak yanı, taraflar arasında kurulan sözleşmelerin, kurulma anından sonra taraflara atfedilemeyecek nedenlerden ötürü, şartlarının önemli ve ağır derecede değişmesi nedeniyle, sözleşmeden beklenen yararın sağlanamaması sonucunun ortaya çıkmış olmasıdır. Bu konuda geliştirilen görüşler incelendiğinde, dört ana teorinin varlığından bahsedilebilir. Bunlar clausula rebus sic stantibus, emprevizyon, frustration ve işlem temelinin çökmesi teorileridir.

Clausula rebus sic stantibus teorisi, tarafların sözleşmede örtülü iradelerinin bulunduğunu ve bu örtülü irade gereği sözleşmedeki durumların değişmeyeceğinin önceden taraflarca kabul edildiğini varsayması nedeniyle, günümüzde hiçbir hukuk sistemi tarafından kabul görmemektedir. Bununla birlikte sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda kabul edilen ilk teori olması ve bu teorinin eleştirilmesi sonucu diğer teorilerin olgunlaşması sebebiyle Clausula rebus sic stantibus teorisinin önemi büyüktür. Emprevizyon teorisine göre, sadece edimler arasındaki ekonomik dengenin bozulması halinde sözleşmenin uyarlanabileceği kabul edilmektedir. Bu teori Fransız hukuk sisteminde geliştirilmiş olup, gelişimini idare hukuku alanında göstermiştir. İşlem temelinin çökmesi teorisi ise, Alman hukuk sisteminde geliştirilen ve günümüzde sözleşmenin uyarlanması konusunda en kapsamlı değerlendirmeleri içeren teori olup, fikrimizce sözleşmenin uyarlanması alanında kabul edilmesi gereken teoridir. Her ne kadar BK 138. maddesinde sözleşmenin uyarlanması her işlem temelinin çökmesi teorisine dayandırılmışsa da, bizim hukuk sistemimizde kabul ettiğimiz sözleşmenin uyarlanması

hükümleri ile işlem temelinin çökmesi teorisinin hükümleri arasında bir takım farklar mevcuttur. Özellikle Türk hukuk sisteminde sözleşmenin uyarlanması, yalnızca aşırı ifa güçlüğü durumunda gündeme gelmekteyken, işlem temelinin çökmesi teorisinde edimler arası dengesizlik ve sözleşme amacının boşa çıkması durumları da sözleşmenin uyarlanması açısından kabul edilmiştir. Bu iki halin sözleşmenin uyarlanması konusunda dikkate alınmaması hukukumuz adına eksiklik teşkil etmektedir. Bu konuda geçerli kabul edilen son teori olan Frustration teorisi, özellikle İngiliz hukuk sisteminde geliştirilen ve Common Law ekolünde uygulanan bir teoridir. Bu teorisinin dayanağı, sözleşmenin amacının boşa çıkması ve imkansızlık halleridir. Bu teorisinin Common Law sistemine uygun bir teori olması, Kıta Avrupası hukuk sisteminde uygulayıcılığının olmamasına sebebiyet vermiştir. Bununla birlikte Frustration teorisinin işlem temelinin çökmesi teorisine yaptığı katkısı, bu teorisinin özel olarak incelenmesini gerektirmiştir. Bu teoriler İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde sözleşmenin uyarlanması konusunun gelişiminde önem arz etmektedir. Zira teorilerin İsviçre-Türk hukuk sistemlerindeki yeri, dayanak noktaları ve hukuki temelleri bu hukuk sistemlerinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının kabul edilmesini sağlamıştır. İsviçre-Türk hukuk sistemlerinde bu teorilerden biri açıkça kabul edildiği belirtilmese de özellikle işlem temelinin çökmesi teorisinin getirdiği kavramların hukukumuzda sık sık kullanıldığı ve dayanak noktaları itibarıyla bu teoriden faydalandığı açıkça görülmektedir.

Sözleşmenin uyarlanması konusunda geliştirilen bu teorilerin tümü, hukuki temel olarak dürüstlük kuralını kabul eder. Bununla birlikte doktrinde sözleşmenin uyarlanmasına hukuki temel arayışları bir takım tartışmaları doğurmuştur. Bir görüşe göre sözleşmenin uyarlanmasının temelinde dürüstlük kuralı vardır. Başka bir görüşe göre ise, sözleşmenin uyarlanmasının temelinde dürüstlük kuralı değil, hakkın kötüye kullanılması yasağı yatmaktadır. Ancak bu görüşün günümüzde pek destekçisi bulunmamaktadır. Üçüncü bir görüşe göre sözleşmenin uyarlanmasının temeli, sözleşmede boşluk olmasıdır. Sözleşme boşluğu görüşünün bir başka yansıması da sözleşme boşluğunun yanında kanun boşluğunun da bulunması ve sözleşmenin uyarlanmasının hakim hukuk yaratması yolu ile giderileceği görüşüdür. Bu görüşlerden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temelinin dürüstlük kuralı olduğunu kabul eden görüşe katıldığımızı belirtmekteyiz.

Sözleşmenin uyarlanması, Türk hukuk sisteminde uzun yıllardır kabul edilmektedir. Zira sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması I. ve II. Dünya Savaşları sonrasında yaşanan ekonomik krizler sonucu hukuki gündemimizde tartışılmaya başlanmıştır. Özellikle 90'lı yıllarda yaşanan ekonomik krizler sebebiyle birçok sözleşmenin kurulduğu andaki şartlara göre

ifa edilme imkanı kalmamış ve sözleşmenin uyarlanması adına davalar açılmıştır. Bu davalar da sözleşmenin uyarlanması konusunun içtihatlarla gelişmesini sağlamıştır. Ne var ki sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel kural olan TBK m. 138, kanun maddesi olarak ilk kez 6098 Sayılı TBK ile kabul edilmiştir. Kanunun yürürlüğe girmesinden önce de sözleşmenin uyarlanması, yukarıda açıklanan teoriler ışığında ve Yargıtay içtihatları doğrultusunda Türk hukukunda kabul edilmekteydi. Kanun düzenlenmesiyle sözleşmenin uyarlanması yasal zemine bağlanmış oldu. Bununla birlikte kanunun yürürlüğe girmesiyle sözleşmenin uyarlanması hakkında, dayanan teorilere ve hukuki temeline ilişkin tartışmalar son bulmamıştır. Elbette ki sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin kanunda getirilen yasal düzenlemeyle hukuki temele ilişkin bazı görüşlerin dayanak noktası kalmadığı düşünülebilir. Bunlardan en önemlisi kanun boşluğu görüşünü hukuki temel alan görüşlerdir. Her ne kadar ilk bakışta kanun boşluğu görüşünün BK m.138 düzenlemesiyle dayanaksız kaldığı düşünülse de, kanundaki eksiklikler ve bu eksikliklerin yarattığı sorunlar açısından kanunda sözleşmenin uyarlanması konusunda halen bir takım önemli eksikliklerin olduğu söylenebilir. Bu sebeple kanun boşluğu görüşü bugün de önemini korumaktadır.

TBK m. 138'in yürürlüğe girmesiyle, maddenin uygulama alanı da tartışma konusu olmuştur. Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel kural olan BK m. 138, MK 5. maddesi gereği, uygun düştüğü ölçüde diğer tüm hukuki işlemlere de uygulanacaktır. Bu sebeple BK m. 138 'in yalnızca borçlar hukuku sözleşmelerinde değil, niteliği uygun düştüğü ölçüde, borçlar hukuku dışındaki sözleşmeler de dahil, tüm hukuki işlemlerde uygulanabilecektir. Ancak bu her türlü hukuki işlemin değişen şartlara uyarlanabileceği anlamına gelmez. Hukuki işlemin değişen şartlara uyarlanabilmesinin mümkün olması konusunda önemli olan, hukuki işlemin uyarlanmaya müsait bir yapısı olmasıdır. Hukuki işlemin yapısının uyarlamaya müsait olup olmaması her somut olay için ayrı incelenerek belirlenmektedir.

Sözleşmenin uyarlanması, taraflarca sözleşmede açıkça ya da örtülü olarak kararlaştırılmış olabilir. Bu kararlaştırma, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının mümkün olacağına, taraflarca kabul edilmesi konusunda olabileceği gibi, değişen şartlara rağmen sözleşmenin aynen devam edeceği yönünde de olabilir. Taraflarca yapılan bu uyarlama yöntemi iradi uyarlama olarak adlandırılmakta olup, ilk durumda olumlu uyarlamadan, ikinci durumda ise olumsuz uyarlamadan bahsedilmektedir.

Taraflarca sözleşmenin uyarlanması konusunda açık ya da örtülü şekilde bir irade yoksa bu durumda kanuni uyarlama hükümleri dikkate alınmalıdır. Kanuni uyarlama, kanunda

sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda açık bir hüküm bulunması durumunda, o kanun hükmünün uygulanarak, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla kanunda sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin özel düzenleme mevcutsa, sözleşme o düzenleme doğrultusunda değişen şartlara uyarlanabilecektir. Kanuni uyarlamada da iradi uyarlamada olduğu gibi, olumlu ve olumsuz uyarlama durumu mevcuttur. Olumlu uyarlama, kanunda sözleşmenin değişen şartlara ne şekilde ve nasıl uyarlanacağını önceden açıkça belirtilerek yapılan uyarlama iken, olumsuz uyarlama kanunun, sözleşmenin uyarlanmasını açıkça engellediği durumları ifade etmektedir.

Eğer iradi ya da kanuni uyarlama söz konusu değilse, bu durumda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi, ancak hakimin uyarlaması yoluyla mümkün olabilecektir. Doktrinde bu uyarlama türü için yargısal uyarlama kavramını kullanan yazarlar da vardır. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, esasında bu uyarlama yöntemi olan hakimin uyarlaması(yargısal uyarlama) yoludur. Bununla birlikte hakimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması, iradi ve kanuni uyarlamanın mevcut olmadığı durumlarda söz konusu olan, ikinci derece yani tali bir uyarlama yoludur. Bu sebeple sözleşmenin uyarlanmasında öncelik, tarafların uyarlama konusundaki ortak iradelerinin olması, bu olmadığı takdirde kanunda uyarlamaya ilişkin özel düzenlemenin mevcut olması durumunda bu düzenlemeye göre uyarlamanın yapılması, eğer bu da yoksa hakimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması şeklindedir.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, BK m. 138’de genel kural olarak düzenlenmiştir. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi, kanunda tahdidi olarak sayılan belli bir takım şartların beraber gerçekleşmesine bağlıdır. Bunlar; sözleşmenin kurulmasından sonra, taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü nitelikte durum değişikliklerinin gerçekleşmesi, bu değişiklikler sonucu sözleşmenin ifasının taraflardan en az biri açısından, kendisinden beklenemeyecek şekilde ağırlaşmış olması, bu olağanüstü nitelikte durum değişikliklerinin yaşanması uyarlanma isteyen taraftan kaynaklanmaması ve ifanın henüz gerçekleşmemiş ya da ifanın ihtirazi kayıt konularak gerçekleşmiş olmasıdır. *Fikrimizce* ifanın gerçekleşmemiş olması ya da ihtirazi kayıt konularak gerçekleşmiş olması şartının, sözleşmenin uyarlanmasında aranan şartlardan biri olarak kabul edilmesi hatalıdır. Zira sözleşmenin uyarlanması, Türk hukukunda yalnızca aşırı ifa güçlüğü durumuna dayandırıldığından, edimler arası dengenin bozulması ve sözleşme amacının boşa çıkması durumları göz ardı edilmiştir. Bu iki durum, özellikle işlem temelinin çökmesi teorisi ışığında ele alınırsa, sözleşmenin ifa edilmemiş olmasının bir önemi bulunmamaktadır. Türk hukuk sisteminde sözleşmenin uyarlanmasının işlem temelinin çökmesi teorisi ile geliştiği

dikkate alındığında, ifanın gerçekleşmemiş olması şartının aranması hatalı olmuştur. Ayrıca ifasını, ağır şartlar altında ihtirazı kayıtlı yerine getirmiş tarafın, bu ağır şartlar altındayken vermiş olduğu ihtirazı kaydı ispatlamak zorunda kalması, menfaat dengesini düzeltmekten çok, daha da bozulmasına yol açmaktadır. Bu yönüyle de ifanın henüz gerçekleşmemiş olması ya da ihtirazı kayıt konularak gerçekleşmesi şartının aranması hatalıdır.

Kanunumuzda sözleşmenin uyarlanmasını isteyecek olan taraf izah edilirken sadece borçlu ibaresi kullanılmıştır. Ancak sözleşmenin uyarlanması yalnızca borçlu için değil, alacaklı için de gündeme gelebilir. Bu sebeple kanundaki borçlu ibaresinin kullanımı hatalı olup, yanlış anlamalara sebebiyet vermektedir. Kanunda borçlu ibaresi yerine mağdur taraf ya da uyarlama isteyen şekilde ibareler kullanılması konu itibarıyla daha doğru bir kullanım teşkil edecek ve olası yanlış anlaşılmanın önüne geçecektir.

Sözleşmenin kurulmasından sonra, olağanüstü nitelikteki durum değişiklikleri ile değişen şartlar sonucu, ifası dürüstlük kuralı gereği kendisinden beklenemez hal alan borçlu (mağdur taraf olarak adlandırılmalıdır), hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere uyarlamanın dar ve geniş olmak üzere iki anlamı olduğu söylenebilir. Dar anlamda uyarlama ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanarak sürdürülmesi kastedilirken, geniş anlamda uyarlama, sözleşmenin sona ermesi de dahil olmak üzere tüm değişiklikler ifade edilmektedir. Nitekim sözleşmenin sona erdirilmesi de, hakimin sözleşme süresini kısaltması anlamında bir uyarlamadır.

Hakim; önüne uyarlama talebiyle gelen bir uyuşmazlıkta, her sözleşmenin yapısını, somut olayın özellikleri içerisinde, hakkaniyete uygun olarak inceler ve taraflar arasındaki menfaat dengesini koruyacak şekilde sözleşmeyi değişen şartlara uyarlar. Ancak hakim sözleşmenin uyarlanmasıyla dahi adil bir sonuca ulaşamayacağına kanaat getirirse ya da sözleşmenin amacı, değişen şartlar nedeniyle, uyarlamayla dahi korunamayacak durumda ise, o zaman hakim geniş anlamda uyarlama yaparak sözleşmeyi sona erdirebilir. Ancak hakim, sözleşmenin uyarlanamaması nedeniyle sona erdirilmesine, taraflardan en az birinin talebi olmadan, re'sen karar veremez. Zira taraflar sözleşmenin uyarlanmasını talep etmişse, sözleşmenin devamını istemektedirler. Sözleşmenin sona ermesini isteyen taraflar, hakimden sözleşmenin sona erdirilmesini terditli de olsa, açıkça talep etmelidirler. Aksi takdirde sözleşmenin sona erdirilmesine karar verilmeyecek, uyarlama mümkün değilse sözleşme aynı şartlarla devam

edecektir. Ayrıca sürekli edimli sözleşmelerde, sözleşmenin sona erdirilmesinin dönme yoluyla değil fesih ile gerçekleştirileceği de unutulmamalıdır.

Sözleşmenin uyarlanması, esasen taraflar arasındaki risklerin paylaşılması olduğundan, sözleşmenin sona ermesi ile bir taraf diğerine oranla daha fazla mağdur olmuş olabilir. Bu nedenle hakim, daha fazla mağdur olan taraf lehine belli miktar tazminata hükmederek, bozulan risk taşıma durumunu dengeleyebilir. Menfaat dengesinin sağlanması ve risk paylaşımının hakkaniyete uygun yapılabilmesi adına, uygulamada da taraflardan biri lehine tazminata hükmedildiği görülmektedir. Ancak her durumda tazminata hükmedileceği söylenemez. Taraflardan biri lehine tazminata hükmedilip hükmedilmeyeceği, somut olayın özellikleri dikkate alınarak, hakim tarafından belirlenecektir. Tazminatın bir tarafın kusurlu olması sonucunda, kusursuz ya da daha az kusurlu taraf lehine verildiği dikkate alındığında, menfaat dengesinin sağlanması için kararlaştırılan bu denkleştirme bedelinin, tazminat terimi ile karşılanması hatalıdır. Buna rağmen, taraflar arasında menfaatlerin denkleştirilmesi açısından belirlenen bu bedel için, doktrinde tazminat teriminin kullanıldığı görülmektedir. Bu sebeple çalışmamızda biz de tazminat terimini kullandık.

Sonuç olarak sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması, günümüzce çoğu hukuk sisteminde kabul görmektedir. Sözleşmenin kurulma anında olmayan, önceden görülemeyen ve ileride uyarlama isteyen taraftan kaynaklanmayan olağanüstü nitelikteki durum değişiklikleri sebebiyle, sözleşmede taraflar arası menfaat dengesi bozulmuşsa, mağdur olan taraftan, o sözleşmedeki borcunu aynen ifa etmesinin beklenmesi dürüstlük kuralına aykırıdır. Bu sebeple sözleşme değişen bu şartlara uygun olarak uyarlanmalı, bu mümkün değilse sona erdirilmelidir. Sözleşmelerde ahde vefa ilkesinin genel kural olduğu unutulmamalı, bununla birlikte sözleşmenin uyarlanmasının bu kuralın istisnası olarak değil, bu kuralın tamamlayıcısı olarak görülmesi gerektiği de belirtilmelidir.

KAYNAKÇA

Abdülkadir GÜZELOĞLU / Tarık KURBAN, “Sözleşmelerin Değişen Koşullara Uyarlanması: Aşırı İfa Güçlüğü (TBK 138)”, Güzeloğlu Hukuk Bürosu, Çevrimiçi, (<http://www.guzeloglu.legal/tr/haber-makale/sozlesmelerin-degisken-kosullara-uyarlanmasi-asiri-ifa-guclugu-tbk-138-247.html>), E.T. 14.11.2017

Ahmet KILIÇOĞLU, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Turhan Kitabevi Yayınları, 20. Baskı 2016 Eylül,

Ayşe ARAT, “Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması”, Seçkin Yayıncılık, 1. Baskı, Aralık 2006,

Bahtiyar AKYILMAZ/Murat SEZGİNER/Cemil KAYA, “Türk İdare Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ekim 2012

Başak BAYSAL, “Sözleşmenin Uyarlanması BK m.138 Aşırı İfa Güçlüğü” On İki Levha Yayıncılık, 2. Baskı, İstanbul, Mart 2017(Kısaca “Sözleşmenin Uyarlanması” olarak bahsedilmiştir.)

Cashin-Ritaine ELEANOR, “Emprevizyon, Hardship ve İşlem Temelinin Çökmesi: Pacta Sunt Servanda Ve Alman-Fransız Hukuki İlişkilerinde Sözleşmelerin Uyarlanmasına Giden Yollar”, Çeviren: **Başak BAYSAL**, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, İstanbul 2005, C.63, S. 1-2, Çevrimiçi (<http://dergipark.gov.tr/download/article-file/95905>), E.T. 12.11.2017

Fahrettin ARAL/Hasan AYRANCI, “Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri”, Yetkin Yayınları 11. Baskı, Kasım 2015

Fikret EREN, , “ Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Yetkin Yayınları, 22. Baskı, Eylül 2017

Gülmelahat DOĞAN, “Aşırı İfa Güçlüğü Nedeniyle Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması” Türkiye Barolar Birliği Dergisi, 2014, S. 111, s.9-36,

Hasan ERMAN, “İstisna Sözleşmesinde Beklenilmeyen Haller (BK 365/2)”, Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, 1979,

İbrahim KAPLAN, “Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi”, Yetkin Yayınları, 3. Baskı, Ocak 2013,

Kemal GÖZLER, “ İdare Hukuku Cilt II”, Ekin Yayınevi, 2009

Kemal Tahir GÜRSOY, “Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus (Emprevizyon Nazariyesi)”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1950

Kerem Cem SANLI, “Hukuk ve Ekonomi Perspektifinden Sözleşme Hukuku ve Sözleşme Yaptırımlarının Ekonomik Analizi”, On İki Levha Yayıncılık, 1. Baskı, 2015,

Mehmet TEZCAN, “Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi ve Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması”, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk (Medeni Hukuk) Anabilim Dalı, Ankara 2004, Çevrimiçi (www.acikarsiv.ankara.edu.tr/browse/302/594.pdf), E.T. 11.11.2017

Mustafa DURAL, “Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117)”, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1976

Mustafa DURAL / Suat SARI, “Türk Özel Hukuku Cilt I - Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri”, Filiz Yayınevi, 12. Baskı, Ekim 2017

Mustafa DURAL/Turgut ÖZ, “Türk Özel Hukuku Cilt IV – Miras Hukuku”, Filiz Kitapevi, 8. Baskı, 2015,

M.Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS, “Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar”, Vedat Kitapçılık, 21. Baskı, 2015,

Necip KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, “İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelenebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?”, Kemal Oğuzman’ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s.503-514,

Özlem TÜZÜNER/Kerem ÖZ, “Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi”, Ankara Barosu Dergisi, S. 2015/3, s.421-470

Rona SEROZAN, ” Borçlar Hukuku Genel Bölüm - Üçüncü Cilt - İfa İfa Engelleri Haksız Zenginleşme”, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Filiz Kitabevi, 7. Baskı, 2016 Ekim (Kısaca “İfa” olarak bahsedilmiştir.)

Rona SEROZAN, “Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku” Vedat Kitapçılık, 4. Baskı, 2013, İstanbul, (Kısaca “Medeni Hukuk” olarak bahsedilmiştir.)

Rona SEROZAN, “Sözleşmeden Dönme”, Vedat Kitapçılık, 2. Bası, İstanbul, 2007, (Kısaca “Sözleşmeden Dönme” olarak bahsedilmiştir.)

Rona SEROZAN /Baki İlkay ENGİN, “ Miras Hukuku”, Seçkin Yayıncılık, 4. Baskı, 2014, Ankara,

Safa REİSOĞLU, “Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, Beta Yayınevi, 25. Baskı, Ekim 2014,

Sermet AKMAN, “Karşılaştırmalı Olarak Alman ve İsviçre-Türk Hukuklarında Yüksek Oranlı Enflasyonun Para Borçlarına Etkisi ve Bu Konudaki Yargısal Kararlar”, 1989, s.624-636.

Süleyman YILMAZ, “Dövizle Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılama Sorunu Ve Yargıtay’ın Bakışı” Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, **S. 1 C. 59 s. 131-172**,

Şener AKYOL, “Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası”, Filiz Kitapevi, 1. Baskı 1995,

Turhan FEYZİOĞLU, “İdare Hukukunda Emprevizyon Nazariyesi (Beklenmeyen Haller Meselesi)”, Milli Eğitim Basımevi, Ankara, 1947,



**İDARİ YAPTIRIMLARIN GÖRÜNÜMLERİ OLARAK İDARİ TEDBİR VE İDARİ
CEZA KAVRAMLARINA HUKUKİ BİR BAKIŞ**

Stj. Av. Hüsniye Ceren GEDİK

GİRİŞ

5326 Sayılı Kabahatler Kanunu'nun "İdarî Yaptırımlar" başlıklı 3. bölümünde yaptırım türleri düzenlenmiştir. Buna göre, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idarî yaptırımlar, idarî para cezası ve idarî tedbirler olarak düzenlenmiştir. Öğretide ise kimi görüşler idari tedbirlerin kanundaki tasnife uygun olarak bir idari yaptırım türü olduğunu belirtirken, kimi görüşler ise idari yaptırımlar dışında ayrı bir başlık altında incelenmesi gerektiğini savunmaktadır. Çalışmamda idari yaptırım, idari ceza ve idari tedbir kavramlarının, hukuki niteliklerinin ortaya konulması çerçevesinde farklılıklarının değerlendirilmesi söz konusu olacaktır.

I.İDARİ YAPTIRIM

Öncelikle yaptırım kavramını çeşitli tanımlar vasıtasıyla anlamlandırabiliriz. Roma hukukunda yaptırım karşılığı olarak "sanctio" kelimesi kullanılmış olup, bu kavram bir kural tarafından öngörülen cezayı veya bir kuralın ihlali halinde uygulanacak zorlamayı ifade etmektedir.⁽⁴⁰⁹⁾ Yaptırım bu yönüyle hukuk kurallarına aykırı davranışa engel olan manevi bir baskı aracı olduğu gibi aynı zamanda hukuka aykırı davranışta bulunan kişiye karşı bir cezalandırma vasıtasıdır.⁽⁴¹⁰⁾ Yaptırım, en yalın ve basit ifadesiyle hukuk kuralının ihlaline bir tepkidir.⁽⁴¹¹⁾

Hukuk sistemimiz içerisinde her hukuk dalının temel özelliklerine göre ortaya koyduğu normların ihlali, paralel olarak kendilerine özgü yaptırımlara bağlanmış ve çeşitli sınıflandırmalar oluşturulmuştur. Buna göre yaptırımlar temel olarak özel hukuk yaptırımları ve kamu hukuku yaptırımları olarak ikiye ayrılmaktadır. Özel hukuk yaptırımları: cebri icra, tazminat ve geçersizliktir. Kamu hukuku yaptırımları ise: ceza hukuku, anayasa hukuku, uluslararası kamu hukuku ve idare hukuku yaptırımları olmak üzere ayrılmaktadır. Çalışmamıza asıl olarak yön verecek olan ayırım ise idare hukuku yaptırımlarıdır.

İdarenin yetki sınırları içerisinde usulüne uygun olarak tesis ettiği idari tasarruflar resen doğrudan doğruya uygulanabilmekte olup, yönetilenler açısından bunlara uyma mecburiyeti bulunmaktadır. İdare kendi faaliyet alanı ile ilgili aldığı kararlara, emir ve yasaklara uyulmasını

⁴⁰⁹ GÜRİZ, Adnan, Hukuk Başlangıcı, 11. Baskı, Ankara, Siyasal Kitabevi, 2006, s. 46

⁴¹⁰ CANSEL, Erol - ÖZEL, Çağlar, Hukuk Başlangıcı Hukukun Temel Kavram ve Kurumları, 3. Baskı, Ankara, Seçkin Yayınları, 2006, s. 44

⁴¹¹ HAFIZOĞULLARI, s. 142

sağlamak için yaptırımlara başvurabilmektedir.⁽⁴¹²⁾ Kanunların yasaklamadığı ve açıkça yetki verdiği hallerde herhangi bir yargı kararına ihtiyaç göstermeksizin idare tarafından doğrudan doğruya yapılan bir işlemle uygulanabilen yaptırımlar, genel olarak idari yaptırımlar olarak adlandırılmaktadır.⁽⁴¹³⁾

Anayasa Mahkemesi 1996/48 Esas ve 1996/41 Karar sayılı kararında: “ İdarenin bir yargı kararına gerek olmaksızın yasaların açıkça verdiği yetkiye dayanarak idare hukukuna özgü yöntemlerle, doğrudan doğruya bir işlemi ile uyguladığı yaptırımlara verdiği cezalara idari yaptırım denilmektedir.”⁽⁴¹⁴⁾ diyerek yaptırımı uygulayan makam ve yaptırımın uygulanma usulünü esas alarak idari yaptırımı tanımlamıştır. Uyuşmazlık Mahkemesi 1998 tarihli bir kararında idârî yaptırımlarla ilgili şu tespitlerde bulunmuştur: “...kanunun öngördüğü bir ceza idârenin bir organı eliyle uygulanabiliyorsa bu genel ceza hukukunun değil, idâre hukukunun bir müeyyidesidir. Bu tür cezalar, uygulama alanı itibariyle, idârenin kamu düzeninin sağlanması ve korunması görev ve yükümlülüğünün yerine getirilmesi amacına yönelik bir hukuki müeyyide niteliğini taşımakta olup; idârî ceza uygulaması, konusu olan suçun niteliği, uygulayan merci ve uygulanan usul ile hukuki sonuçları itibariyle adlî ceza uygulamasından farklılık göstermekte ve hukuki müeyyideler, esasen gerçek anlamda bir ceza sayılmamaktadırlar.”⁽⁴¹⁵⁾

Kabahatler Kanunu'nun genel gerekçesinde ise kanun koyucunun idari yaptırım kavramına bakış açısı şu çerçevede açıklanmıştır; “*Kabahatleri suç olmaktan ve ceza kanunlarının kapsamı dışına çıkarma eğiliminin bir sonucu olarak; çeşitli hususlarda düzenleme getiren özel kanunlarda bazı fiiller karşılığında idarî yaptırımlar öngörülmektedir. Başka bir deyişle, bu fiiller, "idarî suçlar" olarak tanımlanmaktadır. Bu fiiller karşılığında, genellikle parasal nitelikte bir yaptırım öngörülmektedir. Ancak, bu parasal yaptırım, bir ceza hukuku yaptırımı olan "adlî para cezası" değil; idarî yaptırım olarak "idarî para cezası" niteliği taşımaktadır. Belirtmek gerekir ki, her ikisi de belli bir miktar paranın kişiden alınıp Devlet Hazinesine intikalinden ibaret gibi görünürse de; adlî nitelikteki para cezası ile idarî nitelikteki para cezası arasında, karar veren merci, yaptırımın infaz sureti, yaptırıma bağlanan kanunî neticeler bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, idarî nitelikte bir yaptırım olarak para cezasına, ceza muhakemesi süreci sonucunda mahkeme tarafından hükmedilmez;*

⁴¹² GÖLCÜKLÜ, Feyyaz, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı; İdarenin Cezai Müeyyide Tatbiki”, AÜSBFD, C. XVIII, Haziran 1963, No:2, s.117

⁴¹³ ÖZAY, İlhan, İdari Yaptırımlar, İÜ Yayın No: 3326, 1985, s. 35

⁴¹⁴ AMK, E. 1996/48 , K. 1996 / 41, T. 23.10.1996, AMKD, C.1, S. 33, s.181

⁴¹⁵ UMK T.08.05.1998, E.1998/10, K.1998/12

bu ceza, idarî görev yapan bir kişi veya kurul tarafından verilir. Bu cezalar, adlî sicile kaydedilmez, ödenmediği takdirde hapse dönüştürülmez. İdarî nitelikteki "para cezası", bir uyarı (ikaz) fonksiyonu gördüğü gibi, kamu açısından oluşmuş olan zararın giderilmesi amacıyla da hizmet edebilir. Bu nedenle, idarî para cezasının mislî nitelikte olması mümkündür."

İdari yaptırım gündeme geldiğinde, sonuçta bir kamu hukuku alanı olduğundan ceza hukuku temel ilkelerinin idari yaptırımlara yansımalarının olduğu da yadsınamaz bir gerçektir. Bu anlamda yasallık ilkesi, cezaların şahsiliği ilkesi, ne (non) bis in idem ilkesi, ölçülülük ilkesi, gerekçe ilkesi gibi ilkelerin yer aldığı bir hukuki koruma rejimi de var olmaktadır.

‘İdarenin yaptırım uygulama yetkisini kullanırken göz önünde bulunduracağı en önemli kural ise “yasallık ilkesi”dir. Anayasa’nın 123/1 maddesine göre, “İdare kuruluş ve görevleriyle bir bütündür ve kanunla düzenlenir.” İdarenin işlem tesis etme yetkisi bu ilke ile sınırlandırılmıştır. Ayrıca Kabahatler Kanunu, Polis Vazife ve Selahiyet Kanunu, Umuru Belediyeye Müteallik Ahkamı Cezaiye Hakkında Kanun gibi, oldukça fazla sayıdaki yasal düzenlemeler doğrudan doğruya veya dolaylı olarak yaptırım öngörmekte, idareye yaptırım uygulama görev ve yetkisini vermektedirler.’⁽⁴¹⁶⁾

Kanunîlik ilkesi bakımından Kabahatler Kanunu’nun 4. maddesinde şu hükümlere yer verilmiştir:

“(1) Hangi fiillerin kabahat oluşturduğu, kanunda açıkça tanımlanabileceği gibi; kanunun kapsam ve koşulları bakımından belirlediği çerçeve hükmün içeriği, idârenin genel ve düzenleyici işlemleriyle de doldurulabilir.

(2) Kabahat karşılığı olan yaptırımların türü, süresi ve miktarı, ancak kanunla belirlenebilir.”

‘İdari yaptırımdan bahsedebilmek için yetkisini kanundan almış bir idarenin idari bir işlem vasıtasıyla, idari düzeni ihlal eden kişiye uyguladığı bir yaptırımın bulunması gerekir. Şayet yaptırım kararını veren ve uygulayan, kanunca yetkilendirilmiş bir idare değilse, idari bir yaptırımdan söz edemeyiz. Taşındığı idari niteliği gereği bu tür yaptırımların bir idare tarafından karara bağlanmış olması gerekir. Bu idarenin de kanunun açıkça yaptırım uygulayabileceğini belirttiği bir idare olması gerekir. Örneğin; 5393 sayılı Belediyeler Kanunu’nun 15.maddesinin

⁴¹⁶ ASLAN, İdari Yaptırımlar, TBB Dergisi, S.85, Y.2009, s.178

b bendinde; “Kanunların belediyeye verdiği yetki çerçevesinde yönetmelik çıkarmak, belediye yasakları koymak ve uygulamak, kanunlarda belirtilen cezaları vermek” öngörüldüğü için idari teşkilatlanmada mahalli idarelerden biri olan belediyeler yaptırım uygulayabilmektedir. Yasallık ilkesinin bu bağlamda tıpkı ceza hukukunda olduğu gibi idari yaptırımlar alanında da katı bir şekilde uygulandığını söylemek mümkündür. İdarenin, Anayasa ve kanunlarca verilmemiş bir yetkiyi kullanamayacağı idare hukukunun temel ilkelerindedir.’⁽⁴¹⁷⁾

Yaptırımı idari bir makam uygulayacak ve araya bir yargı kararı girmeyecektir. Çünkü idare idari işlevi yerine getirmek amacıyla idari bir işlem tesis edecek ve yaptırıma hem karar verip hem de uygulayan organ olacaktır.

Bir idari işlemin varlık şartlarını tamamlayarak meydana gelmesi icra edilmesi için yeterlidir. Bir idari işlem olan idari yaptırımlar, idari işlemlerin icrai nitelikleri sayesinde ilgilinin kabulüne gerek kalmaksızın alındıkları anda uygulanabilirler. İdare sahip olduğu bu resen icra yetkisini, merkezileşmiş ve her sahada faaliyette bulunan kolluk kuvvetleri aracılığıyla kullanır. Kolluk, toplum düzenini koruyan faaliyetler ve bunu temin eden kuvvetler olarak kabul edilmeli ve bu itibarla asayiş koruyan faaliyetlerden, sağlık, tarım, sanayi ve turizm alanına kadar uzanan çok geniş bir sahada işlem ve eylemlerde bulunan idarenin resen icra yetkisinin düzene sağlama adına bir tür yaptırım niteliğine bürünebildiği göz ardı edilmemelidir.⁽⁴¹⁸⁾ GÖLCÜKLÜ ise, idarenin sahip olduğu resen icra yetkisini, önleyici tedbirleri alma yetkisini ve gerekse idari kararların icrasında zora başvurmayı yaptırım olarak kabul etmemektedir. Gölcüklü’ye göre bunların önleyici niteliğe sahip olmaları, idare tarafından tatbik edilmeleri bunların yaptırım olarak kabul edilmesini sağlayamaz ancak bu tür tedbirlere karşı gelindiği halde yaptırımlar gündeme gelecektir.⁽⁴¹⁹⁾ Hukuk devletinde idare, hem üstün yetkilerle donatılmış, hem de yetkileri olabildiğince sınırlandırılmış bir haldedir.⁽⁴²⁰⁾ Bu itibarla idare aşağıdaki hallerde resen icra yetkisini kullanabilir:⁽⁴²¹⁾

- Kanunda açık hüküm varsa,

- İdarenin vakit kaybetmeksizin derhal harekete geçerek lüzumlu tedbirleri alması ve tatbik etmesinin zaruri olduğu özellikle kolluk işlemlerinde “acil ve vahim ahval” nazariyesine

⁴¹⁷ ERDİNÇ, İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, S.2, Y.2012, s. 250

⁴¹⁸ YEŞİL, Ceza Hukuku Genel İlkelerinin İdari Cezalara Uygulanabilirliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010, s.25

⁴¹⁹ GÖLCÜKLÜ, “İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, s. 129

⁴²⁰ ÖZAY, Gün Işığında Yönetim, s. 327

⁴²¹ İbid., s.1460-1461

göre acil ve ivedi hallerde, beklenen bir tehlikeyi, düzenin bozulmasını önlemek intizamsızlığa mani olmak için resen hareket edebilir.⁽⁴²²⁾

- Bir kanunda hukuki ve cezai bir yaptırım öngörülmemiş ise bu hükümlerin ihlaline karşı kanunun üstünlüğü ve devlet hâkimiyetini temin etmek üzere idare resen hareket yetkisini kullanabilir. Ancak bunun içinde emri ve yasağı tazammun eden bir kanun hükmünün mevcut olması, kanunun açıkça ihlalinin görülmesi ve resen hareket şeklinde alınan tedbirin münhasıran ve dar bir surette sadece bu riayetsizliği önlemeye matuf olması gerekmektedir.

İdari yaptırımların diğer idari işlemlerden ayıran en temel özellikleri ise cezalandırıcı ve caydırıcı işlemler olmalarıdır. Ancak bu nitelikleri idari yaptırımların, ceza hukuku alanındaki ceza yaptırımları ile aynı görülmesine neden olmamalıdır. Ceza yaptırımları ile idari yaptırımlar arasında yaptırım türü ve ağırlığı açısından ciddi farklılıklar bulunmaktadır. İdari yaptırımlar idare hukuku alanında yer alan, uygulanmalarında idari usullerin geçerli olduğu ve daha çok idari düzeni korumaya yönelik öngörülmuş yaptırımlardır. İdari yaptırımlarla ilgili olarak Alman öğretisinin yaptığı tanıma göre; “*İdari yaptırımlar, suç olmayan idari ihlallerin yaptırımı olarak kanun ya da kanun hükmündeki düzenlemelerle konulan yasakların ya da disiplini bozan davranışları içeren hükümlerin ihlalini cezalandıran ve ceza yaptırımı olmayan yaptırımlardır.*”⁽⁴²³⁾ Yapılan bu tanımda bizdeki tanımlardan farklı ve yerinde olan, idari yaptırımların “suç olmayan idari ihlaller” karşılığında uygulanacak olmalarının ve nitelik olarak “ceza yaptırımı olmadıklarının” açıkça belirtilmiş olmasıdır.⁽⁴²⁴⁾

İdari yaptırım kararı vermeye KK m.22’ye göre ilgili kanunda açıkça gösterilen idarî kurul, makam veya kamu görevlileri, kanunda açık hüküm bulunmayan hallerde ilgili kamu kurum ve kuruluşunun en üst amiri; KK m.23’e göre kanunda açıkça hüküm bulunan hallerde cumhuriyet savcısı; KK m.24’e göre ise kovuşturma konusu fiilin kabahat oluşturduğunun anlaşılması halinde mahkeme yetkilidir.

İdari yaptırım kararlarına karşı başvurulacak kanun yollarında ise KK’nun 3, 27, 28 ve 29. maddeleri ile yargısal denetim görevinin *genel olarak* adlî yargıya verildiği görülmektedir. KK’nun Adalet Komisyonu Raporunda⁽⁴²⁵⁾ “... Kabahatlerin ve bunlar karşılığında öngörülen

⁴²² DURAN, Lütfi, İdare Hukuku Meseleleri, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1957, s.57

⁴²³ OĞURLU, s. 34.

⁴²⁴ ERDİNÇ, İdari Yaptırımların Kavramsal Çerçevesi ve Cezai Yaptırımlarla Karşılaştırılması, Ankara Barosu Dergisi, S.2, Y.2012, s. 251

⁴²⁵ 23.03.2005 tarihli ve E.1/993-K.72 numaralı Adalet Komisyonu Raporu’nun tam metni için Bkz. YURTCAN, s. 77 vd.

idârî yaptırım kararlarının bir idârî işlem olmasının ötesinde, ceza hukukunun genel prensipleriyle yakın ilişki içinde olduğu düşüncesiyle; kabahatler karşılığında öngörülen idârî para cezası ve mülkiyetin kamuya geçirilmesi kararlarına karşı idârî yargıya değil, ceza mahkemesine başvurulabilmesini mümkün kılan düzenleme yapılmıştır.” şeklinde bir gerekçeye yer verilmiştir. Ancak KK’nun 2006 yılında değiştirilen 3. maddesi doğrultusunda, Kanun kapsamındaki idârî yaptırım kararlarına karşı başvurulacak yargı yolu olarak ikili bir sistem benimsemiştir. İdârî yaptırım öngörülen kanunda eğer yargı denetimini yapacak yargı merci konusunda özel bir hüküm yer alıyorsa bu hüküm uygulanacaktır. Ancak bu konuda herhangi bir hüküm öngörülmemişse KK’nun kanun yoluna ilişkin hükümleri uygulanacak ve adlî yargı merciine itiraz edilecektir.

‘KK, idârî para cezalarına karşı “başvuru” ve “itiraz” olmak üzere iki yargı yolu düzenlemiştir. Kabahatler Kanunu’nun 27. maddesi, idârî yaptırım kararına karşı on beş gün içinde kararın verildiği yerdeki sulh ceza mahkemesine başvurulmasını “başvuru”; 29. maddesi ise, mahkemenin verdiği karara karşı en yakın ağır ceza mahkemesine başvurulmasını da “itiraz yolu” olarak düzenlemiştir.’⁽⁴²⁶⁾

İdari yaptırım kavramını çeşitli tanımlar ve belirleyici özellikleri çerçevesinde açıkladıktan sonra çalışmamızda asıl önemli husus olan idari yaptırım çeşitlerine gelelim. Her geçen gün değişen dünya şartlarının bir sonucu olarak idarenin görev alanı da genişlemiş ve paralel olarak idari düzenin sağlanması zorlaşmıştır. Hal böyle olunca düzeni sağlamaya yönelik idari yaptırımların çeşitliliği de artmış ve genişleyen bu çerçeveyi anlamlandırabilmek adına zaman içerisinde çeşitli tasnifler yapılmıştır. İdare hukukunda özel (gerçek kişilere ve özel hukuk tüzel kişilerine) kişilere karşı, *idari para cezası, mülkiyetin kamuya geçirilmesi, el koyma, yıkım, sürücü belgesinin geri alınması, işyerinin kapatılması, barodan kaydın silinmesi, meslek ve sanatın icrasından yasaklama, izin veya ruhsatın geri alınması* gibi çok farklı idari yaptırımlar bulunmaktadır. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu’nun⁽⁴²⁷⁾, ikinci maddesinde kabahat; kanunun, karşılığında idârî yaptırım uygulanmasını öngördüğü haksızlık anlaşılır şeklinde tanımlandıktan sonra üçüncü maddesinde de bu kanunun hükümlerinin idari para cezası veya mülkiyetin kamuya geçirilmesi yaptırımını gerektiren bütün fiiller hakkında uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Kabahatler Kanunu’nun “İdari Yaptırımlar” başlıklı 3. bölümünde yaptırım türleri düzenlenmiştir. 16. Maddeye göre, kabahatler karşılığında uygulanacak olan idârî yaptırımlar, idârî para cezası ve idârî tedbirlerden ibarettir. İdârî tedbirler, mülkiyetin

⁴²⁶ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar, s.80.

⁴²⁷ RG: T. 31.03.2005, S.25772 (M.)

kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirlerdir. İdarî para cezası ise 17. maddede düzenlenmiştir.

Öğretide ise farklı tasnifler bulunmaktadır. GÜNDAY'a göre idari yaptırımlar, idari cezalar ve idari icra (= resen icra) olmak üzere iki ayrı görünümde ortaya çıkmaktadır. Buna göre: idari cezalar; disiplin cezaları ve öteki idari cezalardan (para cezaları, meslek ve sanattan men cezaları vb.) oluşurken, idari icra; resen tahsil yetkisi ve kolluğun doğrudan kuvvet kullanımına sahip olduğu halleri ifade etmektedir.⁽⁴²⁸⁾ Ancak ZANOBINI, idari zorla icrayı yaptırımların dışında tutmakta olup, resen icrada subjektif olarak icraya maruz kalan açısından bir eziyet kabul edilebilirse de bu durumun kanuna riayetsizlik ve ihlal olarak değerlendirilemeyeceğini ileri sürmüştür.⁽⁴²⁹⁾ ULUSOY ise idari yaptırımları; idari cezalar, kolluk tedbirleri ve idari cebri icra olarak sınıflandırmakta akabinde idari cezaları da; disiplin cezaları, kabahat karşılığı verilen idari cezalar, regülatif idari cezalar ve atipik idari cezalar olarak ayırmaktadır.⁽⁴³⁰⁾

Öğretide bir takım görüşler idari tedbirlerin, Kabahatlar Kanunu'nda belirtildiği gibi bir idari yaptırım türü olarak ele alınması gerektiğini belirtirken, aksine idari yaptırımlar dışında ayrı bir başlık altında incelenmesi gerektiğini savunan görüşler de vardır. Öğretide Ulusoy idari yaptırımları, idari cezalar ve idari tedbirler olarak ikiye ayırırken idari tedbirleri, esas olarak cezalandırmak, tedip etmek amacı yerine, kamu hizmetlerinin ve diğer idari faaliyetlerin aksamasını önlemek ve düzgün işlemlerini sağlamak, ayrıca kamu düzeninin bozulmasını engellemek amaçlı olarak öngörülen idari yaptırımları ifade ettiği görüşündedir.⁽⁴³¹⁾ Oğurlu, idari tedbirlerle idari yaptırımlar arasında amaç yönden fark bulunduğunu, ancak usulleri, uygulayan makamları ve sonuçları açısından yaptırımın varmak istediği düzeni koruma ve yasaklanan eylem ya da davranışı işleyen kişilere ceza yaptırımını kadar olmasa da acı çektirmeyi amaçladığını ifade etmektedir.⁽⁴³²⁾ Karabulut, tedbir sözcüğünün yerine idari ceza denilmesinin doğru olacağını, idari yaptırımların cezalandırıcı niteliği dikkate alındığında, tedbir sözcüğünün idari yaptırımlar kapsamı içinde değerlendirmenin güç olduğunu ileri sürmektedir.⁽⁴³³⁾

⁴²⁸ GÜNDAY, s. 213-220

⁴²⁹ ZANOBINI, s. 2

⁴³⁰ ULUSOY, Ali, "Erkler Ayrılığı ve Yürütme-Yargı ilişkileri Bağlamında Kabahatler Kanununun Değerlendirilmesi", Danıştay ve İdari Yargı Günü 140. Yıl Sempozyumu (12 Mayıs 2008), Danıştay Başkanlığı Yayınları, 2009, s. 23

⁴³¹ ULUSOY, İdari Yaptırımlar, İstanbul: On İki Levha, 2013, s.175.

⁴³² Yücel OĞURLU, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Koruma, Ankara, 2001, s.86, dp.386.

⁴³³ KARABULUT, İdari Yaptırımların Hukuki Rejimi, Ankara: Turhan, 2008, s.22, dp. 57. Müellif, idari yaptırımlarda cezalandırma amacı bulunmakta iken, idari tedbirlerde amacın cezalandırma olmadığını, ancak idari tedbirlerin bir kısmının uygulandığı kişi bakımından ciddi sonuçlar doğurabileceğini ifade etmektedir.

İdari yaptırımların özel bir türü olan ve bugüne kadar Danıştay'ın bireysel hukuksal güvenceler anlamında yaptırımlara ilişkin en köklü içtihatlarını oluşturduğu alan olan disiplin cezaları ise idari yaptırımlar içerisinde farklı bir kategori olarak ele alınmış ve çoğu yazar sınıflandırmayı yaparken disiplin cezalarını bu sınıflandırmanın dışında tutmuştur.

II. İDARİ CEZA

1) İdari Para Cezaları

İdari ceza kavramının en önemli ve azımsanamayacak bir bölümünü idari para cezaları oluşturmaktadır. '5326 sayılı Kabahatler Kanunu da idârî para cezalarının uygulama alanını oldukça yaygınlaştırmıştır. Özellikle ekonomik gelişmeler ve paranın gittikçe insan hayatı içinde daha önemli bir yer kaplar hale gelmesi para cezalarının uygulama alanını da artırmıştır. Bugün idârî para cezalarıyla günlük hayatımızın içinde her an karşılaşma ihtimalimiz vardır. Pek çok kişi "sigara içilmesi yasaktır" uyarısının altında, ya da alkollü bir şekilde araba kullanması esnasında, ya da arabasını yanlış park etmesi nedeniyle idârî para cezası yaptırımıyla karşı karşıya gelebilir. İdârî para cezalarının yaygınlaşmasının önemli nedenlerinden biri de kişileri cezaevinin kötü koşullarından korumak, kabahat türü hafif bir suç işleyen insanların cezaevindeki olumsuz şartlardan korunmasını sağlamaktır. Ayrıca toplumda suçlara göre daha basit nitelikte görülen ihlaller mahkemelerin önüne gelmemiş olacak, ülkemizde zaten ağır bir iş yükü altında ezilen mahkemeler, basit fiiller ile uğraşmayacaktır.'⁽⁴³⁴⁾

DONAY para cezasını, suç teşkil etsin veya etmesin, bir hukuk normunu ihlal eden kişinin devlete veya kanunda belirtilen başka bir yere, bir zararın tazmini amacı taşımaksızın ödemek zorunda olduğu belirli bir miktar para olarak tanımlamaktadır.⁽⁴³⁵⁾ İdari para cezaları ise idari düzene aykırılık teşkil eden eyleme karşı, yasanın açıkça izin verdiği hallerde, idarenin yargı organına başvurmaksızın doğrudan bizzat belli bir miktar paranın ödenmesini zorlar nitelikteki mali yaptırımdır.⁽⁴³⁶⁾ İdari para cezalarını diğer para cezalarından ayıran en temel özellik, idari para cezalarının idari makamlar tarafından verilmesidir. Anayasa Mahkemesi bir kararında: "*İdarenin hizmetlerini gereği gibi ve ivedilikle görebilmesi için, yaptırım uygulama yetkilerine gereksinimi vardır. İdare bu yetkilerle, kamu düzeni ve güvenliğini, kamu sağlığını, ulusal*

Müellife göre, tedbir niteliğindeki işlemlerde asıl amaç cezalandırma değildir, ancak işyerinin kapatılması, sürücü belgesinin geri alınması gibi işlemlere mevzuatta cezalandırma amacıyla öngörülüyor ve bu kapsamda değerlendirilerek işlem tesis ediliyorsa, bu durumda bu işlemlerin tedbir değil, yaptırım olacakları açıktır, Karabulut, a.g.e., s.15, 26.

⁴³⁴ Ülviye Müjde ÇOBAN, Kabahatler Kanunundaki İdari Para Cezaları, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2009

⁴³⁵ DONAY, Suheyl, Para Cezaları, İstanbul, 1972., s. 15

⁴³⁶ MAHMUTOĞLU, s. 153

servetleri zamanında ve gereği gibi koruyabilir. Bu nedenle, idareye, geniş ve çeşitli yaptırımlar uygulama yetkisi tanınmıştır. İdarî cezalar, idarî yaptırımların en önemlilerinden biridir. İdarî cezalar arasında yer alan para cezaları da bu amaçla etkin ve yaygın bir biçimde uygulanmaktadır. İdarî para cezalarını diğer cezalardan ayıran en belirgin nitelik, onların idarî makamlar tarafından kamu gücü kullanılarak verilmesidir.” diyerek bu önemli farka vurgu yapmıştır.⁽⁴³⁷⁾ Yine Anayasa Mahkemesi’nin 23.10.2007 tarih ve 1997/19 E. ve 1997/66 K. sayılı başka bir kararında idari para cezası: “*İdarî para cezaları, idarî makamların kararlarıyla oluşmaktadır. İtiraz halinde yargının vereceği karar, onun bu niteliğini değiştirmemektedir. Sonuçları belli ölçüde genel para cezalarına benzese de tümüyle idarî işleme dayanan bir yaptırımdır. Yargı organlarının müdahalesi olmadan doğrudan idarece kararlaştırılmakta ve uygulanmaktadır. İdarî para cezaları ile kamu düzenine aykırı davranışların önlenmesi, toplumda disiplinin sağlanması amaçlanmaktadır.”* şeklinde ortaya konmuştur.⁽⁴³⁸⁾

İdari para cezalarının özelliklerini ise şu şekilde sıralayabiliriz:

- İdarî para cezalarının kanunî bir dayanağı olması gerekir. Kanunun açıkça yetki verdiği durumlarda idâre, idârî para cezalarına başvurabilir.⁽⁴³⁹⁾
- İdarî para cezaları, çoğunlukla herhangi bir yargılama makamının işlemine gerek duyulmaksızın ceza verilmesini temin eder.⁽⁴⁴⁰⁾
- İdarî para cezalarının önemli bir özelliği de adlî sicile kaydedilmemeleridir.⁽⁴⁴¹⁾
- Genel olarak idârî para cezaları, işlenen suçun ağırlığını veya muhatabın ekonomik durumunu dikkate almaksızın sabit bir miktar olarak belirlenmekle birlikte verilen zararın ağırlığına, ilgilinin kusuruna ve ekonomik durumuna bakılarak ceza miktarının belirlendiği durumlar da vardır.⁽⁴⁴²⁾

⁴³⁷ AMK, T. 08.10.2002, E. 2001/225, K. 2002/88, R.G., T. 26.02.2003, S. 25032

⁴³⁸ AMK, T. 23.10.1997, E. 1997/19, K. 1997/66; AMKD, S. 35, C. 1, s.106

⁴³⁹ ÇAĞLAYAN, İdari Yaptırımlar, s.24.

⁴⁴⁰ ERDOĞAN, Y, s.17; NAZAROĞLU, s.103.

⁴⁴¹ ERDOĞAN, Y, s.17; MAHMUTOĞLU, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.154; NAZAROĞLU, s.104; İÇEL, s.119.

⁴⁴² ERDOĞAN, Y, s.17.

- İdârî para cezaları, kişilerin malvarlığına yönelmiştir. Sonuçta, bir miktar paranın alınmasını içerirler. Bu cezaların ödenmemesi halinde kural olarak hapis veya başka bir cezaya dönüştürülmezler.⁽⁴⁴³⁾
- İdârî para cezalarında, tahrik ve takdire bağlı indirim hükümleri uygulanamaz.⁽⁴⁴⁴⁾
- İdârî para cezalarının idâre tarafından ertelenmesine karar verilemez.⁽⁴⁴⁵⁾
- İdârî para cezalarında tekerrür hükümleri uygulanmaz.⁽⁴⁴⁶⁾
- Ceza Kanunu'ndaki zamanaşımı sürelerine tabi değildirler.⁽⁴⁴⁷⁾
- İdârî para cezaları kural olarak genel af ve özel aftan etkilenmezler.⁴⁴⁸
- İdârî para cezaları, idârî makamlarca infaz edilirler.⁽⁴⁴⁹⁾
- İdârî para cezaları, kamu gücüne dayanılarak uygulandıklarından kamu alacağı kavramı içerisinde yer almaktadırlar.⁽⁴⁵⁰⁾

Kabahatlar Kanunu'nun 17. Maddesinde de idari para cezaları düzenlenmiştir:

Madde 17- (1) İdarî para cezası, maktu veya nispi olabilir.

(2) İdarî para cezası, kanunda alt ve üst sınırı gösterilmek suretiyle de belirlenebilir. Bu durumda, idarî para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte göz önünde bulundurulur.

(3) (Değişik: 6/12/2006-5560/32 md.) 10/12/2003 tarihli ve 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanununa ekli (I), (II) ve (III) sayılı cetvellerde yer alan kamu idareleri tarafından verilen idarî para cezalarının ilgili kanunlarında 1/6/2005 tarihinden sonra belirlenen oranın dışındaki kısmı ile Cumhuriyet başsavcılıkları ve mahkemeler tarafından verilen idarî para cezaları Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Sosyal güvenlik kurumları ile mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları kendi bütçelerine gelir kaydedilir. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen idarî para cezaları ise, ilgili kanunlarındaki hükümler saklı kalmak kaydıyla, Genel Bütçeye gelir kaydedilir. Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının verdiği para cezaları, kendi

⁴⁴³ ERDOĞAN, Y, s.17; MAHMUTOĞLU, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.155; NAZAROĞLU, s.104; İÇEL, s.119.

⁴⁴⁴ ERDOĞAN, O, s.484.

⁴⁴⁵ ERDOĞAN, O, s.484; MAHMUTOĞLU, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.154; NAZAROĞLU, s.104; İÇEL, s.119.

⁴⁴⁶ MAHMUTOĞLU, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.154; NAZAROĞLU, s.104; İÇEL, s.119.

⁴⁴⁷ MAHMUTOĞLU, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.155.

⁴⁴⁸ MAHMUTOĞLU, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.155; GÖLCÜKLÜ, "İdarî Ceza Müeyyideleri", s.215; NAZAROĞLU, s.104; OĞURLU, Yargısal Korunma, s.51.

⁴⁴⁹ MAHMUTOĞLU, Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi, s.155; OĞURLU, Yargısal Korunma, s.51.

⁴⁵⁰ ONAR, Sıddık Sami, İdare Hukukunun Umumi Esasları, C.1, İstanbul 1960, s.1036.

kanunlarındaki hükümlere tâbidir. Kişinin ekonomik durumunun müsait olmaması halinde, idarî para cezasının, ilk taksitinin peşin ödenmesi koşuluyla, bir yıl içinde ve dört eşit taksit halinde ödenmesine karar verilebilir. Taksitlerin zamanında ve tam olarak ödenmemesi halinde, idarî para cezasının kalan kısmının tamamı tahsil edilir.

(4) (Değişik: 6/12/2006-5560/32 md.) Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gereken idarî para cezalarına ilişkin kesinleşen kararlar, 21/7/1953 tarihli ve 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre tahsil edilmek üzere Maliye Bakanlığınca belirlenecek tahsil dairelerine gönderilir. Sosyal güvenlik kurumları ve mahalli idareler tarafından verilen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında aksine hüküm bulunmadığı takdirde, Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kendileri tarafından tahsil olunur. Diğer kamu kurum ve kuruluşları tarafından verilen ve Genel Bütçeye gelir kaydedilmesi gerekmeyen idarî para cezaları, ilgili kanunlarında özel hüküm bulunmadığı takdirde genel hükümlere göre tahsil olunur.

(5) İdarî para cezası tamamen tahsil edildikten itibaren en geç bir ay içinde durum, ilgili kamu kurum ve kuruluşuna bildirilir.

(6) Kabahat dolayısıyla idarî para cezası veren kamu görevlisi, ilgilinin rıza göstermesi halinde bunun tahsilatını derhal kendisi gerçekleştirir. İdarî para cezasını kanun yoluna başvurmadan önce ödeyen kişiden bunun dörtte üçü tahsil edilir. Peşin ödeme, kişinin bu karara karşı kanun yoluna başvurma hakkını etkilemez.

(7) İdarî para cezaları her takvim yılı başından geçerli olmak üzere o yıl için 4.1.1961 tarihli ve 213 sayılı Vergi Usul Kanununun mükerrer 298 inci maddesi hükümleri uyarınca tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılarak uygulanır. Bu suretle idarî para cezasının hesabında bir Türk Lirasının küsuru dikkate alınmaz. Bu fıkra hükmü, nispi nitelikteki idarî para cezaları açısından uygulanmaz.

Kabahatler Kanunu'nun 32. maddesinde emre aykırı davranış, 33. maddesinde dilencilik, 34. maddesinde kumar, 35. maddesinde sarhoşluk, 36. maddesinde gürültü, 37. maddesinde rahatsız etme, 38. maddesinde işgal, 39. maddesinde tütün mamullerinin tüketilmesi, 40. maddesinde kimliği bildirmeme, 41. maddesinde çevreyi kirletme, 42. maddesinde afiş asma, 43. maddesinde silah taşıma kabahatleri düzenlenmiş ve bu kabahatler için idarî para cezası yaptırımını öngörülmüştür.⁽⁴⁵¹⁾

Kabahatler Kanunu dışında, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda, 6831 sayılı Orman Kanunu'nda, 3257 sayılı Sinema Video ve Müzik Eserleri Kanunu'nda, 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda, 2918 sayılı Karayolları Trafik Kanunu'nda, 4207 sayılı Tütün Mamullerinin İçilmesi Yasaklanan Yerler Kanunu'nda, 1111 sayılı Askerlik Kanununda, 3194 sayılı İmar Kanunu'nda, 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu'nda, 6362 sayılı

⁴⁵¹ Ülviye Müjde ÇOBAN, Kabahatler Kanunundaki İdarî Para Cezaları, Yüksek Lisans Tezi, Selçuk Üniversitesi, 2009

Sermaye Piyasası Kanunu'nda ve daha pek çok kanunda da idari para cezası yaptırımlarına yer verilmiştir.

2) Diğer İdari Cezalar

İdari cezaların diğer önemli bir bölümünü disiplin cezaları oluşturmaktadır. Ve bu disiplin cezalarının en başında da kamu personeline ilişkin disiplin cezaları gelmektedir. Disiplin Cezası, 657 sayılı DMK'nın 124. maddesinin son fıkrasında⁽⁴⁵²⁾: “Kamu hizmetlerinin gereği gibi yürütülmesini sağlamak amacı ile kanunların, tüzüklerin ve yönetmeliklerin Devlet memuru olarak emrettiği ödevleri yurt içinde veya dışında yerine getirmeyenlere, uyulmasını zorunlu kıldığı hususları yapmayanlara, yasakladığı işleri yapanlara durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre” kanunda öngörülen cezalar olarak tanımlanmıştır. Kanunda öngörülen disiplin yaptırımı türleri “disiplin cezalarının çeşitleri ile ceza uygulanacak fiil ve haller” başlıklı DMK'nın 125. maddesinde: uyarma, kınama, aylıktan kesme, kademe ilerlemesinin durdurulması ve devlet memurluğundan çıkarma olarak düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi disiplin cezalarını diğer idari işlemlerden ve yaptırımlardan farklı değerlendirmiştir. Anayasa Mahkemesi, bu hususta vermiş olduğu eski tarihli bir kararında; disiplin cezalarına ait kararların idari işlem ve eylemlerden ayrı tasarruflar olduğunu vurgulayıp bu özelliği nedeniyle disiplin kararlarına karşı yargı yoluna başvurunun, idari işlemlere yönelik yargı yolu başvurularına göre anayasal teminatlar açısından farklı olduğunu, disiplin cezalarına ilişkin yargı yolu başvurusunda Anayasanın memur teminatına ilişkin hükümlerinin de dikkate alınması gerektiğine vurgu yapmıştır.⁽⁴⁵³⁾ Uyarma, kınama, aylıktan kesme cezalarına karşı Disiplin Kuruluna, kademe ilerlemesinin durdurulmasına karşı Yüksek Disiplin Kuruluna 7 gün içinde idari açıdan itiraz edilebilir. Süresinde itiraz edilmeyen disiplin cezaları idari açıdan kesinleşir. Devlet memurluğundan çıkarma cezasına karşı idari itiraz yolu bulunmadığından kararın tebliğinden itibaren 60 gün içinde idare mahkemesi nezdinde iptal davası açılması gerekir.

Disiplin cezalarının bir başka türü ise Anayasa'nın 135. maddesinde düzenlenmiş olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları personeliyle ilgili olarak öngörülmüş olan disiplin cezalarıdır.⁽⁴⁵⁴⁾ Öngörülen müeyyidelerin en hafifi uyarma iken en ağırı da üyesi olunan

⁴⁵² RG: T. 23.07.1965, S. 12056

⁴⁵³ AMK, T. 12.07.1963, E. 1963/114, K. 1963/190; RG: T. 07.10.1963, S. 11524

⁴⁵⁴ GÜNDAY, s.215

meslek kuruluşundan ihraçtır ki ihraç edilmiş birisinin o mesleği hukuka uygun olarak yürütmesi artık imkansız hale gelmektedir.⁽⁴⁵⁵⁾

Ruhsat (izin) sistemi de idari cezaların başka bir görünümüdür. ‘İzne esas olan şartlara aykırılıkların tespiti halinde de idarece verilen izin geri alınmakta ya da iptal edilmektedir. İdare, işletmelere ruhsat vererek veya işletmelerin ve kişilerin faaliyetlerini bizzat denetleyerek fiilen genel bir insiyatif kullanmaktadır.⁽⁴⁵⁶⁾ Bir faaliyetin geçici olarak da olsa tatil edilmesi veya kapatılması ilgisini belirli bir menfaatten mahrum bıraktığı için bu tür yaptırımlar idari yaptırımların bir kısmını oluşturmaktadır.⁽⁴⁵⁷⁾ Yine bu anlamda işyerinin kapatılması, belli bir yayının durdurulması, bir eserin toplanması, ruhsat ya da ehliyetin geri alınması, lisans iptali, yıkım kararı, araçların trafikten men edilmesi, vergi hukukuna müteallik idari yaptırımlar da diğer idari cezalar olarak sayılabilir. Yine ülkemizde bağımsız birer idari otorite olarak kurulmuş düzenleme ve denetlemeyle yükümlü olan üst kurulların faaliyet alanları ile ilgili olarak uygulamış oldukları idari yaptırımlar çoğu kez en az adli yaptırımlar kadar etkili ve ödettirici bir yöne sahip olmaktadır.⁽⁴⁵⁸⁾ Bu anlamda SPK, EPDK, KİK gibi kurumların uyguladıkları yaptırımları da bu başlık altında değerlendirebiliriz.

III. İDARİ TEDBİR

Kabahatler Kanunu’nun 16. maddesinde idari tedbirler; mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve ilgili kanunlarda yer alan diğer tedbirler olarak düzenlenmiştir. Yaptırım, herkesin işlemiş olduğu fiilin sonuçlarını katlanmasını, bunu ödemesini, hukuka aykırı fiili nedeniyle maruz kalacağı yaptırımın vereceği acı ve ıstırapı çekmesini öngörürken⁽⁴⁵⁹⁾; idari tedbirler, cezalandırma iradesi ile yerine getirilmezler ve bu yönüyle de idari yaptırımlardan ayrı tutulurlar. Bu anlamda ceza hukukunda yer alan güvenlik tedbirleri de idari tedbirler içerisinde değerlendirilmektedir.⁽⁴⁶⁰⁾ Bu nedenle öğretilerdeki birçok görüş ilgiliyi idari kararı uygulamaya

⁴⁵⁵ YEŞİL, Ceza Hukuku Genel İlkelerinin İdari Cezalara Uygulanabilirliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010, s.37

⁴⁵⁶ ULUSOY, “Çevre Kirlenmesinin Oluşmasından Sonraki Aşamada Medeni Hukuk, Ceza Hukuku ve İdare Hukuku Çözümlerine Genel Bir Bakış”, s. 133

⁴⁵⁷ GÖLCÜKLÜ, “ İdari Ceza Hukuku ve Anlamı”, s. 175

⁴⁵⁸ 5015 sayılı Petrol Piyasası Kanunu’nun 19’a göre 600.000 TL’ye kadar idari para cezası; 20. maddesine göre’de lisans iptali mümkündür. R.G., T. 20.12.2003 ve S. 25322 Ayrıca, 20 Mart 2005 ile 30 Ekim 2005 tarihleri arasında petrol dağıtım şirketlerine lisanssız bayilerine akaryakıt ikmali yaptıkları tespit edilerek tüm dağıtım şirketlerine toplam tutarı 1,5 milyar TL’yi bulan idari para cezası verilmiştir. Bkz. ULUSOY, Ali, “Petrol Dağıtım Şirketlerine EPDK Tarafından Verilen İdari Para Cezalarının Danıştay’ca Denetimi”, Ankara Barosu Dergisi, Y. 65, S. 2, 2007 Bahar, s. 230

⁴⁵⁹ ÖZBEK, Veli Özer, Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, Ankara, Seçkin Yayınları, 2000, s. 169

⁴⁶⁰ AYDIN, Nurullah, Türk Suç ve Ceza Hukuku, Ankara, Turhan Kitabevi, 2008, s.104

zorlayan “zorlayıcı tedbirleri” idari yaptırımlar içerisinde değerlendirilmemektedir. İdari tedbirler üzerinde yapılan değerlendirmeler de daha çok idari yaptırımlarla olan farkları ve benzerlikleri üzerinde kurgulanmaktadır. Sinoplu’ya göre, yaptırım ve tedbiri birbirinden ayırırken iki farklı noktadan hareket edilebilir; bunlardan birincisi sınırlandırıcı işlemin uygulandığı suje bakımından değerlendirme yapılması, ikincisi ise sınırlandırmayı öngören hukuki düzenlemenin amacının değerlendirilmesidir.⁽⁴⁶¹⁾

‘Yargı kararlarında da konuyla ilgili farklı yorumlar getirilebilmektedir. Anayasa Mahkemesi, kamu davası açılmasıyla birlikte alınan kamu ihalelerinden yasaklama kararını, idari bir yaptırım niteliği taşımadığını belirterek, idari bir tedbir (önlem) olarak ele almıştır.⁽⁴⁶²⁾ Mahkeme’ye göre, “*Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında ceza kovuşturması yapılarak kamu davası açılmasına karar verilenlerin yargılama süresince kamu ihalelerine katılmalarının önlenmesi, bu kişilerin bir hukuk kuralını ihlal ettikleri gerekçesiyle cezalandırılması amacını gütmemekte ve bir yaptırım niteliği de taşımamaktadır. (...) Kamu ihalelerinde Türk Ceza Kanununa göre suç teşkil eden fiil veya davranışlarda bulunduğu iddiasıyla haklarında kamu davası açılanların yargılama süresince kamu ihalelerine katılmaktan yasaklı olmaları, yasa koyucu tarafından getirilen idari bir önlem niteliği taşımaktadır.*” Mahkemenin yorumundan, cezalandırma amacını gütmeye taşıyan idari kararın bir idari yaptırım olacağı, böyle bir amacın güdülmediği durumda ise bu kararın bir idari tedbir sayılması gerektiği anlaşılmaktadır. Ancak kararın karşı oy gerekçelerinde, “*kamu ihalelerine katılmaktan yasaklanmanın hukuki niteliğinin, hak yoksunluğuna neden olan bir yaptırım olduğu ortadadır ve Mahkemenin bu yasaklamayı idari bir tedbir olarak kabul etmesi yerinde değildir.*” şeklinde yaklaşmıştır. Benzer başka bir durumda Danıştay, Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu tarafından, başlangıçta alınması gereken yapı kullanma izninin geçersiz olması nedeniyle akaryakıt istasyonunun bayilik lisansının iptal edilmesinde, savunma alınmasına ve soruşturma yapılmasına gerek görmemiştir.⁽⁴⁶³⁾ Buradaki olayda savunma alınmaması ve soruşturma yapılmamasının hukuka uygun bulunması, lisans iptalinin bir idari tedbir olarak Danıştay tarafından kabul edildiğini göstermektedir. Ancak burada, lisans iptali ile ekonomik faaliyetin yapılmasına ciddi bir müdahale bulunduğundan bir idari yaptırım söz konusu olabileceği de tartışılmaktadır. Böylelikle idari kolluğa ait bir idari kararın, idari tedbir veya idari yaptırım

⁴⁶¹ Emine Burcu SİNOPLU, Sermaye Piyasası Kurulu’nun Uyguladığı İdari Yaptırımlar ve Yargısal Denetimi, Gazi Üniversitesi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2009, s.22.

⁴⁶² AYM, 14.01.2010, Es. 2007/68, Kar. 2010/2, RG, 28.04.2010/27565

⁴⁶³ DİDDK, 21.03.2013, YD Es. 2012/734; DİDDK, 05.05.2011, YD Es. 2010/1232,

olarak değerlendirilmesi, somut uyuşmazlığın konusuna göre şekillenmektedir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM) de içtihadında⁽⁴⁶⁴⁾ muhatabı üzerindeki etkisi ve hafiflik-ağırlık derecesi ile “otonom kavramlar” prensibi çerçevesinde bir yorum getirmekte, ülkelerin iç hukuktaki adlandırılmaları ile bağlı kalmadan bir idari tedbiri de cezai nitelikte bir yaptırım olarak değerlendirebilmektedir.”⁽⁴⁶⁵⁾

‘Çeşitli kanunlarda öngörülmüş olan idari yaptırım gerektiren fiiller bağlamında belli bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat ve ehliyetin geri alınması bir tehlike durumuna karşı genel sağlık, genel güvenlik veya genel ahlak açısından zararlı kabul edilerek uygulandıklarında idari tedbir niteliğindedir. Eğer bunlar bir tehlike oluşturma şartı aranmaksızın uygulanıyor iseler bu halde idari tedbir değil birer idari yaptırım niteliğindedir.’⁽⁴⁶⁶⁾ Bu husus KK’nun genel bakışının aksine çelişkiye mahal yaratarak, Kanunun 19. Maddesinin⁽⁴⁶⁷⁾ gerekçesinde şu şekilde ifade edilmektedir: “Çeşitli kanunlarda idarî yaptırımı gerektiren fiiller bağlamında, meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, işyerinin kapatılması, ruhsat ve ehliyetin geri alınması gibi yaptırımlara belli bir süre için karar verilebileceğine dair hükümler bulunmaktadır. Dikkat edilmelidir ki, bu yaptırımlara, meslek ve sanatın yerine getirilmesinin, işyerinin çalışmasının veya ruhsat ve ehliyete dayanarak faaliyette bulunulmasının bir tehlike oluşturmaması aranmamaktadır. Bu bakımdan belirtilen yaptırımlar, ilgili kanunlarda bir idarî tedbir olarak değil, bir idarî ceza olarak öngörülmüşlerdir. Meslek ve sanatın yerine getirilmesinin, işyerinin çalışmasının veya ruhsat ve ehliyete dayanarak faaliyette bulunulmasının genel güvenlik, genel sağlık veya genel ahlak açısından zararlı ve hatta tehlikeli olması dolayısıyla uygulanması halinde, belirtilen yaptırımların bir idarî tedbir niteliğinde oldukları kuşkusuzdur. Belirli bir süre için uygulanmaları ve bu nedenle idarî ceza niteliğini taşımaları dolayısıyla; söz konusu yaptırımlar, bu Tasarıda benimsenen idarî yaptırım sistemiyle bağdaşmamaktadırlar. (...)” Bu gerekçeye göre bir ruhsatın geri alınması, ilgili kanunda belirli bir süre için uygulandığından,

⁴⁶⁴ Bkz. İHAM, Engel ve Diğerleri-Hollanda, 08.07.1976, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71;5354/72; 5370/72, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{"itemid":\["001-57479"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57479#{) (02.04.2015); İHAM, Öztürk-Almanya, 21.02.1984, Başvuru No: 8544/79, [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553#{"itemid":\["001-57553"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553#{) (02.04.2015).

⁴⁶⁵ Aktaran, Mutlu KAĞITCIOĞLU, İdarenin Ekonomik Kolluk Faaliyetinin Bir Görünümü: Sermaye Piyasası Kanununda İdari Tedbirler, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi , C.22, S.3, Y.2016

⁴⁶⁶ YEŞİL, Ceza Hukuku Genel İlkelerinin İdari Cezalara Uygulanabilirliği, Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi, 2010, s.48

⁴⁶⁷ Madde 19- (1) Diğer kanunlarda kabahat karşılığında öngörülen belirli bir süre için; a) Bir meslek ve sanatın yerine getirilmemesi, b) İşyerinin kapatılması, c) Ruhsat veya ehliyetin geri alınması, d) Kara, deniz veya hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, gibi yaptırımlara ilişkin hükümler, ilgili kanunlarda bu Kanun hükümlerine uygun değişiklik yapılmıyaya kadar saklıdır.”

cezalandırma niteliğini taşıyan bir idari yaptırımdır ancak aynı zamanda da bir idari tedbir niteliğinde olup, cezalandırma niteliği nedeniyle Kanunun sistemiyle uyuşmamaktadır.

‘Ortaya çıkan bu tabloda ulaşmamız gereken 2 temel sonuç vardır: İlki; bazı tedbirler açısından cezalandırma ve tehlikeyi önleme amacının iç içe geçmesidir. İkincisi ise kanunda idari yaptırım olduğu açıkça belirtilmeyen bazı kolluk işlemlerinin, düzenlemelerde yer alan ifadeler nedeniyle hem cezalandırmak, hem de sadece tehlikeyi önlemek amacıyla kullanılmasının mümkün olmasıdır. Bu bağlamda yapılması gerekliliğine işaret ettiğimiz ayırım açısından ikinci bir kriterin kullanılmasının yararlı olacağı fikrini savunmaktayız. Şöyle ki; cezalandırılması gereken fiil sadece kusurlu olandır. Kusur yoksa ceza hukukunda faile ceza verilemez. Bu kural idari yaptırımlar açısından da geçerlidir.⁽⁴⁶⁸⁾ Çünkü idari yaptırımlar cezalandırmak suretiyle önleme ve caydırmayı amaçlamaktadır. İfade edilen sebeple bir kolluk tedbirinin uygulanması, ilgili kişinin kusurlu olması şartına bağlı değilse söz konusu tedbirin idari yaptırım olmadığı sonucuna ulaşmak gerekir.’⁽⁴⁶⁹⁾

Sonuç olarak, idari tedbirler ve idari yaptırımlar arasındaki farkların ortaya konularak bir ayırım yapılması son derece önemlidir. Çünkü bu durum kararın yöneldiği kişinin yararlanacağı hukuksal güvenceleri etkilemektedir. Ulusoy’a göre, idari tedbirlerde, idari cezalardan (yaptırımlardan) farklı olarak, idare hukukundaki idari işlemlere uygulanan hukuki rejim uygulanmakta, bunların hukuka uygunluk değerlendirmesinde salt idare hukuku ölçütleri dikkate alınmakta ve bunlar için idare hukuku ilke ve kurallarının yanı sıra ceza hukuku ilke ve kurallarının uygulanmasına prensip olarak gerek bulunmamaktadır.⁽⁴⁷⁰⁾ Yani idari yaptırım söz konusu olduğunda yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, kanunilik ilkesi, kişisellik ilkesi, ne (non) bis in idem ilkesi, ölçülülük ilkesi, gerekçe ilkesi gibi ilkelerin yer aldığı bir hukuki koruma rejimi var olmaktadır. İdari tedbirlerde ise bu ağırlıkta bir rejim uygulanmamaktadır.

İdare tarafından verilen idari tedbir niteliğindeki kararlara çeşitli örnekler verecek olursak; yıkılma tehlikesi içinde olan bir yapının yıkımı, deprem sonrası hasar görmüş binaların kullanımının can güvenliği açısından tehlikeli olması durumunda yıkımı gibi hallerde artık bir kolluk tedbirinden bahsetmek gerekmektedir. Çünkü bunlarda bir cezalandırmadan çok önleyici nitelikte bir tedbir alma özelliği ön planda bulunmaktadır. Yine güvenlik sebebiyle

⁴⁶⁸ İdari yaptırımlar açısından da kusurun şart olduğuna ancak kural olarak kusur türünün önemli olmadığına ilişkin bkz. Mahmutoğlu, s. 41; SPK kapsamındaki idari yaptırımların hepsi açısından kusur şart olmadığına ilişkin görüş için bkz. Yasin, Melikşah, Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Ankara 2002, s. 216-217.

⁴⁶⁹ Aktaran, Ahu KARAKURT, Sermaye Piyasası Kanunu Bağlamında İdari Yaptırımlar, TBB Dergisi, S.85, Y.2009, s.143

⁴⁷⁰ Ulusoy, s.175.

kişinin üzerinin ve eşyalarının aranması, kamu güvenliğini ya da sağlığını ilgilendiren bir durumda seyahat özgürlüğünün sınırlandırılması gibi durumlarda bir idari yaptırımdan söz edilemez çünkü ne bir kusur ne de bu kusura karşı yöneltilmiş bir ceza söz konusudur. KK'da açıkça zikredilen mülkiyetin kamuya geçirilmesi (Zoralım), kanunda yazılı hallerde belirli malların mülkiyet hakkının sahiplerinden alınarak devlete nakledilmesidir.⁽⁴⁷¹⁾ Mülkiyetin kamuya geçirilmesi, toplum düzeninin, kamu güvenliğinin ve sağlığının korunması hususunda kural olarak idari yaptırım gerektiren bir eylem nedeniyle herhangi bir yargı kararına dayanmaksızın idare tarafından doğrudan doğruya uygulanan ve bireye ihlal ettiği toplumsal düzen kuralına karşı engelleyici ve ek bir hatırlatma yapan tali nitelikli mali bir yaptırımdır.⁽⁴⁷²⁾ Zoralımın tek başına bir yaptırım olup olmadığı tartışılmış ve tartışmaların neticesinde zoralımın gerçek anlamda bir yaptırım uygulanıncaya kadar geçerli bir önlem niteliğinde olduğu hakim görüş olarak ortaya çıkmıştır.⁽⁴⁷³⁾

⁴⁷¹ AKINCI, Yılmaz - ATAKAN, Tahsin, Mevzuatta Kabahat Hükümleri ve Usul Hükümleri, İstanbul, 1966, s.25

⁴⁷² MAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 152-153 ; OĞURLU, İdari Yaptırımlar Karşısında Yargısal Korunma, s.94-95 ; ÇAĞLAYAN, s.58-59

⁴⁷³ ÖZAY, İdari Yaptırımlar, s.46-47; Ceza hukuk alanında zoralımın niteliği halen tartışmalı olup kimilerine göre ceza, kimilerine göre bir önlem, kimilerine göre ise kendine özgü hukuka aykırılık hallerine uygulanan bir sonuçtur. Bkz. MAHMUTOĞLU, a.g.e., s. 152

SONUÇ

İdari yaptırım hukuk kurallarına aykırı davranışa engel olan manevi bir baskı aracı olduğu gibi aynı zamanda hukuka aykırı davranışta bulunan kişiye karşı bir cezalandırma vasıtasıdır. İdari tedbirlerle ise amaçlanan böyle bir cezalandırma vasıtası olmalarından ziyade ilgiliyi söz konusu idari kararı uygulamaya zorlamaktır. İdari tedbir ve idari yaptırım arasındaki farkları ortaya koyma idari kararlara ilişkin uyuşmazlıklarda uygulanacak olan ilkelerin belirlenmesi açısından son derece önemlidir. Bu önem neticesinde kanunda ve öğretide konuya farklı yaklaşımlar ortaya çıkmıştır. İdari yaptırım söz konusu olduğunda, idare hukuku ilkeleri dışında kimi ceza hukuku ilkelerinin de uygulanması gündeme gelmektedir. İdari yaptırımın alınmasında uyulan idare hukuku ilkeleri ilgilisi için hukuksal korumayı sağlamada eksik kaldığı anda somut olayın özelliğine göre ceza hukuku ilkelerinden de yararlanılabilmektedir. İdari tedbirlerde ise böyle bir hukuki rejim uygulanmamaktadır.