

PART 14

ADAPTATION OF THE CONTRACT TO CHANGING CIRCUMSTANCES UNDER ARTICLE 138 OF THE TURKISH CODE OF OBLIGATIONS

TÜRK BORÇLAR KANUNU
MADDE 138 ÇERÇEVESİNDE
SÖZLEŞMENİN DEĞİŞEN
ŞARTLARA UYARLANMASI

--

MAHMUT MÜKREMİN KARAGÜLLE

ABSTRACT

Article 138 of the Turkish Code of Obligations Law number 6098¹ ("TCO") regulates adaptation of the contract in accordance with changing circumstances. This provision, which constitutes an exception to the principle of pacta sunt servanda, was not regulated in the Abolished Code of Obligations Law number 818² ("ACO"). In this article, the conditions and circumstances that lead to the application of the provision are examined in the light of doctrine and Court of Appeal decisions.

ÖZET

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun¹ ("TBK") 138. maddesi sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanmasını düzenlemektedir. Ahde vefa ilkesinin istisnasını oluşturan söz konusu hüküm, 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu'nda² ("EBK") bulunmaktadır. Makalede, hükmün uygulanmasına yol açan durum ve şartlar, doktrin ve Yargıtay kararları ışığında incelenmiştir.



KEYWORDS

THE ADAPTATION OF THE CONTRACT, TURKISH CODE OF OBLIGATIONS, JUDGE'S INTERVENTION, PACTA SUNT SERVANDA.



ANAHTAR KELİMELER

SÖZLEŞMENİN UYARLANMASI, TÜRK BORÇLAR KANUNU, HÂKİMİN MÜDAHALESİ, PACTA SUND SERVANDA.

PART 14

In the face of changing conditions and in cases where certain conditions are met, a contract must be adapted as required by the rules of good faith.

Değişen şartlar karşısında, dürüstlük kuralı uyarınca ve belirli şartların sağlanması halinde sözleşmenin bu değişen şartlara uyarlanması gerekmektedir.

I. INTRODUCTION

In the face of changing conditions and in cases where certain conditions are met, a contract must be adapted as required by the rules of good faith. In this context, it is important to examine the effect of the provisions of laws and contracts on the concept of adaptation and the legal character of TCO 138. In addition, the conditions of the adaptation, under which conditions and when it should be claimed should also be analyzed. For this reason, in this article, the concept of adaptation is emphasized first and then the conditions of adaptation are explained in light of the relevant provisions and the decisions of the Supreme Court.

II. THE CONCEPT OF ADAPTATION

A. Pacta Sunt Servanda and Adaptation

The principle of freedom of contract is guaranteed in Article 48/I of the Constitution.³ In this regard, Article 26 of the TCO has the provision that: "The parties may freely determine the content of a contract within the limits provided for in the law." Accordingly, the parties are free to provide the balance between their

I. GİRİŞ

Değişen şartlar karşısında, dürüstlük kuralı uyarınca ve belirli şartların sağlanması halinde sözleşmenin bu değişen şartlara uyarlanması gerekmektedir. Bu bağlamda, kanun ve sözleşme hükümlerinin uyarlama kavramına etkisi ve TBK 138'in hukuki niteliğinin incelenmesi önem arz etmektedir. Ayrıca uyarılmanın şartlarının neler olduğu ve uyarılma talebinin hangi süreler içerisinde ve koşullarda yapılması gerektiği irdelenmelidir. Bu nedenle aşağıda öncelikle uyarılma kavramı üzerinde durulmuş ve ardından uyarılmanın koşulları, ilgili hükümler ile Yargıtay kararları ekseninde açıklanmıştır.

II. UYARLAMA KAVRAMI

A. Sözleşmeye Bağlılık ve Uyarılma

Sözleşme serbestisi ilkesi Anayasa'nın 48/I. maddesi ile güvence altına alınmıştır.³ Bu bağlamda TBK'nin 26. maddesi "Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler" hükmünü haizdir. Buna göre, taraflar gerçekleşmesi muhtemel olan bütün riskleri ve

FOOTNOTE

¹ Official Gazette (OG) dated 04.02.2011, numbered 27836.

² OG dated 08.05.1926, numbered 366.

³ Article 48 of The Constitution of the Republic of Turkey "Everyone has the freedom to work and conclude contracts in the field of his/her choice. Establishment of private enterprises is free."

⁴ Rona Serozan İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Vol. 3, 6. Ed., İstanbul 2014, p.134.

⁵ Court of Appeal (CA). 3. Civil Chamber (CC), numbered E. 2017/6433 K. 2017/10426, dated 19.6.2017.

⁶ Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vol 3, İstanbul 2017, p. 163.



acts by interpreting all the risks and conditions that are likely to occur. As a matter of fact, all legal relations inevitably contain risk. Maintaining the validity of a relationship established with the assumption that the parties evaluate the risks in relation to each legal relationship is a result of the principle pacta sunt servanda, which means commitment to the contract in any case.⁴ The Court of Appeal defines the principle of adherence to a contract as follows:

“The principle of adherence to the contract which is dominant in contract law has been accepted also in our law. According to this principle, the contract should be applied exactly as it was initially agreed. The conditions of the contract become subsequently difficult for the debtor and, even if the balance of acts has changed due to subsequent events, the debtor shall perform the same acts as in the contract.”⁵

According to this principle, despite all the difficulties and obstacles that arise after the date of a contract, the acts of the contract shall be exactly performed by the debtor. Acts of the parties that are contrary to the principle of adherence to the contract is a breach of performance.⁶

However, strict adherence to this principle, which arises as a requirement of the rule of

koşulları değerlendirerek edimleri arasındaki dengeyi sağlamakta özgürdür. Nitekim, bütün hukuki ilişkiler risk unsuru içerir ve bu kaçınılmazdır. Tarafların, her bir hukuki ilişki bakımından riskleri değerlendirdiği varsayılarak kurulan ilişkinin geçerliliğini koruması, pacta sunt servanda olarak ifade edilen, sözleşmeye her ne pahasına olursa olsun sonuna dek bağlılık anlamına gelen ilkenin gereğidir.⁴ Yargıtay, sözleşmeye bağlılık ilkesini aşağıdaki şekilde tanımlamaktadır:

“Sözleşme hukukuna egemen olan sözleşmeye bağlılık (ahde vefa) ilkesi, hukukumuzda da kabul edilmiştir. Bu ilkeye göre, sözleşme yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Sözleşme koşulları borçlu için sonradan ağırlaşmış, karşılaştırılan edimler dengesi sonradan çıkan olaylar sebebiyle değişmiş olsa bile borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir.”⁵

Bu ilkeye göre, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan tüm güçlük ve engellere rağmen, sözleşmede öngörülen edim, borçlu tarafından aynen ifa edilmelidir. Sözleşme ile bağlılık ilkesine aykırı taraf davranışlar ifa ihlalleri teşkil eder.⁶

Diğer yandan, hukuk güvenliği ve dürüstlük kuralının bir gereği olarak ortaya çıkan ve borcun aynen ifa edilmesini gerektiren bu ilkeye sıkı sıkıya bağlı kalmak, bazı istisnai du-

DİPNOT

1 04.02.2011 tarih, 27836 sayılı Resmi Gazete (“RG”).

2 08.05.1926 tarih, 366 sayılı RG.

3 Türkiye Cumhuriyeti Anayasası m. 48 şöyledir: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

4 Rona Serozan, İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, C. 3, 6.Baskı, İstanbul 2014, s.134.

5 Yargıtay 3. HD, T. 19.6.2017, E. 2017/6433 K. 2017/10426.

6 Gökhan Antalya, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 3, İstanbul 2017, s. 163.

PART 14

FOOTNOTE

7 Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 2nd Edition, İstanbul 2017, p.14.

8 CA 13. CC, numbered E. 2003/7931, K. 2003/12902, dated 30.10.2003; numbered E. 2001/7785 K. 2001/9849 dated 1.11.2001; numbered E. 2002/13514 K. 2003/528 dated 23.1.2003; numbered E. 2000/1817 K. 2000/1883 dated 2.3.2000; numbered E. 2001/10316 K. 2001/11438 dated 6.12.2001; numbered E. 2003/5675 K. 2003/10165 dated 16.9.2003; numbered E. 2003/4970 K. 2003/4662 dated 17.4.2003; numbered E. 2003/6198 K. 2003/10655 dated 24.9.2003; 2001/11582 K. 2002/583 dated 24.1.2002.

9 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18th Edition, Ankara 2015, p. 482.

10 There was a provision in ACO allowing the adaptation relating the contract of construction that agreed the lump-sum and this provision was taken into consideration by analogy in terms of other contracts. Bkz. Article 365/2 of ACO The article 482/2 of TCO mentioned below is the provision of this provision in the latest Law.

11 Baysal, p. 117.

12 CA.6. CC, dated 21.11.2016, numbered E. 2015/11014 K. 2016/6873.

13 Turgut Uyar, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, Vol.1, Article 1-236, 2012, p. 912.

14 Supreme Court Assembly of Civil Chambers (SCACC), dated 15.10.2013, numbered E. 2003/13-599 K. 2003/599.

law and good faith and which requires discharging the debt, is in some exceptional cases contrary to contract justice, honesty and fairness. This may require the restriction of the pacta sunt servanda principle in order to restore and maintain balance between the parties. If there is a conflict between the principle of contract justice and adherence to the contract, this dispute must be resolved through the adaptation of the contract.⁷ In this respect, the Court of Appeal, in most of its decisions, has stated that the main principle is adherence to the contract whereas adaptation lawsuits are exceptional.⁸

It should be mentioned briefly that academics divide adaptation in two: narrow adaptation and broad adaptation. Adaptation, in principle, amends the content of the contract. In other words, it changes the rights and obligations of the parties. Narrow adaptation is adaptation of the content of the contract, in other words, parties' rights and obligations to the changes. Changes in the terms of the contract are also considered in the concept of narrow adaptation. Broad adaptation refers to interventions that include the termination of a contract without the consent of both parties.⁹

B. Provisions Regarding Adaptation

1. Provisions of the Law Relating to Adaptation

Adaptation of the contract was not explicitly regulated under the general provisions of the ACO. In this context, judges ruled on the

rumlarda sözleşme adaletine, dürüstlüğe ve hakkaniyete aykırı düşmektedir. Bu durum, pacta sunt servanda ilkesinin sınırlandırılmasını ve taraflar arasındaki dengenin yeniden sağlanmasını gerektirebilir. Sözleşme adaleti ve sözleşmeye bağlılık ilkesi arasında bir uyumsuzluk mevcutsa, bu uyumsuzluk sözleşmenin uyarlanması yoluyla giderilme-lidir.⁷ Bu hususta Yargıtay, birçok kararında asıl olanın sözleşmeye bağlılık olduğunu, uyarlama davalarının ise istisnai bir yol teşkil ettiğini ifade etmiştir.⁸

Bu noktada kısaca belirtmek gerekir ki, öğretilerde uyarlamanın dar anlamda uyarlama ve geniş anlamda uyarlama olmak üzere ikiye ayrıldığı belirtilmektedir. Uyarlama, ilke olarak sözleşmenin içeriğinin, yani tarafların hak ve borçlarının değiştirilmesi şeklinde olur ve bu dar anlamda uyarlamadır. Sözleşmenin süresinin uzatılması veya kısaltılması da bir uyarlama sorunudur. Süreyle ilgili değişikliklerin de uyarlama kavramı içinde düşünülmesi gerekir. Sözleşmenin, hem içeriği hem de süresi yönünden yeni şartlara uyarlanması, geniş anlamda uyarlamayı oluşturur.¹⁰

B. Uyarlamaya İlişkin Hükümler

1. Uyarlamaya İlişkin Kanun Hükümleri

Sözleşmenin uyarlanması, EBK'nın genel hükümleri içinde açıkça düzenlenmemektedir. Bu çerçevede hâkim, sözleşmenin



adaptation of the contract by making use of other provisions¹⁰ and principles. These were based on the need for (i) the rule of good faith, (ii) considering it as a gap of contract, and (iii) as a gap in law.¹¹ The Court of Appeal stated in a decision that the basis of adaptation of the contract is the rule of good faith with these words:

"If the circumstances that affect the intent of the parties and cause them to make the contract then change significantly, dramatically and injustice, then the parties are no longer bound by that contract. Over against these changing conditions, Article 2 of TCC Law provides the opportunity of adaptation of the contract."¹²

uyarlanmasına, diğer hüküm ve prensiplerden faydalanarak hükmetmekteydi. Bu bağlamda kararlar uyarlanmanın (i) dürüstlük kuralına göre, (ii) sözleşme boşluğu olduğu kabul edilerek ve (iii) kanun boşluğu olması dolayısıyla yapılması gerektiği prensiplerine dayandırılmaktaydı¹¹. Yargıtay, bir kararında;

"Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette, çarpıcı, adaletsizliğe yol açan olayların gerçekleşmesi ile değişmişse, taraflar artık o akitle bağlı tutulmazlar. Değişen bu koşullar karşısında M.K. 2. maddesinden yararlanılarak sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkanı hasıl olur."¹²

It should be mentioned briefly that academics divide adaptation in two: narrow adaptation and broad adaptation.

Bu noktada kısaca belirtmek gerekir ki, öğretilerde uyarlanmanın dar anlamda uyarılma ve geniş anlamda uyarılma olmak üzere ikiye ayrıldığı belirtilmektedir.

The Court of Appeal stated in another decision that if there is an absence of a provision in a contract, as stated below, the contract should be filled in accordance with the rules of good faith by way of interpretation regarding the content of the contract and the parties' intents¹³ with these words:

"If the parties have not taken any measures and contract justice has been broken by the changing situations, there is a gap in the contract. This gap shall be filled in the content of the contract and in accordance with the rules of good faith by way of interpretation regarding the parties' intents (Article 1 of the TCC). This method means the amendment of the contract by way of interpretation or adaptation to changing circumstances and conditions."¹⁴

With Article 138 of the TCO, adaptation of the contract is explicitly regulated in Turkish law with a general provision. The content of this Article is as follows:

ifadeleri ile, sözleşmenin uyarlanmasının temelini dürüstlük kuralı olduğunu ifade etmiştir. Yine Yargıtay bir başka kararında:

"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 dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (MK md. 1). Bu yöntem sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması denilir."¹³

diyerek, aşağıda açıklanacağı üzere sözleşmede uyarlamaya ilişkin bir hüküm bulunmaması halinde sözleşmenin, anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek, yorum yolu ile dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulması gerektiğini belirtmiştir.¹⁴

TBK'nın 138. maddesi ile beraber uyarılma kurumu, genel bir hükümlerle hukukumuzda açıkça düzenlenmiştir. Bu maddenin içeriği şöyledir:

DİPNOT

7 Başak Baysal, Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 2.Baskı, İstanbul 2017, s. 14.

8 Yargıtay 13. HD, T. 30.10.2003, E. 2003/7931, K. 2003/12902; T. 1.11.2001, E. 2001/7785, K. 2001/9849; T. 23.1.2003, E. 2002/13514, K. 2003/528; T. 2.3.2000, E. 2000/1817, K. 2000/1883; T. 6.12.2001, E. 2001/10316, K. 2001/11438; T. 16.9.2003, E. 2003/5675, K. 2003/10165; T. 17.4.2003, E. 2003/4970, K. 2003/4662; T. 24.9.2003, E. 2003/6198, K. 2003/10655; T. 24.1.2002, E. 2001/11582, K. 2002/583.

9 Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Baskı, Ankara 2015, s. 482.

10 Götürü ücret kararlaştırılan eser sözleşmelerine ilişkin olarak EBK'da uyarlamaya imkan veren bir hüküm bulunuyordu ve bu hüküm diğer sözleşmeler bakımından da kıyasen dikkate alınıyordu. Bkz. EBK m.365/2. TBK'nın, aşağıda aktarılan 482/2 maddesi bu hükümün yeni Kanundaki karşılığıdır.

11 Baysal, s. 117.

12 Yargıtay 6. HD, T. 21.11.2016, E. 2015/11014, K. 2016/6873.

13 YHGK, T. 15.10.2013, E. 2003/13-599 K. 2003/599.

14 Turgut Uyar, Türk Borçlar Kanunu Şerhi, C.1, Madde 1-236, 2012, s. 912.

PART 14

“An extraordinary situation which is not foreseen by the parties at the time of the contract and which is not expected to be anticipated, arises from a reason not due to the debtor and changes the existing facts at the time against the debtor in such a way as to violate the rules of good faith, If the debtor has not yet fulfilled his/her obligations arising from the excessive difficulty of the performance, the debtor shall have the right to request from the judge the adaptation of the contract to the new conditions and to revoke the contract if this is not possible. In contracts of continuing obligations debtor shall terminate the contract.

This provision also applies to foreign currency debts.”

As well as these general provisions of adaptation, there are special provisions in law regarding adaptation. Some of these related provisions are set out below.

a. Adaptation in case of Bankruptcy and Insolvency

Generally, if one of the parties becomes insolvent and bankrupt, the other party may postpone its performance until the counterparty fulfills its performance in the contracts from which the mutual debt arises. If it is not performed within a reasonable time or at least the guarantee is not given, the contract can be terminated (Article 98 of the TCO).

Unless otherwise stated in the contract and in case of a bankruptcy of one of the general partners, the general partnership agreement can be terminated (Article 639/III of the TCO).

In the same way, because of the worsening financial situation of the principal debtor, the guarantor may demand from the principal debtor to be guaranteed or be rescued from the bail (Article 595/III of the TCO).

b. Adaptation in the event that Significant Reasons Arise

In a construction contract, if the situations that are unforeseen or foreseen and ignored by the parties prevent or make extremely difficult to perform an act, the agreed price may be reduced or the contract may even be terminated (Article 480/II of the TCO).

In a construction contract, if the price was initially determined approximately and is ex-

“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır.

Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır.”

Anılan madde, genel bir uyarılama hükmü olmakla beraber, kanunda uyarlamaya ilişkin özel hükümler de bulunmaktadır. Bunlardan bazılarıyla ilgili hükümler aşağıda aktarılmıştır.

a. İflas ve Aciz Halinde Uyarılama

Genel olarak, karşılıklı borç doğuran sözleşmelerde taraflardan biri borcunu ödemekte acze düşerse veya iflâs ederse diğer taraf kendine düşen ifayı, karşı taraf edasını yerine getirene kadar erteleyebilir. Eğer uygun bir sürede ifa yapılmaz veya en azından teminat verilmezse sözleşmeden dönülebilir (TBK madde 98).

Sözleşmede aksi belirtilmemişse ve adi ortaklık ortaklarından birinin iflâsı halinde, adi ortaklık sözleşmesi sona erdirilebilir (TBK m. 639/III).

Aynı şekilde kefil, asıl borçlunun mali durumunun kötüleşmesiyle, asıl borçludan güvence altına alınmayı veya kefaletten kurtarılmayı talep edebilir (TBK m. 595/III).

b. Önemli Sebeplerin Ortaya Çıkması Halinde Uyarılama

Eser sözleşmesinde, taraflarca öngörülme veya öngörülmekle birlikte dikkate alınmayan haller için yapılmasını engeller ya da son derece güçleştirirse, kararlaştırılan bedel indirilebilir, hatta sözleşme feshedilebilir (TBK m. 480/II).

Yine eser sözleşmesinde, başlangıçta yaklaşık olarak belirlenen bedelin, iş sahibinin

FOOTNOTE

15 Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, p.174.

16 Pınar Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, p.111.

ceeded excessively without the fault of the employer, the employer shall turn over the contract incompletely or after the work is completed (Article 480/II of the TCO).

In the doctrine, this issue is stated by Arat as "the Judge determines whether this resultant excess is excessive pursuant to the rule of good faith"¹⁵.

c. Adaptation in the event that the Subject of the Contract Becomes Impossible

Both general and special provisions that regulate impossibility should also be accept-

kusuru olmaksızın aşırı ölçüde aşılabacağı anlaşılırsa iş sahibi, eser henüz tamamlanmadan veya tamamlandıktan sonra sözleşmeden dönebilir (TBK m. 480/II). Doktrinde bu konu, Arat tarafından "meydana gelen bu aşmanın aşırı olup olmadığını hâkim dürüstlük kuralı çerçevesinde belirler"¹⁵ şeklinde ifade edilmektedir.

c. Sözleşme Konusunun İmkânsızlaşması Durumu

İmkânsızlığı düzenleyen hükümler de uyarlama olarak kabul edilebilir. Eğer borç, borçlunun kusuru olmaksızın imkânsızlaşırsa kendiliğinden sona erer (TBK m. 136/I).¹⁶

The right to terminate for justified reasons may be caused by the law or it may, in certain cases, be that the parties have agreed on a contract.

Haklı sebeple fesih hakkı, kanundan doğabileceği gibi, tarafların sözleşmesel olarak kararlaştırdıkları hallerde de olabilir.

ed as reasons for adaptation. If the debt becomes impossible with no fault of the debtor, it shall be over automatically (Article 136/I of the TCO).

In a construction contract, even if the completion of the work becomes impossible through circumstances caused by the employer, the contractor shall claim the expenses and value of the work (Article 485/I of the TCO). Similarly, in an ordinary company, if the company is unable to achieve its purpose, the company ends (Article 639 /I of the TCO).

d. Adaptation in the event that Justified Reasons Arise

The right to terminate for justified reasons may be caused by the law or it may, in certain cases, be that the parties have agreed on a contract. In any case, it is worth noting that the current valid cause that would require the right to terminate the contract has to have occurred. However, it should be noted that there is no general legal provision in Turkish law regarding the termination of a perpetual debt for justified reasons.¹⁶

Eser sözleşmesinde yüklenici, eserin tamamlanmasının iş sahibinden kaynaklanan bir sebeple mümkün olmaması durumunda bile yaptığı işin değerini ve masrafları talep edebilir (TBK m. 485/I). Benzer şekilde adi şirkette, şirketin amacına ulaşması imkânsızlaşırsa şirket sona erer (TBK m. 639/I). Sözleşmenin konusunun imkânsızlığını düzenleyen bu özel düzenlemeler de bir nevi uyarlama niteliğindedir.

d. Haklı Sebeplerin Ortaya Çıkması Halinde Uyarlama

Haklı sebeple fesih hakkı, kanundan doğabileceği gibi, tarafların sözleşmesel olarak kararlaştırdıkları hallerde de olabilir. Her hâkarda dikkat edilmesi gereken husus, fesih hakkının kullanılmasını gerektirecek mevcut geçerli nedenin gerçekleşmesidir. Ancak, belirtmek gerekir ki sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple feshe ilişkin Türk hukukunda genel bir yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.¹⁷

İçtihatlarla geliştirilen bu ilke açısından Yargıtay'ın farklı sözleşme tipleri için farklı kararları bulunmaktadır. Öğretide bir görüş, haklı

DİPNOT

15 Ayşe Arat, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006, s. 174.

16 Arat, s. 172.

17 Pınar Altınok Ormancı, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi, İstanbul 2011, s. 111.

PART 14

In terms of this principle, which was developed in case law, the Court of Appeal may arrive at different decisions for different types of contracts. The legal basis of termination for justified reasons is based on Article 2 of the Turkish Civil Code number 4721¹⁷ ("TCC") by an opinion in doctrine. Another opinion interprets the right to terminate for justified reasons in order to prevent excessive limitation by considering a personal right, which shall not be waived under Article 23 of TCC.¹⁸ Also, it should be noted that termination for justified reasons has to be used as an ultima ratio. This is due to the process security and the principle of pacta sunt servanda. Lastly, termination for justified reasons is a relative mandatory rule. It is not possible to waive or limit the right to terminate for justified reasons. However, the parties can determine under which conditions termination for justified reasons can be used.¹⁹

A justified reason arises sometimes due to an act of nuisance of one of the parties (Article 295 of the TCO), and sometimes due to changes that take place in parties' relations (Article 617 of the TCO). A judge shall decide whether a situation is justified or not.

2. The Legal Character of Article 138

Whether Article 138 of the TCO is a mandatory provision is somewhat controversial in doctrine. However, according to majority opinion, this provision is not related to public order and does not have a mandatory character.²⁰ Therefore, it is generally accepted that regulations of contract contrary to Article 138 of the TCO can be made and negative adaptation provisions can be established. According to minority opinion, the authors state that the will of the legislator tends toward setting a relative mandatory rule under legislating article 138 of the TCO based on the Law on Enforcement and Implementation in the Turkish Code of Obligations.^{21 22}

3. Provisions of a Contract Relating to Adaptation

In anticipation of a changing situation for the parties, according to the freedom of contract the parties may establish rules applicable to

sebeple feshin hukuki temelini 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ("TMK")¹⁸ m. 2'ye dayandırmaktadır. Diğer bir görüş de haklı sebeple fesih hakkını TMK m. 23 kapsamında kişilik hakkından vazgeçilememesi olarak değerlendirerek aşırı derecede sınırlandırılmasının önüne geçmek amacı doğrultusunda yorumlamaktadır.¹⁹ Ayrıca belirtilmelidir ki, haklı sebeple fesih, son çare (ultima ratio) olarak kullanılması gereken bir haktır. Bu, işlem güvenliğinin ve pacta sunt servanda ilkesinin gereğidir. Son olarak, haklı sebeple fesih, nisbi emredici bir kuraldır. Vazgeçilmesi yahut sınırlandırılması mümkün değildir. Ancak, hangi şartlarda kullanılabilmesi bakımından taraflarca kolaylaştırılabilir.²⁰

Haklı sebep kimi zaman taraflardan birinin çekilmez hale gelen davranışlarında (TBK m. 295), kimi zaman ilişkilerde meydana gelen değişikliklerde ortaya çıkmaktadır (TBK m. 617/1). Bir durumun haklı sebep teşkil edip etmediğini, TMK m. 4 uyarınca hâkim takdir edecektir.

2. TBK m. 138'in Hukuki Niteliği

TBK m. 138'in emredici olup olmadığı, öğretide tartışmalıdır. Ancak ağırlıklı görüşe göre, söz konusu hüküm kamu düzenine ilişkin olmayıp, emredici nitelik taşımamaktadır.²¹ Dolayısıyla, TBK m. 138'in aksine sözleşmesel düzenleme yapılabileceği ve olumsuz intibak kuralları getirilebileceği genel olarak kabul edilmektedir. Azınlık görüşü savunan yazarlar ise Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'dan hareketle kanun koyucunun iradesinin, TBK m. 138 ile nisbi emredici nitelikte bir kural getirme yönünde olduğunu belirtmektedir.²²

3. Uyarlamaya İlişkin Sözleşme Hükümleri

Taraflar, durum değişikliği riskini önceden kontrol altına almak için, sözleşme serbestisi çerçevesinde değişen hal ve şartlar karşı-

FOOTNOTE

¹⁷ OG dated 08.12.2001, numbered 24607.

¹⁸ Ormancı, p. 117-118.

¹⁹ Ibid, p. 122.

²⁰ Baysal, s.273.

²¹ Ibid, p.293.

²² Art. 7 of Law on Enforcement and Implementation the law of the Turkish Code of Obligations "Article 76 of the Turkish Code of Obligations on public order and general morality and provisional payments, Article 88 on interest, Article 120 on default interest and Article 138 on hardship shall also be applied in cases in which it is observed."

²³ İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Ed., Ankara 2013, p.116.

²⁴ Kaplan, p. 116.

²⁵ Ibid, p. 117.

the contract in an open or implicit manner to prevent any changing circumstances. Establishing the provision of adaptation to the contract is intended to ensure that the parties act carefully and cautiously toward political, social and economic events. Accordingly, the adaptation provisions established in the contract can be positive provisions or negative provisions.²³

Regarding positive adaptation provisions, the doctrine states that: "The rules stipulated by the parties in the contract that will be adapted to the changing circumstances in the event that certain situations are considered as positive adaptation rules."²⁴ The terms may be specified in terms of each risk, as well as by using general expressions such as "unforeseeable events". Negative adaptation provisions are explicit and implied rules that state that the contract shall remain in full standing despite any changing circumstances. With such a provision of contract, one of the parties undertakes to fulfill its actions specifically even if the circumstances change in an extraordinary way.²⁵

III. THE CONDITIONS OF IMPLEMENTATION OF ARTICLE 138 OF THE TCC

On the basis of Article 138 of the TCC, the legislator determined a set of conditions to which the adaptation of the contract to changing circumstances apply. The conditions stated in the wording of the provision are examined under two headings in doctrine: positive clauses and negative clauses.

A. Positive Clauses

1. An Extraordinary Change Between the Conditions Under Which the Contract Was Established and the Conditions During Performance

After the contract has been executed, the balance between the actions of the parties should be unbalanced to the extent that the debtor should not be expected to undertake

sında sözleşme için geçerli olacak kuralları, sözleşme metninde açık veya örtülü olarak düzenleyebilirler. Sözleşmeye uyarlama hükmü konulması, siyasi, sosyal ve ekonomik olaylara karşı tarafların özenli ve dikkatli davranmasını sağlamaya yöneliktir. Bu doğrultuda, sözleşmeye konulan uyarlama hükümleri olumlu olabileceği gibi, olumsuz da olabilir.²³

Olumlu uyarlama hükümleri doktrinde "Belirli durumların ortaya çıkması halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağına ilişkin taraflarca sözleşmede öngörülmüş kurallar, olumlu intibak (uyarlama) kuralları olarak nitelendirilmektedir"²⁴ şeklinde ifade edilmektedir. Şartlar her bir risk açısından özel olarak belirlenebileceği gibi, "öngörülmesi mümkün olmayan olaylar" gibi genel ifadelerle de belirtilebilir. Olumsuz intibak kuralları ise, sözleşmenin değişen şartlara rağmen aynen ayakta kalacağını ifade eden açık ve zımni kurallardır. Böyle bir sözleşme kaydı ile taraflardan biri üstlendiği edimleri şartlar olağanüstü bir biçimde değişse bile aynen yerine getireceğini taahhüt etmektedir.²⁵

III. TBK M. 138'İN UYGULANMASININ ŞARTLARI

Kanun koyucu, TBK m. 138'e dayanılarak sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını bir takım şartlara bağlamıştır. Hükmün lafzında belirtilen şartlar, öğretilerde olumlu şartlar ve olumsuz şartlar olarak iki başlık altında incelenmektedir.

A. Olumlu Şartlar

1. Sözleşme Kurulduğu Sıradaki Koşullar ile İfa Sırasındaki Koşullar Arasında Olağanüstü Bir Değişiklik Bulunması

Sözleşme kurulduktan sonra, tarafların edimleri arasındaki denge, borçludan sonuçları yüklenmesi istenemeyecek kadar büyük ölçüde bozulmuş olmalıdır. "Şartlardaki herhangi bir değişiklik sözleşmenin

DİPNOT

18 08.12.2001 tarih, 24607 sayılı RG.

19 Ormanci, s. 117-118.

20 Ibid, s. 122.

21 Baysal, s.273.

22 Ibid, s.293; Türk Borçlar Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun m. 7 "Türk Borçlar Kanununun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin 76nci, faize ilişkin 88inci, temerrüt faizine ilişkin 120nci ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin 138 inci maddesi, görülmekte olan davalarda da uygulanır"

23 İbrahim Kaplan, Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3.Baskı, Ankara 2013, s.116.

24 Kaplan, s. 116.

25 Ibid, s. 117.

PART 14

the end results. "Any changes in the terms of the contract cause to result in adaptation of the contract. The amendment of the terms should have serious and severe consequences on the contracting parties."²⁶ Temporary difficulties are not considered as a change in this sense.²⁷

"The change in the balance of actions must come from an extraordinary situation that is unpredictable and unforeseeable during the execution of the contract (such as war, economic crisis, devaluation, natural disasters, limitations and restriction on import and export)."²⁸ There is also an opinion that there is no need for a change from an extraordinary situation. However, as will be explained below, in any case, the change must disrupt the balance between actions.²⁹

"[W]hen the contract is executed, in the event that disruption of the balance between the mutual acts largely cannot be tolerated by one of the parties due to the extraordinary changes in circumstances, according to the data of the case, the judge may decide to increase the performance of the debtor for the benefit of the creditor or may decide to release from the obligation of performance of the debtor in full or in part for the benefit of the debtor"³⁰

In the decisions before the regulation of Article 138 of the TCO, the Court of Appeal stipulated that any changes of circumstance leading to the adaptation of the contract should be a change such as war, disaster and economic devaluation such as force majeure.³¹ Even in some old decisions, it was stated that there was a need for force majeure for adaptation:

In order to be made adaptation, the balance between the acts has to come from a force majeure that is not caused by either of the two sides and which is not expected from both sides. The deceased of the plaintiffs should have known that there has been a high inflation in our country for many years and that the Turkish Lira is losing value against the currencies of foreign countries. Therefore, high inflation and other economic conditions do not constitute force majeure for the adaptation of the contract. (...) it should be approved that there are not adaptation conditions.³²

In the doctrine, it is stated that force majeure is sufficient for adaptation. However, events that are not force majeure may cause adaptation. For this reason, changes that may cause

uyarlanmasına yol açmayacaktır. Şartlardaki değişiklik sözleşen taraflar üzerinde ciddi ve ağır sonuçlar doğurmuş olmalıdır."²⁶ Geçici güçlükler, bu anlamda bir değişiklik olarak kabul edilmez.²⁷

"Edimlerin dengesindeki değişiklik sözleşme yapılırken öngörülemez ve öngörülmesi de beklenmeyen (Savaş, ekonomik kriz, devalüasyon, tabii afetler, ithal ve ihraç konusunda getirilen yasak ve tahditler gibi) olağanüstü bir durumdan ileri gelmelidir."²⁸ Öğretide, meydana gelen değişikliğin olağanüstü nitelikte olmasına gerek olmadığına ilişkin görüşler de mevcuttur. Fakat aşağıda açıklanacağı üzere, her durumda, değişiklik edimler arası dengeyi bozacak ağırlıkta olmalıdır.²⁹

"Sözleşme yapıldığında karşılıklı edimler arasında mevcut olan dengenin sonradan şartların olağanüstü değişmesiyle büyük ölçüde tarafların biri aleyhine katlanılamayacak derecede bozulması durumunda hâkim, somut olayın verilerine göre alacaklı yararına borçlunun edimini yükseltmeye veya borçlu yararına onun tamamen veya kısmen edim yükümlülüğünden kurtulmasına karar verebilir."³⁰

Yargıtay, özellikle TBK'nın 138. maddesiyle yapılan düzenleme öncesinde verilen kararlarda, sözleşmenin uyarlanması için bulunması gereken durum değişikliğinin mücbir sebep boyutlarında savaş, afet, ekonomik devalüasyon gibi bir değişiklik olması şartını aramıştır.³¹ Hatta bazı eski kararlarda, uyarlama için mücbir sebep halinin varlığının gerektiği belirtilmiştir. Buna şu karar örnek gösterilebilir:

"Uyarlama yapılabilmesi için, edimler arasındaki dengesizliğin iki taraftan kaynaklanmayan ve yine iki taraftan beklenmeyen mücbir sebeplerden ileri gelmesi gereklidir. Davacıların murisi uzun yıllardır ülkemizde yüksek enflasyon olgusunun bulunduğunu, Türk lirasının yabancı ülkelerin para birimleri karşısında değer kaybettiğini bilebilecek durumdadır. Bu itibarla yüksek enflasyon olgusu ve diğer ekonomik koşullar sözleşmenin uyarlanması için mücbir sebep oluşturmaz. (...) uyarlama koşullarının bulunmadığının kabulü gereklidir."³²

Doktrinde ise, mücbir sebeplerin uyarlama için yeterli olduğu belirtilmiştir. Ancak bunun yanında mücbir sebep niteliğinde olmayan olayların da uyarlamaya sebep olması mümkündür. "Bu nedenle uyarlamaya sebep olabilecek değişiklikler mücbir sebebi de içine alan daha geniş bir kavramdır. Sözleşme ku-

FOOTNOTE

²⁶ Arat, p. 95.

²⁷ Kemal Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus: Emprevizyon Nazariyesi, 1949, p. 108.

²⁸ Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Vol. I, 2010, p.602-603.

²⁹ Arat, p. 95.

³⁰ CA. 13. CC, dated 8.2.2016, numbered E. 2014/48624, K. 2016/3280.

³¹ CA. 13. C, dated 29.5.2003, numbered E. 2003/3007, K. 2003/7017.

³² CA. 13. C, numbered E. 2004/875 K. 2004/3359 dated 15.3.2004; E. 2012/8250 K. 2013/2623 dated 7.2.2013.

³³ İlhan Kara, Tüketici Hukuku, Ankara 2012, p. 698.

³⁴ Oğuzman/Öz, p.569.

³⁵ SCACC, dated. 15.10.2003, numbered E. 2003/13-599, K. 2003/599.



adaptation are a wider concept including force majeure. "According to the regulation in the law, in our opinion, the extraordinary change that occurred after the execution of the contract must be regarded by the judge in the present case."³³

The change does not necessarily have to cause economic destruction or severe damage of the debtor. "For example, even if the debtor who undertakes an act whose cost is increased extraordinarily for unforeseen reasons, he may be entitled to demand the correction of this situation contrary to the rule of good faith, and may have the right to terminate the contract."³⁴

If the balance between the acts is shaken in mutual contracts and the debt becomes difficult to perform due to extraordinary changes, collapse of the basis of the transaction becomes an issue. Unusual price increases in the market are not considered sufficient reasons for the amendment or termination of the contract.

The Court of Appeal Assembly of Civil Chambers stated in its decision³⁵ that the 2001 crisis was a predictable and normal situation, as follows:

"That the merchant who executed a contract without taking the necessary measures and incurred a debt, demands the adaptation of the contract on the basis of a payment difficulty that can be prevented if it takes the necessary measures in a prudent manner, is not an acceptable situation in the rule of law. As explained above, in our country, devaluations have been announced since 1958, and currency adjustments are made frequently,

rulduktan sonra yaşanan olağanüstü değişikliğin kanunda yapılan düzenleme nazara alındığında bize göre somut olayda hâkim tarafından takdir edilmesi gerekir."³³

Değişikliğin mutlaka borçlunun ekonomik olarak mahvına veya ağır zararına yol açacak nitelikte olması gerekmez. "Örneğin, taahhüt ettiği edimin maliyeti öngörülmeleyen nedenlerle olağanüstü artıp, alacağı bedelin bir kaç katına ulaşmış olan borçlu, bu maliyeti karşılayacak kadar zengin olsa bile, dürüstlük kuralına aykırı düşen bu durumun düzeltilmesini talep veya sözleşmeden dönme haklarına sahip kılınabilir."³⁴

Karşılıklı sözleşmelerde edimler arasındaki dengenin olağanüstü değişimler yüzünden alt üst olması, borcun ifasını güçleştirmesi durumunda "işlem temelinin çökmesi" gündeme gelir. Piyasadaki anormal fiyat artışları ise, sözleşmenin değiştirilmesi veya sona erdirilmesi için bu noktada yeterli bir sebep sayılmamıştır.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında:³⁵

"Gerekli tedbirleri almadan sözleşme yapan ve borç altına giren tacirin; basiretli davranıp gereken tedbirleri alması halinde önleyebileceği bir ödeme güçlüğünü gerekçe göstererek, sözleşmenin uyarlanmasını istemesi, hukuk düzeninin kabul edebileceği bir durum değildir. Yukarıda açıklandığı gibi, Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte, sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri Dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. (...) Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik dar boğaz-

DİPNOT

26 Arat, s. 95.

27 Kemal Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus: Emprevizyon Nazariyesi, 1949, s. 108.

28 Kemal Oğuzman/Turgut Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, İstanbul 2010, s.602-603.

29 Arat, s. 95.

30 Yargıtay 13. HD, T. 8.2.2016, E. 2014/48624, K. 2016/3280.

31 Yargıtay 13. HD, T. 29.5.2003, E. 2003/3007, K. 2003/7017.

32 Yargıtay 13. HD, T. 15.3.2004, E. 2004/875, K. 2004/3359; T. 7.2.2013, E. 2012/8250, K. 2013/2623.

33 İhan Kara, Tüketici Hukuku, Ankara 2012, s. 698.

34 Oğuzman/Öz, s.569.

35 YHGK, T. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599.

PART 14

and the value of Turkish currency is reduced against the dollar and other foreign currencies. (...) It is known that devaluation and economic crises do not occur suddenly; they occur after certain economic bottlenecks in the market.”

However, it is stated that it is unfair to expect that the contracting parties should foresee any inflation rates that cannot be predicted by economists and that the important principle is the predictability of the decrease in the value of money and the effect on the parties.³⁶

2. The Balance Between Actions Becomes Excessively Unbalanced due to Changing Conditions

The performance of an act that causes the destruction of the debtor is interpreted as a criteria other than an excessive imbalance between actions in order to enable the adaptation of the contract in the Court of Appeal's decisions before the entry into force of Article 138 of the TCO. It should be noted that the performance of the act that caused the destruction of the debtor does not require being pursuant to Article 138 of the TCO. However, in some recent decisions, such as the decision cited below, it appears that the Court of Appeal still considers this is necessary:

The situation which is not an unpredictable and unforeseeable situation from the point of the plaintiff's company who has the responsibility to act as a prudent merchant (...), on the other hand, the fact that continuation of a one-year contract between the parties under the same conditions does not cause the economic destruction of the plaintiff from the expert report received, in other words it is decided to refuse the case on the grounds that the basis of the transaction does not collapse (...)³⁷

B. Negative Clause

1. Acts that Have Not Been Performed or Have Been Performed by Added Annotation

As a rule, the party affected by the changing circumstances and conditions should not have fulfilled any act in order to demand the adaptation of the contract to the new conditions. If the party fulfills the act without reservation despite the changing circumstances and conditions, that party can no longer demand the adaptation of the contract to the

lardan sonra meydana geldiği bilinmektedir.” denilerek, 2001 krizinin öngörülebilir ve olağan bir durum olduğu yönünde hüküm kurulmuştur.

Ancak öğretide, ekonomi uzmanlarının bile tahmin edemediği enflasyon oranlarının yaşandığı zamanlarda, sözleşme taraflarının bunu öngörebileceğini beklemenin haksızlık olacağı, önemli olan noktanın, para değerindeki düşüşün öngörülebilirliği ve taraflar üzerindeki etkisi olduğu belirtilmektedir.³⁶

2. Değişen Koşullar Nedeniyle Edimler Arasındaki Dengenin Aşırı Ölçüde Bozulmuş Olması

Yargıtay'ın TBK'nın 138. maddesi yürürlüğe girmeden önce vermiş olduğu kararlarda uyarılmanın mümkün olması için edimler arası dengenin ağır ve açık biçimde bozulmasının yanında edimin ifasının borçlunun mahvına sebep olması da bir ek kriter olarak aranmıştır. Ancak, TBK'nın 138. maddesinde edimin ifasının borçlunun mahvına sebep olması şartının aranmadığının belirtilmesi gerekir. Ancak, aşağıda alıntılanan karar gibi bazı yeni tarihli kararlarında Yargıtay'ın halen bu hususun gerekli olduğunu değerlendirdiği görülmektedir:

“Durumun basiretli bir tacir gibi davranma sorumluluğu bulunan davacı şirket açısından öngörülme ve öngörülmesi mümkün olmayan bir durum olmadığı (...), öte yandan alınan bilirkişi raporundan da taraflar arasındaki bir yıllık sözleşmenin aynı şartlarla devamı halinin davacının iktisadi mahvına sebebiyet vermeyeceğinin, başka bir deyişle işlem temelini çökmediğinin anlaşıldığı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş (...)³⁷

B. Olumsuz Şartlar

1. Edimlerin İfa Edilmemiş veya Şerh Düşülerek İfa Edilmiş Olması

Sonradan değişen hal ve şartlardan etkilenen tarafın, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını talep edebilmesi için kural olarak, edimini ifa etmemiş olması gerekir. Söz konusu taraf, değişen hal ve şartlara rağmen edimini ihtirazi kayıt koymaksızın ifa etmişse, artık prensip olarak sözleşmenin değişen duruma uyarlanmasını talep edemez. Doktrindeki hakim görüş edimin

FOOTNOTE

³⁶ Arat, s. 100.

³⁷ CA. 19. C, dated 26.1.2017, numbered E. 2016/10978, K. 2017/538.

³⁸ Kaplan, p.145; Arat, p. 123.

³⁹ Baysal, p. 317.

⁴⁰ CA. 13. CC, dated 05.05.2011, numbered E. 2010/17858, K. 2011/7265.

⁴¹ CA. 13. CC, dated 27.12.2002, numbered E. 2002/9911, K. 2002/14153.

⁴² “Nemo auditur propriam turpitudinem allegans” (No one can be heard to invoke his own turpitude)

changing circumstances. The majority opinion in the doctrine is that it should be considered that fulfilling the act without reservation is an indication that there is no difficulty in the performance, therefore the acts should not have been performed on the date of adaptation demand.³⁸ According to minority opinion, it is possible to adapt the contract even if the performance is carried out without reservation³⁹ because the performance of the debt does not mean that the debtor is not severely affected by changing conditions. The situation of the person who borrows from another person to perform their debt is an example of this situation.

The 13th Legal Chamber of the Court of Appeal also decides on the majority opinion of the doctrine on the subject. As seen in the decisions of the Chamber below, fulfillment of an act without reservation causes the loss of the right to demand adaptation:

"In addition, the acts should not have been fulfilled yet. If the plaintiff performs his acts without "mental reservation" despite the changing circumstances, he cannot demand adaptation."⁴⁰ And,

"In spite of this, the plaintiff continued to comply with the contract until September of the same year. It should be accepted that the claimant has lost the right to demand an adaptation proceeding, since it should be deemed that the claimant has adopted the contract and has accepted that the transaction basis has not collapsed after the economic crisis. Therefore, the court should have decided to dismiss the case instead of deciding in written form which is contrary to law and due to and also the cause of the cancellation."⁴¹

2. Absence of the Failure of the Debtor with Regard to Changing Circumstances and Conditions

The debtor should not cause the event creating hardship or the hardship.⁴²

In its decision, the Court of Appeal stated:

"The plaintiff who demands the adaptation, should not create a change in circumstances and conditions. The changing circumstances and conditions should not be foreseeable (predictable) or expectable in respect of the parties, or events can be foreseeable but the extent and manner of

çekincesiz olarak ifasının ortada bir güçlük olmadığını göstergesi sayılacağı, dolayısıyla ile uyarılma talebi anında edimlerin ifa edilmemiş olması gerektiği yönündedir.³⁸ Azınlık görüşe göre ise, ihtirazi kayıt konulmaksızın ifa gerçekleştirildiği takdirde dahi sözleşmenin uyarılmasına gidilebilir.³⁹ Zira borcun ifa edilmesi, borçlunun değişen koşullardan aşırı derecede etkilenmediği anlamına gelmemektedir. Borcunu ifa etmek için bir başkasından borç alan kişinin durumu bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi konuya ilişkin olarak doktrinin genel kabulü doğrultusunda karar vermektedir. Daire tarafından,

"İlaveten edimler henüz ifa edilmiş olmalıdır. Davacı değişen hal ve şartlara rağmen edimini "ihtirazi kayıt" koymaksızın ifa etmişse uyarılma talep edemez."⁴⁰ ve

"Buna rağmen davacı uyarılma davası açmayarak, aynı yılın Eylül ayına kadar sözleşmeye uymaya devam etmiştir. Davacı bu şekilde ekonomik krizden sonra, sözleşmeyi benimsemiş ve işlem temelini çökmediğini kabul etmiş sayılacağından uyarılma davası açma hakkını kaybettiğinin kabulü zorunludur. Mahkemece, bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir."⁴¹

şeklinde kaleme alınan kararlarda görüldüğü gibi, edimin ihtirazi kayıtsız ifası uyarılma talep hakkının kaybedilmesine sebep olmaktadır.

2. Değişen Hal ve Şartlar Bakımından Borçlunun Kusurunun Bulunmaması

Aşırı ifa güçlüğü yaratan olgu ve aşırı ifa güçlüğü durumu borçludan kaynaklanmamalıdır.⁴²

Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarında,

"Uyarılma isteyen davacı değişen hal ve şartların ortaya çıkmasına kendi kusuruyla sebebiyet vermemelidir. Değişen hal ve şartlar bakımından önceden görülebilir (tahmin edilebilir) veya beklenebilir nitelikte olmamalıdır veya olaylar öngörülebilir nitelikte olmakla beraber bunların sözleşmeye olan etkilerinin

DİPNOT

³⁶ Arat, s. 100.

³⁷ Yargıtay 19. HD, T. 26.1.2017, E. 2016/10978, K. 2017/538.

³⁸ Kaplan, s.145; Arat, s. 123.

³⁹ Baysal, s. 317.

⁴⁰ Yargıtay 13. HD, T. 05.05.2011, E. 2010/17858, K. 2011/7265.

⁴¹ Yargıtay 13. HD, T. 27.12.2002, E. 2002/9911, K. 2002/14153.

⁴² "Nemo auditor propriam turpitudinem allegans" (Hiç kimse kendi kusuruna dayanarak hak talep edemez).

PART 14

their impact on the contract should not be predictable."⁴³

That the parties are in default prohibits demanding adaptation. "In terms of our law, fault is not necessary to be in default. However, in the case of adaptation, the default constitutes a fault. However, if there is no fault in default, then it is accepted that the related party may demand an adaptation."⁴⁴

The Court of Appeal considers the default in its decisions and rejects the adaptation demand of the defaulting party.⁴⁵

3. Change of Conditions and Circumstances Are Not Predictable or Expected

One of the fundamental conditions for the adaptation of the contract under Article 138 of the TCO is that the conditions at the time of the execution of the contract were changed unpredictably.⁴⁶

All events that constitute a force majeure are unpredictable, as they cannot be predicted by a reasonable person. "Whereas, normal expensiveness, fluctuations in the economic conjuncture, a decrease in the value of money, changes in weather conditions and normal regulations in the legislation are considered to be predictable."⁴⁷

In addition, in the practice of the Court of Appeal, it is stated that if the contracting party is a merchant, the situation changes should be foreseen in the framework of the obligation to act as a prudent merchant. For example, in one decision "Again, considering the plaintiff's obligation to act as a prudent merchant, it was decided that the case should be rejected on the grounds that none of the conditions required for adaptation according to Article 138 of the TCO had been made for the plaintiff."⁴⁸

While the Court of Appeal tends to take this position, some authors in the doctrine state that the fact that the contracting party is a merchant does not always require foreseeing the change of conditions. It is argued that it is important to determine whether a reasonable person in his place can foresee this situation.⁴⁹

kapsam ve biçim bakımından derecesi tahmin edilmemelidir."⁴³ şeklinde hüküm kurduğu görülmektedir.

Tarafların temerrüde düşmüş olması, uyarılma talebinde bulunulmasına engel olur. "Hukukumuz bakımından temerrüde düşmek için kusur aranmaz. Ancak uyarılma söz konusu olduğunda temerrüt bir kusur teşkil eder. Bununla birlikte temerrüde düşmede bir kusur bulunmuyorsa o zaman ilgili tarafın uyarılma talep edebileceği kabul edilmektedir."⁴⁴

Yargıtay, kararlarında temerrüdü dikkate almakta ve temerrüde düşen tarafın uyarılma talebini reddetmektedir.⁴⁵

3. Değişen Hal ve Şartların Önceden Tahmin Edilebilir veya Beklenebilir Olmaması

Yukarıda da ifade edildiği üzere, TBK'nın 138. maddesi çerçevesinde sözleşmenin uyarılmasının temel şartlarından biri, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan öngörülemez surette değişmiş olmasıdır.⁴⁶

Mücbir sebep teşkil eden bütün olaylar, makul düşünen bir insan tarafından öngörülebilecek nitelik taşımadığından, önceden tahmin edilemez niteliktedir. "Buna karşılık, normal pahalılık, ekonomik konjonktürdeki sallantılar, para değerinin düşmesi, hava şartlarındaki değişiklikler ve mevzuattaki normal düzenlemeler önceden tahmin edilebilir nitelikte sayılır."⁴⁷

Ek olarak, Yargıtay uygulamasında, sözleşme tarafının tacir olması halinde, basiretli iş adamı gibi hareket etme yükümlülüğü çerçevesinde, durum değişikliklerinin önceden öngörülmesi gerektiği belirtilmektedir. Örneğin bir kararda "Yine davacının basiretli tacir gibi davranma yükümlülüğü de göz önüne alındığında BK'nın 138. maddesine göre uyarılma için aranan şartlardan hiçbirini davacı açısından gerçekleştirmediği gerekçeyle, davanın reddine (...) karar verilmiştir."⁴⁸

Yargıtay uygulaması bu yönde olmakla beraber, öğretide bazı yazarlar, Yargıtay uygulamasında kabul edilen aksine sözleşme tarafının tacir olmasının, durum değişikliğini önceden öngörmesini her zaman gerektirmediğini belirtmektedir. Önemli olan hususun, onun yerinde bulunan makul bir kişinin bu durumu öngörüp öngöremeyeceğinin belirlenmesi olduğu ileri sürülmektedir.⁴⁹

4. Sözleşmede Olumsuz İntibak

FOOTNOTE

⁴³ CA. 13. CC, dated 05.05.2011, numbered E. 2010/17858, K. 2011/7265.

⁴⁴ Arat, p. 148.

⁴⁵ "The debtor in default cannot make a request to adapt his debt." SC. 11. C, numbered E. 2002/7816 K. 2003/302 dated 16.1.2003; numbered E. 1997/2072 K. 1997/4215 dated 3.6.1997; numbered E. 1995/534 K. 1995/4540 dated 2.6.1995.

⁴⁶ Selin Gülbahar Süzgül, Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, 2018, p.78.

⁴⁷ Kaplan, p.145.

⁴⁸ CA. 23. CC, dated 31.5.2017, numbered E. 2015/6940, K. 2017/1638.

⁴⁹ Baysal, p. 416.

⁵⁰ CA. 13. CC, dated 3.2.1997, numbered E. 1997/401, K. 1997/640.

⁵¹ SCACC, dated 15.10.2003, numbered E. 2003/13-599, K. 2003/599.

⁵² Baysal, p. 276.

4. Absence of Negative Adaptation Provision in the Contract

In cases where negative adaptation provisions are agreed, the rules must be applied in principle. This situation is stated by the Court of Cassation: "A person who undertakes the risk of changing terms and conditions with a provision in the contract avoids himself from this risk on the basis of the rule of good faith and fairness."⁵⁰ However, in some cases, it may still be possible to enforce Article 138 of the TCO in spite of the existence of negative adaptation provisions.

In some cases, requesting the implementation of the provisions according to the contract may mean the abuse of the right under Article 2/2 of the TCC. In such cases, the judge may review the contract in accordance with the changing conditions despite the adaptation provisions of the contract.

The General Assembly of the Court of Appeal stated in its decision that:⁵¹

"In spite of a positive and negative adaptation provisions in the contract, that the requesting the implementation of the provisions according as the contract on the basis of these provisions, may mean the abuse of rights under Article 2/2 TCC. In such a case, the adaptation should still be made if there is excessive instability between the acts despite the adaptation provision of the contract".

In this context, the adaptation provisions which determine the risk sharing may also be subject to adaptation.⁵² In other words, adaptation provisions may also be adapted. When these conditions are fulfilled in accordance with Article 138 of TCO, adaptation shall be requested to the judge at first.

IV. CLAIM AND RESULTS OF ADAPTATION

A. Adaptation of the Contract

If the performance becomes extremely difficult, the debtor may demand adaptation of the contract to the new conditions, or if not, he may demand the termination of the contract. These rights given to the debtor are not elective. The judge shall exercise its judicial discretion when adapting the contract. In other words, the judge is free to determine the amount and method. Also, it should be

Kaydının Bulunmaması

Olumsuz intibak hükümlerinin kararlaştırıldığı durumlarda, söz konusu hükümlerin kural olarak uygulanması gerekir. Bu durum, Yargıtay tarafından "Sözleşmedeki bir kayıtlı değişen hal ve şartların rizikosunu üstlenen kimse, doğruluk ve dürüstlük kuralına dayanarak sonradan bu rizikodan kendisini kurtarmaz"⁵⁰ şeklinde ifade edilmiştir. Ancak bazı durumlarda, olumsuz intibak hükümlerinin varlığına rağmen TBK m. 138'in uygulanması yine de mümkün olabilir.

Bazı durumlarda sözleşmede yer alan hükümlerin aynen uygulanmasını talep etmek TMK m. 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir. Böyle hallerde hâkim, sözleşmedeki uyarlamaya ilişkin hükümlere rağmen sözleşmeyi değişen şartlara göre yeniden gözden geçirebilir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında⁵¹,

"Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanılarak sözleşmenin kayıtlı birlikte aynen uygulanmasını talep etmek MK. m. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki intibak kaydına rağmen edimler arasında aşırı nispetlilik çıkmışsa uyarlama yine de yapılmalıdır" şeklinde içtihatla bulunmuştur.

Bu kapsamda, risk paylaşımını belirleyen uyarlama hükümleri de uyarlamaya maruz kalabilir.⁵² Bir başka deyişle, intibak hükümlerinin de uyarlanması söz konusu olabilir. TBK m. 138 uyarınca bu şartlar gerçekleştiğinde, önce hâkimden uyarlama talep edilmesi gerekecektir.

IV. UYARLAMANIN TALEP EDİLMESİ VE SONUÇLARI

A. Sözleşmenin Uyarlanması

İfanın aşırı ölçüde güçleşmesi halinde, borçlu sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını veya mümkün olmadığı takdirde sözleşmenin sona erdirilmesini talep edebilir. Borçluya tanınan söz konusu haklar seçimlik değildir. Hâkim sözleşmeyi uyarlarken takdir yetkisini kullanacaktır. Bir başka deyişle, hâkim miktarı ve yöntemi belirlerken serbesttir. Ayrıca, belirtmek gerekir ki, hâkim gerekli gördüğü hallerde davacının

DİPNOT

43 Yargıtay 13. HD, T. 05.05.2011, E. 2010/17858, K. 2011/7265.

44 Arat, s. 148.

45 "Temerrüde düşen borçlu, borcunun uyarlanması yönünde bir istemde bulunamaz." Yargıtay 11. HD, T. 16.1.2003, E. 2002/7816, K. 2003/302; T. 3.6.1997, E. 1997/2072, K. 1997/4215; T. 2.6.1995, E. 1995/534, K. 1995/4540.

46 Selin Gülbahar Süzgül, Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Ankara 2018, s.78.

47 Kaplan, s.145.

48 Yargıtay 23. HD, T. 31.5.2017, E. 2015/6940, K. 2017/1638.

49 Baysal, s. 416.

50 Yargıtay 13. HD, T. 3.2.1997, E. 1997/401, K. 1997/640.

51 YHGK, T. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599.

52 Baysal, s. 276.

PART 14

noted that the judge may adopt a different method than the plaintiff requested when he/she deems it necessary. However, in any case, the judge shall pay regard to the interests of the parties and shall make the most equitable decision. The judge shall apply to the rules of interpretation by evaluating the purpose, meaning of the contract and the intentions of the parties. The adaptation is considered as a constitutive decision due to the fact that it occurs with the decision of the judge.

B. Turnover of the Contract

The termination of the contract according to Article 138 of the TCO, can be possible as long as all the conditions of Article 138 of TCO exist collectively and to the extent that the narrow adaptation cannot be adapted. In spite of the fact that narrow adaptation is possible, that the common will of the parties may be contrary to this, requires the termination of the contract. Since termination is the subject of continuous contracts that proactively expire, though the turnover is subject of in terms of the short-term contracts are intended to be effective retroactively expire.

Even if the debtor demands the judge terminate the contract directly, he/she should make a judicial assessment of the situation. The judge must first look at whether adaptation is possible. However, in cases where the contract would never be established if the parties knew the fact that created the hardship or the situations shows that the adaptation is no longer possible, the judge may decide to avoid the contract. In addition, the plaintiff should indicate that he/she demands to use the right to avoid the contract.

As the termination of the contract is a heavy measure, compensation may be awarded in favor of the other party due to the risk being taken from the other party and given to the party. As a matter of fact, the parties do not cause hardship which means they do not have fault, for adapting the contract due to the hardship. Notwithstanding the fault, the said price shall be awarded in order to share the risk fairly and ensure fairness between the parties. However, the adjustment compensation should not be awarded in any case.⁵³ Although the law does not provide explicit regulation in this respect, it is argued that the second paragraph of Article 331 of the TCO (adjustment fee in case of extraordinary termination of the lease contract) should be applied by way of analogy.⁵⁴

talep ettiğinden farklı bir yöntemi de benimseyebilecektir. Ancak, her halükarda tarafların menfaatini gözetecek ve hakka niyete en uygun kararı verecektir. Hâkim, sözleşmenin amacını, anlamını, tarafların niyetlerini değerlendirmek suretiyle yorum kurallarına başvuracaktır. Uyarılama, hâkimin kararıyla gerçekleşeceğinden dolayı inşai nitelikte bir karar olarak değerlendirilmektedir.

B. Sözleşmeden Dönme

TBK m. 138 uyarınca sözleşmenin sona erdirilmesi ancak TBK m. 138'in bütün şartlarının birlikte var olması ve dar anlamda uyarılamanın gerçekleştirilememesi halinde mümkündür. Dar anlamda uyarılamanın mümkün olmasına karşılık, tarafların ortak iradesi bunun aksi yönünde olması yine sözleşmenin sona erdirilmesini gerektirir. Sürekli sözleşmelerde sona erme ileriye etkili olduğundan dolayı fesih ve kısa süreli sözleşmeler açısından geriye etkili olması hedeflendiğinde dönme söz konusudur.

Borçlu hâkimden doğrudan sözleşmenin sona erdirilmesini talep etse dahi hâkim durum değerlendirmesi yapmalı ve ilk olarak uyarılamanın mümkün olup olmadığına bakmalıdır. Ancak, tarafların ifayı aşırı derecede güçleştiren olguyu bilselerdi sözleşmeyi hiç kurmayacakları ve uyarılamanın artık mümkün olmadığını gösteren hallerde hâkim dönme kararı verebilir. Ayrıca, davacının sözleşmeden dönme hakkını kullanmak istediğini belirtmesi gerekmektedir.

Sözleşmenin sona erdirilmesi ağır bir tedbir olduğundan, riskin bir taraftan alınarak diğer tarafa yükletilmesi sebebiyle karşı taraf lehine tazminata hükmedilebilir. Nitekim aşırı ifa güçlüğü sebebiyle sözleşmenin uyarlanmaması için tarafların bu duruma sebep vermemiş olması, yani kusursuz olması şarttır. Söz konusu bedele, kusura dayanmamakla birlikte, taraflar arasında riskin adil paylaşılması ve hakkaniyetin sağlanması amacıyla hükmedilir. Ancak, mutlak suretle her sona erme halinde denkleştirme tazminatına hükmedilmemelidir.⁵³ Kanunda bu yönde açık bir düzenleme olmamasına karşılık kıyas yoluyla TBK'nın 331 maddesinin ikinci fıkrasının (kira sözleşmesinin olağanüstü fesih halinde denkleştirme bedeli) uygulanması savunulmaktadır.⁵⁴

FOOTNOTE

⁵³ Arat, s. 213.

⁵⁴ Ibid, p. 390.

⁵⁵ From Baysal, p. 392, Kemal Tahir Gürsoy, *Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus- Emprizyon Nazariyesi*, Güney Matbaacılık 1950, p. 184.

⁵⁶ From Baysal, p. 392. naklen Gürsoy, p. 184.

C. Expiration of the Right to Adaptation and Foreclosure

In accordance with Article 138 of the TCO, in the case of the abovementioned conditions, the demand for the adaptation of the contract should be asserted unconditionally of any time requirement (in a reasonable time that does not constitute a violation of the rule of good faith set out in Article 2 of the TCC) from the date on which the fundamental change occurred in the present situation. The demand for the adaptation of the contract is not subject to any foreclosure period in principle. According to the doctrine and case law of the Court of Appeal, it is stated that any change in the current situation based on the adaptation request that has not been asserted for a long time shall hinder the demand of adaptation of the contract based on this reason. In the doctrine, it is stated that the use of the right to adapt bears its consequences and is removed, due to the fact that it is a formative right that expires after it is asserted.⁵⁵ Due to the fact that the adaptation request is a formative right, it can be ended by the ex-

C. Uyarılama Hakkının Sona Ermesi ve Hak Düşürücü Süre

TBK m. 138 uyarınca, yukarıdaki belirttiğimiz şartların meydana gelmesi hâlinde, herhangi bir süre koşuluna bağlı kalınmaksızın mevcut durumda meydana gelen esaslı değişikliğin vuku bulduğu tarihten itibaren (TMK 2. maddesinde düzenlenen dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmeyecek makul bir sürede) sözleşmenin uyarlanması talebinin ileri sürülmesi gerekmektedir. Kural olarak sözleşmenin uyarlanması talebi herhangi bir hak düşürücü süreye tabi değildir. Doktrinde ve yerleşik Yargıtay içtihatları bakımından, uyarılama talebine dayanak teşkil eden mevcut durumdaki değişikliğin uzunca bir süre ileri sürülmemesinin artık bu sebebe dayanılarak sözleşmenin uyarlanmasının talep edilmesine engel teşkil edeceği yönündedir. Doktrinde uyarılama hakkının yenilik doğuran bir hak olmasından dolayı kullanılmasıyla artık bu hakkın sonuçlarını doğuracağı ve ortadan kalkacağı ifade edilmiştir⁵⁵. Uyarılama talebinin, yenilik doğuran bir hak olmasından dolayı hak düşürücü sürenin dolması ile de sona erebilecektir. TBK m. 138’de bir hak düşürücü süre belirlenmemiştir. Uyarılama

As the termination of the contract is a heavy measure, compensation may be awarded in favor of the other party due to the risk being taken from the other party and given to the party.

Sözleşmenin sona erdirilmesi ağır bir tedbir olduğundan, riskin bir taraftan alınarak diğer tarafa yükletilmesi sebebiyle karşı taraf lehine tazminata hükmedilebilir.

piration of the foreclosure period. There is no foreclosure period determined in Article 138 of the TCO. If the parties have not set a time limit, there is no foreclosure period for the right to adaptation. In the doctrine, a solution was created in order not to cause any uncertainty against the addressee in terms of formative rights that is not subject to a foreclosure period. According to one opinion, a right which has not been used for a long time in accordance with the rule of good faith means the right is waived.⁵⁶ The waiver of the right to adaptation is another reason for the expiration of formative rights. According to another view, it is possible to waive the unexpected situation in advance. However, the objection to the use

hakkı için, taraflar da bir hak düşürücü süre belirlemediyse ise herhangi bir hak düşürücü süre söz konusu olmayacaktır. Doktrinde bir hak düşürücü süreye tabi olmayan yenilik doğuran haklar bakımından muhatap aleyhine bir belirsizliğe yol açmamak için çözüm üretilmiştir. Bir görüşe göre hakkın dürüstlük kuralı uyarınca uzun bir süre boyunca kullanılmaması bu haktan feragat anlamını taşımaktadır⁵⁶. Uyarılama hakkından feragat edilmesi de yenilik doğuran haklar bakımından başka bir sona erme nedenidir. Bir başka görüşe göre de, beklenmeyen halden peşi-

DİPNOT

⁵³ Arat, s. 213.

⁵⁴ Baysal, s. 390.

⁵⁵ Baysal, s. 392’den naklen Kemal Tahir Gürsoy, Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus-Emprvizyon Nazariyesi, Güney Matbaacılık 1950, s. 184.

⁵⁶ Baysal, s. 392’den naklen Gürsoy, s. 184.

PART 14

of the right for adaptation based on this provision in the contract can be considered as an abuse of the rule of good faith under the circumstances in the present case.⁵⁷

V. SCOPE OF APPLICATION OF THE TCO ARTICLE 138 DUE TO ECONOMIC CRISIS AND DEVALUATION

Although any sudden fluctuations in the economy may cause a break in the balance between the performances and result in devastation of the parties, the settled case law of the Court of Appeal is that this situation is foreseeable at the stage of establishing the contract. The reason for this is that Turkey is experiencing an economic crisis and a loss of value every 10 years, and so it is necessary for the parties to take this situation into account when establishing contractual relations.⁵⁸ However, the impact on the substantial contractual relationship of each economic crisis should be carefully considered.⁵⁹ The impact of the effect should also be taken into account, for example, whether the effect can be expected in terms of the contractual relationship.

The Resolution of the President on the Amendment to the Resolution No. 32 on the Protection of the Value of Turkish Currency dated 13 September 2018 and numbered 85 in the Resolution dated 32.09.1989 and numbered 32, introduces limitations regarding restrictions on foreign currency indexed contracts among those resident in Turkey. In this context, it is forbidden to decide on the contract price and any other payment obligations arising from these contracts in terms of foreign currency or foreign exchange in all types of movable and real estate leasing, leasing, labor, service and construction contracts, including movable and real estate purchase and sale, car rent and leasing. In accordance with the regulations, it is mandatory to adapt the types of contracts determined in foreign currencies: "Within thirty days from the date of entry into force of this Resolution, the prices determined in foreign currency in the contracts shall be re-determined by the parties as Turkish Lira, except in cases determined by the Ministry."

nen feragat mümkündür. Ancak sözleşmede getirilen bu hükme dayanılarak uyarlamaya karşı çıkılması somut olaydaki koşullara göre hakkın kötüye kullanılması sayılabilir.⁵⁷

V. EKONOMİK KRİZ VE PARANIN DEĞER KAYBETMESİ SEBEBİYLE TBK M.138'İN UYGULAMA ALANI

Her ne kadar, ekonomideki ani dalgalanmalar, edimler arasındaki dengeyi fazlasıyla bozarak, tarafların mahvına sebep olabilenmekteyse de, Yargıtay'ın yerleşik içtihadı sözleşmenin kurulması aşamasında bu durumun öngörülebilir olduğu yönündedir. Bunun sebebi ise Türkiye'de her 10 yılda bir ekonomik kriz ve değer kaybının yaşandığı ve artık tarafların sözleşmesel ilişkiler kurarken bu durumu dikkate almasının gerekliliğidir.⁵⁸ Ancak, her ekonomik kriz bakımından somut sözleşme ilişkisi üzerindeki etkisi dikkate değerlendirilmelidir.⁵⁹ Etkinin sözleşme ilişkisi bakımından beklenebilir olup olmadığı gibi yarattığı etkinin ağırlığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

Yaşanan ekonomik krizler sonrası, Türk parasının değer kaybetmemesi adına birtakım önlemler alınmıştır. Ancak bu önlemler de yeterli görülmeyip son zamanlarda dövizin Türk parası karşısında hızlı değer artışı yeni birtakım tedbirler alınmasına neden olmuştur. 07.08.1989 tarihli ve 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Karar'da 13 Eylül 2018 tarihli ve 85 sayılı "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Cumhurbaşkanı Kararı" ile Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında yapacakları dövize endeksli sözleşmelere ilişkin sınırlamalar getirilmiştir. Bu bağlamda menkul ve gayrimenkul alım satım, taşıt ve finansal kiralama dâhil her türlü menkul ve gayrimenkul kiralama, leasing ile iş, hizmet ve eser sözleşmelerinde sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması yasaklanmıştır. "Bu Kararın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir." şeklinde düzenleme gereği yabancı para cinsinden kararlaştırılan sözleşme tiplerinin zorunlu olarak uyarlanması düzenlenmiştir.

FOOTNOTE

⁵⁷ From Baysal, p. 399, Enis Sarıal, "Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi", Yargı Dergisi 1980/04, p. 28.

⁵⁸ SCACC, dated 15.10.2003, numbered E. 2003/13-599, K. 2003/599.

⁵⁹ Baysal, p. 248.

VI. CONCLUSION

Article 138 regulated by the TCO has been shaped around the precedent of the Court of Appeal and doctrine during the ACO. The adaptation of the contract has an exceptional characteristic and it should be kept in mind that the will of the parties and the contract should be sustained. It will come up only when the conditions are fulfilled and the parties are no longer expected to continue their performances. The judge must first choose the way of sustaining the contract. In this context, he may add provisions or change the provisions in the contract. However, even if the contract is adapted, he may use the right to terminate the contract if the balance of benefits between the parties cannot be achieved. In case of failure to achieve justice despite the termination, the judge is able to award equalization compensation in favor of the aggrieved party. Although established case law of the Court of Appeal suggests that Turkey has predictable economic terms, the judge should make additional evaluation of the changes according to each event and its impact upon the contract.

VI. SONUÇ

TBK ile düzenlenen m. 138, eski BK dönemindeki Yargıtay kararları ve öğretisi çevresinde şekillenmiştir. Sözleşmenin uyarlanması istisnai bir özelliğe sahip olup, esas olanın tarafların iradelerinin ve sözleşmenin ayakta tutulması olduğu unutulmamalıdır. Ancak, şartları gerçekleştiğinde artık tarafların edimlerinin ifasına devam etmesi beklenemeyeceği durumlarda gündeme gelecektir. Hâkim, öncelikle sözleşmenin ayakta tutulması yolunu seçmelidir. Bu kapsamda, sözleşmeye hüküm ekleyebilir veya sözleşmedeki hükümleri değiştirme yoluna gidebilir. Ancak, sözleşmenin uyarlanması halinde dahi taraflar arasındaki menfaat dengesi sağlanamadığı hallerde sözleşmeyi sona erdirmeye hakkını kullanabilir. Sona ermeye rağmen hakkaniyetin sağlanamaması halinde hâkim mağdur taraf lehine denkleştirme tazminatına hükmedebilecektir. Yargıtay'ın yerleşik içtihadı Türkiye'nin ekonomik şartlarının öngörülebilir olduğu yönündeyse de değişikliklerin her bir olay ve sözleşmeye olan etkisi bakımından hâkim ayrıca değerlendirilmelidir.

BIBLIOGRAPHY

- AYŞE ARAT**, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006
- BAŞAK BAYSAL**, Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 2nd Edition., Ankara 2017
- FİKRET EREN**, Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 18th Edition, Ankara 2015
- GÖKHAN ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vol 3, İstanbul 2017
- İBRAHİM KAPLAN**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3rd Edition, Ankara 2013
- İLHAN KARA**, Tüketici Hukuku, Ankara 2012
- KEMAL OĞUZMAN - TURGUT ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Vol. I, İstanbul 2010
- KEMAL TAHİR GÜRSOY**, Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus: Emprevizyon Nazariyesi, 1949
- PINAR ALTINOK ORMANCI**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, İstanbul 2011
- RONA SEROZAN İFA**, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Vol 3, 6th Edition, İstanbul 2014
- SELİN GÜLBAHAR SÜZGÜN**, Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, 2018
- TURGUT UYAR**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Vol.1 Article 1-236, 2012

KAYNAKÇA

- AYŞE ARAT**, Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara 2006
- BAŞAK BAYSAL**, Sözleşmenin Uyarlanması BK m. 138 Aşırı İfa Güçlüğü, 2. Baskı, Ankara 2017
- FİKRET EREN**, Borçlar Kanunu Genel Hükümler, 18.Baskı, Ankara 2015
- GÖKHAN ANTALYA**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 3, İstanbul 2017
- İBRAHİM KAPLAN**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, 3. Baskı, Ankara 2013
- İLHAN KARA**, Tüketici Hukuku, Ankara 2012
- KEMAL OĞUZMAN - TURGUT ÖZ**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I, İstanbul 2010
- KEMAL TAHİR GÜRSOY**, Hususi Hukukda Clausula Rebus Sic Stantibus: Emprevizyon Nazariyesi, 1949
- PINAR ALTINOK ORMANCI**, Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebep Feshi, 1.Baskı, İstanbul 2011
- RONA SEROZAN İFA**, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Cilt 3, 6.Baskı, İstanbul 2014
- SELİN GÜLBAHAR SÜZGÜN**, Sözleşmenin Değişen Koşullara Uyarlanması, Ankara 2018
- TURGUT UYAR**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi Cilt:1 Madde 1-236, 2012

DİPNOT

57 Baysal s. 399'den naklen Enis Sarıal, "Beklenmeyen Halin Sözleşmeye Etkisi" Yargı Dergisi 1980/04, s. 28.

58 YHGK, T. 15.10.2003, E. 2003/13-599, K. 2003/599.

59 Baysal, s. 248.