

Kanunen Geçerlilik Şekline Bağlı Sözleşmelerde Sürenin Uzatılmasına Yönelik Anlaşmanın Şekli^(H)

*E. Sabâ Özmen**
*Müge Ürem***

ÖZ

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun 2.maddesi gereğince sözleşme özgürlüğüne ikinci dereceden noktalar, taraflarca kararlaştırılmamış olsa bile bu durum, sözleşmenin geçerli olarak kurulmasını etkilememektedir. Taraflarca sözleşmede borcun ifa zamanının saptanması, kanun koyucu tarafından esaslı nokta olarak kabul edilmemiştir. Sözleşmede sonradan ifa zamanının kararlaştırılması veya kararlaştırılan sürenin sözleşme kurulduktan sonra uzatılması halinde şekil hususu önem taşımaktadır. Sürenin sözleşme kurulurken kararlaştırılmaması halinde boşlukta bırakılan bu hususun, “erteleme sözleşmesi” olarak da adlandırılan irade uyumu ile sonradan belirlenmesi halinde TBK m.13 hükmüne kanunda geçerlilik şekli öngörülmüş sözleşmelerde ifa zamanının sonradan kararlaştırılması noktasında hangi şekle tabi olunması gerektiğinde duraksama yaşanmaktadır. Bu hususta doktrinde ve içtihatlarda birlik sağlanamamış olup çalışmamızın ele alınma amacı, özellikle resmi şekle tabi arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin uygulamasında yaşanan tereddütlerin giderilmesi olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Sözleşmede Değişiklik; Erteleme (*Tecil*) Sözleşmesi; Şekil; İfa Zamanı; Sürenin Uzatılması.

^(H) Makale hakem incelemesinden geçmiştir.

* Prof. Dr., Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Başkanı; etemsabaozmen@maltepe.edu.tr; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8622-9660>

** Doç. Dr., İstanbul. S. Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı; muge.urem@izu.edu.tr; ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4143-5575>

ABSTRACT

Pursuant to Article 2 of the Turkish Code of Obligations No. 6098, even if the second degree points are not agreed upon by the parties, the contract is validly concluded in this case. The determination of the time of performance of the obligation by the parties in the contract is not accepted by the legislator as an essential point. In the event that the time of performance is subsequently determined under the contract or the agreed period is extended after the conclusion of the contract, the issue of form is important. In the event that this issue, which was not agreed upon at the time of the signing of the contract and left in a legal gap, is subsequently determined by the 'postponement agreement', there is a hesitation as to which form should be subject to the subsequent determination of the time of performance in contracts for which the validity form is stipulated in the law in accordance with Article 13 of the TCO. There is no unity in the doctrine and jurisprudence on this issue; the purpose of our study is to eliminate the hesitations experienced especially in the application of construction agreements in return for land shares signed in official form.

Keywords: Amendment to the Contract; Postponement Agreement; Form; Time of Performance; Extension of Time.

I. Genel Olarak Konunun Sunumu

Türk Borçlar Kanunu'nun "İkinci derecedeki noktalar" başlıklı m. 2 hükmünce taraflar sözleşmenin esaslı noktalarında uyuşmuşlarsa, ikinci derecedeki noktalar üzerinde durulmamış olsa bile, sözleşme kurulmuş sayılır. İkinci dereceden noktalar sözleşme özgürlüğünce taraflarca belirlenmemiş olsa bile bu durum, sözleşmenin geçerliliğini etkilemese de işin özelliği gereğince kanunen şekle bağlanmış sözleşmelerde ifa zamanının saptanması önem taşımakta ve böylece sübjektif esaslı nokta olarak sözleşmede borcun ifa edileceği sürenin veya anın belirlendiği görülmektedir. Araştırmamızın konusu, TBK m. 12 hükmünce geçerlilik şekline bağlı sözleşmelerde sözleşme kurulduktan sonra ifa zamanının ayrıca saptanması veya (TBK m. 95 hükmünce) mevcut sözleşme hükmünde değişiklik yapılması halinde süre uzatım anlaşmalarının, TBK m.

13 hükmüne göre geçerlilik şekline tabi olup olmadığına ilişkindir. Resmi şekle bağlı sözleşmelerde ve özellikle arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi açısından önemi tartışmasız olan bu hususta doktrinde ve mahkeme kararlarında uygulamaya yol gösterici yerleşik görüşün olmaması, bizi bu çalışmada gerekçe bulmaya itmiştir.

II. Sözleşmelerde İfa Zamanının Saptanması

Tarafların borçların ifa zamanını sözleşmede belirlememesi, sözleşmelerin kurulması açısından hukukumuzda birinci dereceden, objektif esaslı nokta olarak kabul edilmemiş olup buna ilişkin yedek hukuk hükmü niteliğinde olan “Süreyle bağlanmamış borç” başlıklı TBK m. 90 hükmü “İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur.” şeklindedir. İfa zamanının kararlaştırılmaması halinde tarafların sonradan boşluğu doldurma yolunda ifa zamanını saptamak istemeleri halinde bunun, TBK m. 13 hükmünce “sözleşmede değişiklik sözleşmesi (Abänderungsvertrag)” olarak kabul edilip edilmeyeceği, uyumsuzluk konusu olarak karşımıza gelmektedir.

İfa zamanının kararlaştırılması, borçların ifası aşamasında büyük önem taşımakta olup edimin ifasının mümkün olduğu hallerde temerrüde bağlı seçimlik haklar, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde seçimlik yenilik doğuran haklar ile farklı talep haklarının gündeme gelmesine yol açmaktadır. Tarafların sübjektif esaslı nokta olarak ifa zamanını saptamaları veya bunun kararlaştırılmamış olması halinde HMK m. 163 vd. hükmünce ön sorunun saptaması gerekli olduğunda, tarafların sözleşmede değişiklik ile yeni bir ifa zamanını saptamaları konusunda şekle ilişkin uyumsuzlukların yaşanması kaçınılmaz hale gelmektedir.

Konu başlığımız altında mevcut sözleşmede ifa zamanına hiç değinilmemiş olması halinde bu yöndeki boşluğun sonradan taraflarca doldurulmuş olması, erteleme sözleşmesi olarak nitelendirilemeyecek olup bu durumda “sözleşmenin tamamlanması” olgusu karşısında TBK m. 13 hükmünce değişiklikten de bahsedilemeyecektir¹.

¹ BİLGİN YÜCE, Melek, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 262.

III. Sürenin Uzatılması Açısından Kanuni Düzenleme

Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerinde düzenlenmiş "Sürenin uzatılması" başlıklı TBK m. 95 hükmü "Süre uzatılmış ise yeni süre, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, önceki sürenin sona ermesini izleyen birinci günden başlar." şeklinde olup² süre uzatımının irade serbestisi ile mümkün olduğu açıktır. Bu yönde ayrıntılı bir açıklamaya girmeksizin konu başlığımız altında açıklamalara yer vereceğiz.

IV. Sürenin Uzatılması Anlaşmasında Şekil Sorunu

A. Geçerlilik Şekline Bağlı Olmayan Sözleşmelerde Sürenin Uzatılması Anlaşması

Bu başlık altında kanunda geçerlilik şekli öngörülmemiş sözleşmelerde sürenin uzatılması yönündeki anlaşmaların (*Fristverlängerung*), mevcut sözleşmenin TBK m. 17 hükmünce iradi şekle bağlı olması veya olmaması ayırımına göre özellikle ispat açısından önemine ve şekil sorununa değinmek istiyoruz.

Sözleşmelerin şeklinde genel kural olarak düzenlenmiş TBK m. 12/I hükmü "Sözleşmelerin geçerliliği, kanunda aksi öngörülmedikçe, hiçbir şekle bağlı değildir." şeklindedir. Kanunen şekle tabi tutulmamış bir sözleşmenin tarafların iradesi ile şekle tabi tutulmak istenmesi halinde ise uygulama alanı bulacak "İradi şekil" başlıklı TBK m. 17/I hüküm "Kanunda şekle bağlanmamış bir sözleşmenin taraflarca belirli bir şekilde yapılması kararlaştırılmışsa, belirlenen şekilde yapılmayan sözleşme tarafları bağlamaz." şeklinde olup tarafların sübjektif esaslı nokta olarak şekil zorunluluğunu kabul etmeleri halinde sonradan süre uzatım anlaşmasının da bu şekle tabi olup olmayacağı tartışması, bu meyanda çözüm bekleyecektir.

² 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 79. maddesinde yer alan "aksi şart edilmedikçe" ifadesi TBK'da kaldırılmış ise de taraflarca sürenin ne zamandan itibaren uzamaya başlayacağı açıkça kararlaştırılabilir.

Şekil, geçerlilik şekli olarak tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kararlaştırıldığında artık “iradi şekil” olarak kararlaştırılan şekle uyulmaması sonucunda sözleşme kurulmuş olmayacaktır. Geçerlilik şekline bağlı olmayan bir sözleşmeyi iradi şekil ile belirli bir şekilde yapma arzusunun temelinde yatan saik, ispat kolaylığı sağlama düşüncesine dayanmaktadır. Herhangi bir geçerlilik şekline bağlı olmasa da usul kanununda kişilerin aleyhlerine borç doğuran irade beyanının altında imzalarını taşıyan metinlerin senet kavramı altında³ ifade edilmesine bağlı olmakla tarafların iradi şekil arzusu duymasa dahi ispat şekli külfeti getirildiğini görmekteyiz. HMK m. 201 hükmünde senede bağlı her çeşit iddiaya karşı ileri sürülen ve senedin hüküm ve kuvvetini ortadan kaldıracak veya azaltacak nitelikte bulunan hukuki işlemlerin ikibinbeşyüz Türk Lirasından az bir miktara ait olsa bile tanıkla ispat olunamayacağı düzenlenmiş olup tanıkla ispat yasağının getirilmesi, ispat şeklinin varlığına yol açmaktadır.

Tarafların kanunen geçerlilik şekline tabi olmayan bir sözleşme için iradi şekil belirlemeleri halinde TBK m. 17 hükmünce iradi şekle bağlanmış sözleşmelerde süre uzatımının şekli açısından TBK m. 13 hükmüne göre değerlendirme yapmak gerekmektedir.

Deyimisel (lafzi; söze göre) yorum yapıldığında, TBK m. 17 hükmünce iradi şekle bağlı sözleşmelerde (örneğin sözleşme özgürlüğüne taraflarca resmi şekilde akdedilmesi kararlaştırılmış bir taşınır satış sözleşmesinde) süre uzatımının, taraflarca kararlaştırılan şekle tabi olma zorunluluğunun bulunmadığı sonucuna ulaşmak gerekecektir. Zira TBK m. 13 hükmündeki “Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde” ifadesinin aksiyle kanıttan (argumentum a contrario) ulaşılabilecek yorumla iradi şekle bağlı sözleşmelerde bu şekle bağlı olmaksızın süre uzatımının mümkün olduğu sonucuna varmak gerekecektir⁴.

³ Senet kavramı, TBK’da tanımlanmadığı gibi düzenleme konusu açısından önemli hüküm ve sonuçları barındıran HMK’da da tanımlanmamıştır. TBK’da yazılı şekle tabi olan senet, HMK m. 199 hükmünde “Uyuşmazlık konusu vakıaları ispata elverişli yazılı veya basılı metin, senet, çizim, plan, kroki, fotoğraf, film, görüntü veya ses kaydı gibi veriler ile elektronik ortamdaki veriler ve bunlara benzer bilgi taşıyıcıları bu Kanuna göre belgedir.” şeklinde hükümde düzenlenmiştir.

⁴ Bir görüşe göre iradi şekle tabi tutulmuş bir sözleşmedeki değişikliğin de yine aynı şekil-

Hal böyle olmakla iradi şekle göre kurulmuş bir sözleşmede sözleşme değişikliğine ilişkin geçerlilik şeklinin tespiti hususunda dayanağın TBK m. 13 hükmü olarak görülmesi doğru olmamakla birlikte TBK m. 13 hükmünün iradi şekle bağlanmış bir sözleşmenin değişikliğinde (*kıyasen*) uygulama alanı bulmayacağı; taraflar kararlaştırılmış iradi şekle sonradan yapacakları süre uzatımında uymasalar bile sözleşme değişikliğinin geçerlilik şekline tabi olmaksızın yapılabileceği; sırf iradi şekil tercih edildiği için ileride söz konusu olabilecek sözleşme değişikliğinde de peşinen iradi şekli seçtiklerinin kabul edilmemesi gerekecektir⁵.

B. Kanunda Geçerlilik Şekline Bağlanmış Sözleşmelerde Süre Uzatımının Şekli

1. TBK m. 95 Hükmünce Sürenin Uzatılması Anlaşması

TBK m. 13 hükmü gereğince kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunlu

de iradi şekle tabi olacağının kararlaştırılması halinde bu şekle uyulmaksızın yapılan sözleşme değişikliğinin geçerli olmayacağı; bu noktada TBK m. 13 hükmünün uygulama alanı bulmayacağı kabul edilmiştir. Bkz. ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016, s. 16-17; BİLGİN YÜCE, Melek, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018, m. 95, N. 7; BİLGİN YÜCE, s. 260.

⁵ Bu yönde bkz. BECKER, Hermann, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Berner Kommentar, Stämpfli, 1945, Art. 12, N. 5; SCHÖNENBERGER, Wilhelm/JÄGGI, Peter Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband V1a, (Artikel 1-17 OR), Schulthess, Zürich, 1973, Art. 12 N. 14; von TUHR/PETER, B. 1, 1979, s. 245; JÄGGI, Peter, Obligationenrecht Art. 1-17 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, Auflage Dritte, Schulthess, Zürich, 1973, Art. 12, N. 4; MÜLLER, Christoph, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Schulthess, Bern, 2018, Art. 12, N. 11; EREN, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Yetkin Yayıncılık, s. 289; ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998, s. 82; KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024, s. 34 vd.; GÜMÜŞ, M. Alper Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 288.

olup sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışında tutulmuştur. Ancak “sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler” kavramından ne anlaşılması gerektiği, karışıklık yaratmaktadır.

Hükümde yer alan “sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler” şeklindeki muğlak ifade, katı bir şekilde okunduğunda, sözleşmedeki bir değişikliğin, ancak “sözleşme metniyle çelişmiyorsa”, yani asıl sözleşmenin herhangi bir (açık) hükmüyle çelişmiyorsa, “tamamlayıcı yan hüküm” olduğu sonucuna varılmaktadır.

İfa zamanının belirlenmesine dayalı sözleşme hükümleri, kanaatimizce süre uzatımının mevcut sözleşmede değişiklik yaratma özelliğiyle “tamamlayıcı ve yan” nokta olarak nitelendirilemeyeceği açıktır; şöyle ki mevcut bir sözleşmede ifa zamanına ilişkin değişiklik “sübjektif esaslı nokta” niteliğini taşımaktadır. Borçların ifasında ifa zamanına bağlı olarak temerrüdün hüküm ve sonuç doğurması, hatta temerrüde düştükten sonra kusursuz ifa imkansızlığı hallerinde dahi TBK m. 119/I⁶ hükmü gereğince borçluyu TBK m. 136 hükmünce sorumluluktan kurtarma özelliği kaybolmakla bu yönde inkâr edilemeyecek bir öneme sahip olduğu kolaylıkla anlaşılmaktadır.

2. Geçerlilik Şekline Bağlı Sözleşmelerde Süre Uzatım Anlaşmasının Şekli

Süre uzatım anlaşmalarının TBK m. 95 hükmü kapsamında bağımsız ve fakat sözleşmede ifa zamanının değişmesine yönelik olarak TBK m. 131 hükmünce “asıl borca bağlı hak ve borçlar” bakımından değerlendirilmesi halinde karşımıza çıkacak hüküm, TBK m. 13 hükmüdür. Mevcut bir sözleşmede boşluğa dayalı olarak, TBK m. 90 hükmünce işin özelliğine bağlı bir belirlemenin yargılama faaliyeti ile ortaya çıkması yerine, tarafların sonradan ifa zamanı kararlaştırılması ya da zaten mevcut olan vadenin veya sürenin uzatılması yolunda irade açıklamasının esaslı bir değişiklik yaratıp yaratmadığını irdelemek, çalışmamızın amacını oluşturmaktadır.

⁶ Hükmün ilk fıkrası: “Temerrüde düşen borçlu, beklenmedik hâl sebebiyle doğacak zarardan sorumludur.”

TBK m. 13/I hükmü “*Kanunda yazılı şekilde yapılması öngörülen bir sözleşmenin değiştirilmesinde de yazılı şekle uyulması zorunludur. Ancak, sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hükümler bu kuralın dışındadır.*” şeklinde olduğundan deyimisel (*lafzi; söze göre*) yorumla ifade etmek gerekirse mevcut bir sözleşmede ifa zamanının değiştirilmesi, “*sözleşme metniyle çelişmeyen tamamlayıcı yan hüküm*” olarak mı değerlendirilecek, yoksa doktrindeki ifadesiyle “*esaslı değişiklik*” olarak sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şekline uyulması mı gerekecektir?

Sürenin uzatılmasına ilişkin TBK m. 95 hükmü ile TBK m. 13 hükmünün bağlantılı olup olmadığı noktasında karışıklık yaşanabilmektedir. TBK m. 13 hükmü uyarınca mevcut bir sözleşmenin ifa zamanına ilişkin boşluk veya kuralının aksine (*temerrüdün doğumunun öncesinde veya sonrasında*) sonradan getirilen değişiklik hükmünün esaslı sayılıp sayılmayacağı yolunda görüşler farklılık taşımaktadır.

Öncelikle kısaca sözleşmede değişikliğin hüküm ve sonuçlarını belirtelim. TBK m. 13 hükmü için gereken ilk şart, sözleşmenin halen en azından kısmen yürürlükte olması; yani henüz (*tamamen*) ifa edilmemiş olması iken ikinci şart ise sözleşme metninde “*değişiklik*” yapılmak istenmesidir. Bu da sözleşmenin tüm metninin değiştirilmesini değil, tarafların (*veya yasal haleflerinin*) TBK m. 1 hükmünce karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile kabul ettikleri bir değişiklik anlaşmasını (*Abänderungsvertrag*) ifade etmektedir. Bu durumda sözleşme hükümlerine ekleme yapılması (*niyeti*) veya (*imzanın gereklilikleri de dikkate alınarak*) sözleşme metnini değiştirme, yani bir hükmü kaldırma veya düzeltme söz konusu olabilmektedir⁷. Böylelikle vadesi dolmadığından temerrüdün de söz konusu olmadığı bir borcun ifa zamanının başka bir ana ötelenmesi ya da borcun muaccel hale gelmesinden sonra ifa zamanının ilerideki bir tarihe ertelenmesi irade özgürlüğüne göre tarafların anlaşmasıyla mümkündür. En çok sorun doğuran boyutla arsa payı karşılığı

⁷ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 12 N. 12; MÜLLER, Art. 12, N. 15, 23; KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Zürich, Schulthess, 2023, Art. 12, N. 2. TBK m. 13 hükmü anlamında bir değişiklik, mahkeme dışı bir uzlaşmaya varılmasıdır, bkz. BGE 95 II 419 E 2c, www.bger.ch/de/index.htm.

inşaat sözleşmesinde arsa sahiplerinin ifaya hazırlık fiilleri kapsamında yapıları boşaltması için sözleşmenin imzalanmasından itibaren 60 günlük sürenin belirlenmesi veya karşı edim borçlusu yüklenicinin yapı ruhsatı ya da yapı kullanma izin belgesini (*iskân ruhsatı*) alma süresinin dolması öncesinde veya sonrasında sürenin uzatılması anlaşmalarının katı bir nitelikleme ile irade özgürlüğüne konu olmakla geçerliliği tartışmasıdır. Bu sonuçla değişikliğin geçerli olmayacağı yolundaki görüşlere gerekçe oluşturabilecek söze sadakat (*ahde vefa; pacta sunt servanda*) ilkesine dayalı itirazlar kabul görmemelidir. Hatta taraflar sözleşmeye “ *taraflardan herhangi birinin, borçların ifasında süre uzatım talebinde bulunmayacağı*” şeklinde bir hüküm koymuş olsalar dahi bu yasaklayıcı sözleşme maddesinin sonradan borçlunun bu yönde getirdiği öneriye karşılık alacaklının kabulü ile varılan irade uyuşumunun geçerli olmayacağı söylenemez. Anayasa m. 48⁸ ve TBK m. 26⁹ hükmünce sözleşmenin içeriğini belirlemede özgürlük kapsamında sürenin uzatılması anlaşması, borcun ifa zamanına bağlı sonuçları değiştireceğinden sürenin uzatılması, TBK m. 1 hükmü gereğince tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile muacceliyeti ertelenecek borcun sözleşme ile kararlaştırılmasına dayanır; alacaklının kabul beyanı/rızası olmaksızın tek taraflı irade ile muacceliyet tarihi ileri atılamaz¹⁰.

Uygulamada özellikle uyuşmazlık konusu olarak karşımıza çıkan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde doktrin ve mahkeme kararları açısından bir birliğin de söz konusu olmaması, yargılama faaliyeti açısından önem taşıyan bu konunun irdelenmesini zorunlu kıldığından bu noktada alt başlıklarda doktrine ve mahkeme kararlarına yer verilecek, en sonda da farklı bir gerekçeye dayanan görüşümüz açıklanacaktır.

⁸ Hükmün ilk fıkrası: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir.”

⁹ “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.”

¹⁰ GÜMÜŞ, s. 705.

C. Doktrinde İleri Sürülen Görüşler

Doktrindeki ilk ve katı görüşe göre ise sözleşmede yapılan her türlü değişiklik, herhangi bir ayırım yapılmaksızın şekle tabidir¹¹. Belirtmek gerekir ki TBK m. 13 hükmünün deyimisel (*lafzi; söze göre*) yorumuna da bağlı olarak ilk olarak bu görüşün akla geliyor olması yadırgatıcı olmalıdır.

Bir diğer görüşe göre sözleşmede değişiklik, borç miktarını artırıyor veya borcu ağırlaştırıyorsa TBK m. 13 hükmünce şekle uymak zorunludur; borcu kaldıran ya da hafifleten sözleşme değişikliklerinde ise şekle uymak zorunluluğu yoktur¹². Yapılan değişikliğin sözleşmenin esaslı noktalarına mı, yoksa tamamlayıcı noktalarına ilişkin mi olduğu noktasında tereddüt oluşması halinde yapılan değişikliğin, şekil şartı getiren hükmün koruma kapsamına giren tarafın durumunu iyileştirdiği mi, yoksa ağırlaştırdığı mı dikkate alınmalıdır¹³.

Başka bir görüşe göre sözleşme değişikliğine yönelik bir hükmün, TBK m. 13 hükmü gereğince şekle tabi olup olmadığına, asıl sözleşme temel alınarak karar verilir. Buna göre değişiklik sözleşmesindeki hüküm,

¹¹ SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Cilt 1, Hak Yayınevi, İstanbul, 1958, s. 219. TBK m. 13 hükmünün amir hükmü gereğince asıl sözleşmenin kanunen şekle bağlı olması halinde erteleme sözleşmesinin de sözleşme ile aynı şekilde yapılmadıkça kesin hükümsüz olacağı yönünde bkz. BİLGİN YÜCE, m. 95, N. 7; BİLGİN YÜCE, s. 258.

¹² Bu yönde bkz. von TUHR/PETER, Allgemeine Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I/2-3, Schulthess, Zürich, 1979, s. 242-243; TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993, s. 130; EREN, 2014, s. 287; ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul, 2010, s. 19; Gümüş, s. 287; YALMAN, Süleyman, "Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Sonuçları", Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 2, 2016, s. 125-146, s. 132; SEÇER, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023, s. 66-67; AVCI, Ali, "Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar", TAAD, Y. 6, S. 21, Nisan 2015, s. 285-335, s. 323.

Örneğin inşaat sözleşmesinde kararlaştırılmış vadenin sonradan değiştirilmesinde de aynı şekle uyulması gerektiği yönünde bkz. ÖZ, s. 17.

¹³ OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2023, N. 477, dn. 417.

ancak asıl sözleşmedeki aynı hükmün taraflardan en az biri için önemli olmaması halinde TBK m. 13 hükmün anlamında bir yan hüküm olabilir; örneğin sözleşme değişikliği ile asıl sözleşmedeki bir hüküm somutlaştırıyorsa, yani arsa satın alırken ve üzerine inşaat yaparken arsa seçme hakkında durum böyledir¹⁴.

Son görüşe göre ise bu noktada bir ayırım yapılmalıdır; şöyle ki eksik iki taraflı veya tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde borcu kaldıran veya hafifleten sonraki anlaşmalar, TBK m. 13 hükmünce şekle tabi değildir; buna karşın tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından ise borcu kaldıran veya hafifleten sonraki anlaşmalar, diğer tarafın borcunun ağırlaşması sonucunu doğuracağından değişiklik, TBK m. 13 hükmünce şekle tabi tutulmalıdır¹⁵. Benzer yöndeki başka bir görüşe göre ise tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede bile taraflardan birinin borcu, örneğin ifa ile sona ermişse bu halde diğer tarafın borcunu kaldıran veya hafifleten sonraki anlaşmaların şekle bağlı olmaksızın geçerli olarak yapılabilmesine engel kalmamıştır; zira sona eren bir borcun ağırlaşmasından artık söz edilmesi mümkün değildir¹⁶.

Anılan görüşlerin aksine bir görüş, sürenin uzatılması yönündeki erteleme sözleşmesinin şekle tabi olmadığını¹⁷; bir diğer görüş de ifa zamanına ilişkin erteleme sözleşmesinin şekle tabi olmadığı; özellikle

¹⁴ MÜLLER, Art. 12, N. 27; benzer yönde bkz. BECKER, Art. 12, N.1. Bir görüşe göre ise sözleşme metninde zaten yer alan bir yükümlülüğün daha sonra somutlaştırılması halinde sözleşmede değişiklik söz konusu olmaz; gayri resmi şekilde de yapılabilir, bkz. KREN KOSTKIEWICZ, Art. 12, N. 2; BGE 95 II 309 E. 2, www.bger.ch/de/index.htm.

¹⁵ SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Art. 12., N. 22; KRAMER, Ernst A./SCHMIDLIN, Bruno, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Stämpfli, 1986, Art. 12, N. 10-11.

¹⁶ KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, §28, N. 2.

¹⁷ TUNÇOMAÇ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Borç İlişkileri, I. Cilt, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977, s. 234, 686; ANTALYA, Gökhan, Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, §19, N. 2533. Bir görüşe göre vadenin ertelenmesi, borçlunun yükümlülüğünün azaltılması anlamında kısmi ibra olarak kabul edilmiş ve mevcut sözleşmenin şekline tabi olmaksızın bu anlaşmanın yapılabileceği kabul edilmiştir. Bkz. JÄGGI, Art. 12, N. 4;

de uygulaması çok fazla olan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde süre uzatımı halinde geçerlilik sorunlarıyla değil, ispat sorunlarıyla karşılaşabileceği; ancak sorunun kanunen düzenlenmesi halinde tartışmanın kalmayacağını belirtmiştir¹⁸.

D. Mahkeme Kararlarının İncelenmesi

Yargıtay kararlarında süre uzatımının sıklıkla konu edildiği ve araştırmamızın da seçilmesindeki amacı taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinde arsa sahibinin pay devri borcunun yanında örneğin yükleniciye para ödemesi¹⁹, inşaatın teslim zamanı²⁰ gibi değişikliklerin geçerlilik şekline tabi olarak yapılması gerektiği kabul edilmiştir²¹.

¹⁸ BİLGİN YÜCE, s. 259, dn. 600.

¹⁹ Yargıtay 15. HD., T. 4.6.2018, E. 2018/1740, K. 2018/234: "...yevmiye nolu Düzenleme Şeklinde Kat Karşılığı İnşaat Yapım Sözleşmesi'ne ek olarak arsa sahibinin yükleniciye nakit bedel ödemesini öngördüğü, bu haliyle arsa sahibinin konumunu ağırlaştırıcı vasıftan olup, sözleşmenin yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan 818 sayılı BK'nın 12. maddesi hükmünce noterde düzenleme şeklinde yapılmamış olması sebebiyle geçersiz ve arsa sahibini bağlayıcı nitelikte bulunmadığının anlaşılmış olmasına ...", www.yargitaykararlari.com.tr

²⁰ Yargıtay 15.HD., T. 14.3.2005, E. 2004/4510, K. 2005/1405 "...Yanlar arasında düzenleme biçiminde yapılan ... Sözleşmede inşaatın süresi ve teslim tarihi ile ilgili hüküm bulunmamaktadır. Kooperatif yönetim kurulu üyeleri 30.9.2000 tarihli "Taahhütnamedir" başlıklı belge ile arsa sahibine ait dairelerden başlamak üzere inşaatı 2001 yılı inşaat sezonu sonuna kadar bitireceklerini kabul ve taahhüt etmişlerdir. ... BK.nun 12. maddesine göre, geçerliliği resmi şekle bağlı ... sözleşmelerini tâdil eden sözleşmelerin de resmi biçimde yapılması gerekir. Sözleşmenin tâdilinden maksat; tarafların ana sözleşmeyle yükümlendikleri borçları ağırlaştıran değişikliklerdir. Bu nitelikte olmayan, yani sözleşmeyi bozmayan ve değiştirmeyen fer'i ve mütemmim koşulların resmi biçimde yapılma zorunluluğu yoktur. ... adi yazılı olarak düzenlenen taahhütname, ana sözleşmedeki borçları ağırlaştırıcı nitelikte değişiklikleri içermediğinden geçerlidir ve kooperatifi bağlar.", www.kazanci.com.tr

²¹ Yargıtay 14. HD., T. 16.10.2018, E. 2016/5980, K. 2018/6789: "...dava konusu 10 numaralı bağımsız bölüm, yüklenici ile arsa sahibi arasında yapılan 04.10.2010 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesiyle yükleniciye bırakılmıştır. Arsa sahibi ile yüklenici arasında resmi şekilde düzenlenen 04.10.2010 tarihli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi, 01.01.2012 tarihli adi yazılı protokol değiştirilmiş ve davaya konu 10 numaralı bağımsız bölümün arsa sahibine bırakılacağı kararlaştırılmış ise de yukarıda yapılan açıklamalar uyarınca, değişiklik yapan O 1.01.2012 tarihli sözleşme resmi şekil şartına uygun düzenlenmediğinden geçerli olmayıp, davacı açısından bir hüküm ifade etmez.", www.kazanci.com.tr. Bu yönde bkz. KURŞAT, s. 29.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında, sözleşmede sonradan yapılan değişiklik fer'i koşullara ilişkin olsa bile, eğer değiştirilen bu koşullar sözleşmeyle yükümlenilen borçları ağırlaştıracak nitelikteyse, bunların geçerli olabilmeleri için, sözleşmenin bağlı bulunduğu şekle uygun yapılmaları gerektiğini; ayrıca eser sözleşmesinin iradi şekil ile resmi şekilde noterde düzenlemesi durumunda da sözleşmeye eklenecek seçimlik ceza koşulu hükmüne içeren değişikliğin de resmi şekilde yapılması gerektiğini; zira eser sözleşmesini re'sen düzenleme şeklinde yapmış tarafların, artık o sözleşmedeki edime ilişkin ceza koşulunu içerecek sonraki sözleşmenin de aynı şekilde yapılacağını kararlaştırmış sayılacağı kabul edilmiştir²². Kararda yer alan iki karşı oy yazısından ilkin-

²² Yargıtay HGK E. 2003/15-124, K. 2003/175, T. 19.3.2003: "... yazılı şekle tabi bir sözleşmenin değiştirilmesini yine yazılı şekle bağlayan yasanın, resmi şekilde düzenlenmiş bir sözleşmenin değiştirilmesi bakımından aynı şekle uyma koşulunu aramamış olacağının kabulüne olanak da yoktur. O halde, geçerliliği resmi şekilde düzenlenmesine bağlı bulunan bir sözleşmenin değiştirilmesinde de resmi şekil şartına uyulması zorunludur. Eş söyleyişle, bir sözleşme hangi şekilde yapılmış ise, ancak o şekilde değiştirilebilir. Bu durumda, eğer, somut olayda cezai şart yönünden ek sözleşme düzenlenmek suretiyle, 13.11.1996 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin taraflarca değiştirilmiş olduğu sonucuna varılacaksa, ek sözleşmenin de resmi şekilde yapılması gerekeceğinin kabulü de zorunlu olacaktır. O nedenle, söz konusu ek sözleşmedeki cezai şartla ilişkin kararlaştırmanın, 13.11.1996 tarihli kat karşılığı inşaat sözleşmesinin değiştirilmesi niteliğinde olup olmadığı irdelenmelidir: ... Somut olayda ek sözleşmeyle kararlaştırılan cezai şartın, bu açıklamalara uygun bir "seçimlik cezai şart" olduğunda kuşku yoktur. Dolayısıyla, cezai şartla ilişkin ek sözleşmenin yapılması, asıl sözleşmenin bu yönde değiştirilmesi niteliğindedir. Kaldı ki, sözleşmede sonradan yapılan değişiklik fer'i koşullara ilişkin olsa bile, eğer değiştirilen bu koşullar sözleşmeyle yükümlenilen borçları ağırlaştıracak nitelikteyse, geçerli olabilmeleri için, sözleşmenin bağlı bulunduğu şekle uygun yapılmaları gerekir. (Bu konudaki Yargıtay uygulamasına örnek olarak: Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 18.5.1971 gün ve esas: 5488, karar: 4815 sayılı kararı, Y. 15. H.D.'nin 19.3.1985 gün E: 1985/243 K: 1985/916, Y. HGK. 28.3.1973 gün E: 1971/4-31 K: 1973/31) O halde, somut olayda olduğu gibi, miktarının sonradan ayrıca belirleneceği açıklanmış olsa bile, bir sözleşmede tür ve miktarına açıkça yer verilmeyen bir seçimlik cezai şartın sonradan kararlaştırılması, sözleşmenin cezai şart borçlusu aleyhine değiştirilmesi, dolayısıyla, sözleşmeye o yolda yeni bir hüküm eklenmesi niteliğindedir. Dolayısıyla, buna ilişkin işlemin, asıl sözleşmenin tabi bulunduğu şekle uygun olarak yapılması, geçerlilik şartıdır. Somut olay bu ilke çerçevesinde değerlendirildiğinde: Bir an için, eser sözleşmesinin yasaca herhangi bir geçerlilik şartına tabi tutulmamış olması nedeniyle, yüklenicinin eser sözleşmesindeki edimlerini yerine getirmemesi halinde ödeyeceği cezai şartın sonradan ek sözleşmeyle kararlaştırılmasının da herhangi bir şekle tabi bulunmayacağı kabul edilse dahi, BK.'nın 16. maddesinin açıklanan düzenlemesi karşısında somut olayda ek sözleşme yine de hukuken geçerli olamayacaktır. Zira, taraf-

de, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin karma nitelikte olduğu; her ne kadar sözleşme resmi şekle tabi ise de sözleşmede, ceza koşulunun ayrıca kararlaştırılabileceği hükme bağlandığı için adi yazılı şekilde akdedilen değişikliğin de geçerli olduğu; zira kanunda eser sözleşmesinin geçerlilik şekline bağlanmadığı; diğer karşı oy yazısında ise sonradan yapılan sözleşme ile ilk sözleşmenin herhangi bir maddesi değiştirilmediği; sadece sözleşmede kabul edildiği gibi taraflarca sonradan ceza koşulunun miktarının kararlaştırıldığından bahisle adi yazılı değişiklik sözleşmesinin geçerli olduğu kabul edilmiştir.

Yargıtay bir kararında da, borç altına giren kişinin yükümlülüğünü ağırlaştırmayan değişikliklerin yapılması halinde sözleşme değişikliğinin, geçerlilik şekline tabi olmaksızın yapılabileceğini kabul etmiş²³; bir diğer kararında ise adi yazılı şekilde imzalanmış sözleşme değişikliği anlaşmasıyla asıl sözleşmede belirlenmiş bağımsız bölümlerin yerlerinin değiştirildiğinden ve bunun esaslı değişiklik olduğundan bahisle sözleşme değişikliğinin geçerli olmadığına karar vermiştir²⁴.

lar eser sözleşmesini re'sen düzenleme şeklinde yapmış olmakla, o sözleşmedeki edime ilişkin cezai şartı içerecek sonraki sözleşmenin de aynı şekilde yapılacağını kararlaştırmış sayılırlar. Eş söyleyişle, burada eser sözleşmesinin zorunlu olmadığı halde resmi şekilde yapılmış olması, tarafların, eser sözleşmesine ilişkin değişikliklerin de ancak aynı şekilde yapılması halinde geçerli olacağına ilişkin, Borçlar Kanunu'nun 16. maddesi anlamında bir kararlaştırma içinde bulunduklarının kabulünü gerektirir. Eklenmelidir ki, tersi mümkün değil ise de, şekle tabi olmayan bir sözleşmenin yazılı veya resmi şekilde ya da yazılı şekle tabi bir sözleşmenin resmi şekilde yapılmasına hukuken engel yoktur.”, www.kazanci.com.tr.

²³ Yargıtay 15. HD, T. 14.3.2005, E. 2004/4510, K. 2005/140: “Geçerliliği resmi şekle bağlı ... sözleşmelerini tâdil eden sözleşmelerin de resmi biçimde yapılması gerekir. Ancak, sözleşmeyi bozmayan ve değiştirmeyen fer'i ve mütemmim koşulların resmi biçimde yapılma zorunluluğu yoktur. ... adi yazılı olarak düzenlenen taahhütname, ana sözleşmedeki borçları ağırlaştırıcı nitelikte değişiklikleri içermediğinden geçerlidir ve kooperatifi bağlar.”, www.kazanci.com.tr.

²⁴ Yargıtay 15. HD, T. 11.7.2012, E. 2012/4156, K. 2012/5335: “...06.03.2007 tarihli arsa payı karşılığı inşaat yapım sözleşmesinde davacı yükleniciye toplam 7 adet bağımsız bölüm verilmesi, bunlardan 6 adedinin inşaatın kabasının bitiminde tapusunun devredilmesi, kalan bir adet tapunun iskân alımından sonra devredilmesi kararlaştırılmıştır. 25.12.2008 tarihinde imzalanan harici sözleşmeyle bağımsız bölümlerin asıl sözleşmeye göre yerleri değiştirilmiş ise de bu değişiklik esaslı nitelikte bulunduğu ve ek sözleşmede asıl sözleşmenin biçimine uygun olarak re'sen düzenleme şeklinde yapılmadığından BK'nın 12. maddesi uyarınca geçerli olduğu kabul edilemez.”, www.kazanci.com.tr.

Görüldüğü üzere anılan kararlarda genellikle resmi şekle tabi sözleşmelerdeki sözleşme değişikliğinin, sözleşmeden doğan bir borcu ağırlaştırıcı etkisinin olup olmadığı üzerinde durulmuştur. Karma nitelikli arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dahil eser sözleşmesi ediminde şekle tabi olmaksızın değişiklik yapılabileceği kabul edilmişse de TBK m. 13 hükmünün amaçsal (*teolojik; gai tefsir*) yorumu²⁵ ile geçerlilik şeklinin varoluş sebebi ise anılan kararlarda gözetilmemiştir.

E. Görüşümüz

Öncelikle belirtmek gerekir ki sözleşmede kararlaştırılmış ifa zamanında sonradan yapılan değişikliğin “*esaslı değişiklik*” olduğunu savunan görüşlerin yadırganmaması gerekmele birlikte aşağıda, dayandığımız gerekçelerle bu yöndeki görüşün neden kabul edilmemesi gerektiği sonucuna varacağız.

Doktrinde ağırlıklı olarak kabul edilen görüşte, sözleşmede edimlerin ağırlaştırılmasına yönelik bir irdeleme ile sonuca varıldığını; dikkat edilecek olursa bu görüşlerin TBK m. 13 hükmünün doğrudan uygulanmasından kurtulmak için öne sürüldüğünü görmekteyiz. Diğer bir görüş uyarınca ise sözleşmenin iki tarafa borç yükleyen nitelikte olup olmasına göre değerlendirme yapılmış olması da uygun değildir. Örneğin bağışlama sözü verme (*taahhüdü*) sözleşmesinin geçerlilik şekli, TBK m. 12 ve m. 288 hükmünce yazılı şekle tabi olsa da bağışlama sözleşmesinin tek tarafa borç yüklemesinden dolayı bağışlanan kişi açısından bağışlanan şeyin karşılıksız edinilmesi sonucunda TBK m. 13 hükmünün uygulanmaması gerektiği savunulmuştur. Ancak sözleşmede borç altına giren taraf bakımından yapılan ayrıma dayalı görüşe katılmamız mümkün değildir. Örneğin kira sözleşmesi bitmek üzere olan bir dernek için yardım amacıyla taşınmaz bağış vaadinde bulunan kişinin ifa zamanını ötelemek

²⁵ Amaçsal yorumda hükmün anlamı, amacına (*özüne, ratio legis'ine*) göre tespit edilir. Kanunun geniş tutulmuş lafzı, hükmün amacı doğrultusunda daraltılarak yorumlandığında amaca göre daraltıcı yorum söz konusu olur. Böylece hükmün lafzına göre geniş kapsamlı uygulama alanı, hükmün amacı dikkate alınarak daraltılmış olur. Bkz. NOMER, Haluk Nami/AKBULUT, Pakize Ezgi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 16, 20.

istememesi halinde, salt karşılıksız malvarlığı değeri kazandırma sebepli (*causa donandi*) borçlandırıcı işlem yapmış olan bağışlayanın taahhüdüne ilişkin erteleme sözleşmesinin şekle tabi olmaksızın da yapılabileceğine, TBK m. 13 hükmüne dayalı geçerlilik şekli itirazında bulunamayacağı kabul edilemez. Bu noktada bağışlamanın önemi ortada olup sürenin uzatılmasına yönelik anlaşmanın hiçbir şekle bağlı olmayarak yapılması, amaçsal (*teolojik; gai tefsir*) yorumu da uymayacağından sırf sözleşme tek tarafa borç yüklediği için böyle bir erteleme sözleşmesinin şekle tabi olmaksızın yapılabilmesi mümkün görülmemelidir. Bu örnekte sözlü şekilde yapılmış süre uzatımı karşısında (*doğal olarak bizim görüşümüzce geçerli süre uzatımının HMK m. 201 hükmünce ispat edilememesi halinde*) temerrüde dayalı olarak aynen ifa talebiyle gecikmeye bağlı maddi tazminatın yanında TBK m. 114/II hükmünce kıyasen uygulanacak haksız fiilden sorumluluğa ilişkin hüküm olarak TBK m. 58 hükmü uyarınca manevi tazminatın²⁶ istenebilmesi de mümkün olacaktır.

Araştırmamızda, öne sürülen tüm görüşlerden ari, başka bir gerekçe ile hareket edilmesi gerektiğini düşünmekteyiz. İlk olarak, sürenin uzatılması, her ne kadar alacaklı aleyhine olsa da alacaklının bu yöndeki değişikliği kabul iradesi ile borçlunun süre uzatımı önerisinin temelinde yatan saik (*sebepe; güdü*) de irdelenmelidir. Şöyle ki borçlunun temerrüde düşmesinden sonra sürenin uzatılmasına ilişkin önerisi karşısında alacaklının da bunu kabul etmesinin temelinde *-usul hukuku ve borçlar özel hükümleri açısından "mahkeme dışı sulh" boyutuyla ilgilenmeksizin- "ibra" ve "feragat" yolunda tasarruf işlemleri bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Borcun ifasının mümkün olması halinde temerrüde dayalı olarak alacaklı, aynen ifa ile gecikme tazminatı isteyebilecekken (TBK m. 179/II hükmünce "ifaya eklenen ceza koşulu (ceza şart)", TBK m. 131 hükmünce "bağlı hak" olarak aynı zamanda muaccel olmakla)* iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler açısından TBK m. 125 ve 126 hükümlerince yenilik doğuran hakkın kullanımı ile aynen ifadan vazgeçilmesi halinde, tek taraflı tasarruf işlemi olan *"feragat"* ve tasarruf işlemi niteliğindeki *"ibra sözleşmesi"* dik-

²⁶ ÜREM, Müge, "Sözleşmeye Aykırılık Halinde TBK m. 58/I Hükmünce Tüzel Kişi Lehine Hükmedilecek Manevi Tazminat Borcunun Doğumu İçin Aranan Şartlar", Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020/2, 2020, s. 1382-1435, s. 1389 vd.

kate alınmalıdır. Bu konuda yapacağımız ayrımla her iki tasarruf işlemine dayalı sonuçlar ile gerekçemizi güçlendireceğiz.

Borçlunun temerrüde düşmesinden sonra (TBK m. 117 vd.) sürenin uzatılması yönündeki önerinin kabulü üzerine borcun muacceliyet anının ötelenmesiyle, öncesinde TBK m. 125/I hükmünce muaccel hale gelmiş “gecikme tazminatı” kavramı altında “olumlu (müspet) zarar” talebinden vazgeçmiş olan alacaklının, “kısmi bir ibra sözleşmesi”ne vücut verdiği açıktır. Bu halde olumlu zarar talebinden vazgeçmesi yolunda öneri getiren borçlunun teklifini kabul eden alacaklı, tasarruf işlemi ile aktifinde muaccel hale gelmiş gecikme tazminatı alacak hakkını sona erdirmiş olmaktadır. Dolayısıyla TBK m. 132²⁷ hükmünün TBK m. 13 hükmüyle benzerlik arz eden yönüyle kanunen belirli bir şekle bağlı tutulmuş sözleşmelerde dahi tarafların “şekle bağlı olmaksızın” borcu sona erdiren ibra sözleşmesi akdedebilmesi karşısında sürenin uzatılması, sözleşmenin geçerlilik şekline tabi tutulmamalıdır. Bununla birlikte “ikale sözleşmesi (contrarius actus; contrarius consensus)” ile borç ilişkisinin kısmen veya tamamen ortadan kaldırılması noktasında da resmi şekil zorunluluğu bulunmamaktadır²⁸. Örneğin bir miras sözleşmesi, her ne kadar TMK m.

²⁷ “Borcu doğuran işlem kanunen veya taraflarca belli bir şekle bağlı tutulmuş olsa bile borç, tarafların şekle bağlı olmaksızın yapacakları ibra sözleşmesiyle tamamen veya kısmen ortadan kaldırılabılır.” Bu hüküm, ilginç bir geçmişe sahip olup mehz İsviçre Borçlar Kanunu’nda 115. maddede (OR Art. 115) yer almışken 1926 yılında yapılan iktibas sırasında 818 sayılı Borçlar Kanunu’na alınması unutulmuştur. Bu unutkanlık hiçbir sakınca doğurmamış; sözleşme özgürlüğüne alacaklının borçluya yapacağı vazgeçme önerisinin kabulü ile gerçekleşen tasarruf işleminin borcu sona erdireceği Yargıtay kararlarında da kabul edilmekle uyumsuzluk konusu olmaktan çıkmıştı. 6098 sayılı TBK’da ise ibra hususu 132. maddede açık bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Belirtmek gerekirse ibra sözleşmesinin şekle bağlı olmadığına açıkça hükümde düzenlenmesi, TBK m. 13 hükmünce getirilen hükmün yanında sözleşmeden doğan tüm borçların borçlu açısından hiçbir şekle bağlı olmadan ibra edildiği yönündeki savunmaların yargılama faaliyetine konu edilmesine sebep olacağından yerinde bir düzenlemeye vücut verilmemiştir.

TBK m. 13 ve TBK m. 132 hükmü arasındaki ilişkinin, yorum yoluyla birbiriyle uyumlu hale getirilmesi gerektiği yönünde bkz. Müller, Art. 12, N. 8, 32.

²⁸ KUT, Ahmet/BAUER, Christoph, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 4, Schultess, Zurich, 2023, Art. 12, N. 8; KRAMER/SCHMIDLIN, Art. 12 N 6; MÜLLER, Art. 12, N. 25.

545 hükmüne göre resmi şekilde düzenlenmek zorundaysa da TMK m. 546/I hükmü gereğince tarafların yazılı anlaşmasıyla her zaman ortadan kaldırılabilir. Görüldüğü üzere tasarruf işlemi niteliğindeki ibra veya ikale sözleşmesi ile mevcut bir borcun şekle bağlı olmaksızın ortadan kaldırılması mümkün iken borcu sona erdirmeksizin sadece ötelemeye yönelik süre uzatımı yönündeki anlaşmanın, sözleşmenin geçerlilik şekline tabi tutulması TBK m. 13 hükmünün amaçsal (*teolojik*; *gai tefsir*) yorumuna uygun düşmeyecektir.

Diğer yönüyle ise yenilik doğuran haklar, alacak-borç niteliği taşımadığından ibra sözleşmesinin konusu olamayacağından tek taraflı tasarruf işlemi olan “*feragat*” açısından da değerlendirme yapmak gerekmektedir. Feragatin konu edildiği Yargıtay İçtihadı Birleştirme Genel Kurulu’nun E. 1949/6-19, K. 1951/3, T. 16.5.1951 kararı “...*feragat*, hukuki bir neticede doğuran bir taraflı hukuki bir muamele olduğunu kabul etmek zaruridir. ... *Feragatin muteber olması için kanun bir şekil koymamıştır. Ağızdan, yazı ile olabileceği gibi zımni de olabilir. ... feragat, ... Medeni hukuk bakımından hiçbir şekle tabi değildir.*” şeklindedir. Dolayısıyla temerrüdün oluşmasından sonra alacaklının borçlunun sürenin uzatılması yönündeki önerisinin kabulü ile “*sözleşmeden dönme/sözleşmeyi fesih*” yönündeki “*bozucu*” yenilik doğuran hakkı veya “*aynen ifadan vazgeçip olumlu (müspet)*” zararını istemeye ilişkin “*değiştirici*” yenilik doğuran hakkı kullanmamak, önceki sürenin bitimine bağlı sonuçlardan “*feragat*” olduğundan sözleşmenin geçerlilik şekline tabi tutulmamalıdır.

Uygulamada süre uzatımının sıklıkla konu edildiği ve çalışmamız bakımından da önem taşıyan arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin, taşınmaz devrini de içermesi nedeniyle TBK m. 237, Noterlik Kanunu m. 60 ve 89, Tapu Kanunu m. 26 hükümlerince resmi şekle tabi olması dolayısıyla yeni vadenin veya sürenin uzatılmasının sadece noter nezdinde (*genellikle de “zeyilname”²⁹ başlıklı bir sözleşme ile*) kararlaştırılabileceği

²⁹ Noter işlemlerinde kanuni karşılığı bulunmayan bu tür tabirlerin kullanılmasını benimsemiş olduğumuzu belirtmek isteriz. Örneğin “*vekaletname*” tabiri yerine (TBK m. 40 vd. hükmüne) “*temsil yetkisi belgesi*” gibi tabirlerin kullanılması; konumuz açısından da “*zeyilname*” tabiri yerine “*düzenleme şeklinde sözleşmede değişikliklik*” tabiri ile resmi senet tanzimi isabetli olacaktır.

görüşüne katılmamaktayız. Her ne kadar TBK m. 13/I, c.2 hükmündeki “tamamlayıcı yan hüküm” tabirinin aksiyle kanıtından (*argumentum a contrario*), sürenin uzatılması yolundaki anlaşmaların, esaslı değişiklik oluşturduğunu kabul etsek de, hükmü (*lafzi; söze göre*) yorum yerine, amaçsal (*teolojik; gai tefsir*) yoruma dayanmak gerektiği görüşündeyiz. Sürenin uzatılmasında asıl sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şekline gidilmemesi gerektiğine yönelik görüşlere katılmakla birlikte bu hususa ilişkin gerekçemizi, amaçsal yorum ilkelerine dayandırmaktayız. Şöyle ki noterde düzenlenmiş arsa payı karşılığı inşaat sözleşmelerinin çoğu zaman sayfalarca olduğu düşünüldüğünde böyle bir sözleşmenin yalnızca bir hükmü ile saptanmış vadeyi veya süreyi uzatan sözleşme değişikliğinin de yine noterde re’sen düzenleme şeklinde yapılması gerektiği yönündeki görüşe katılmak mümkün değildir. Resmi şekle tabi bir sözleşmede kararlaştırılmamış vadeyi sonradan belirlemek de herhangi bir şekle tabi olmamalıdır³⁰. Sonuç olarak deyimisel yorumla süre uzatımının borcun ifasına yönelik tüm sonuçları ile sözleşmede esaslı değişiklik olduğu ve fakat amaçsal (*teolojik; gai tefsir*) yorumla birlikte ayrıca “feragat” ve “ibra” kavramlarının da tabi olduğu şekil gözetildiğinde sözleşmede süre uzatımı yönündeki değişiklik bakımından geçerlilik şeklinin söz konusu olmadığını savunmaktayız.

Dikkat edilirse yukarıda vardığımız sonuçlar, borçlunun temerrüde düşmesinden sonra yapılan erteleme sözleşmesine ilişkin olarak değerlendirilebilecektir. Savunduğumuz görüşe karşı olası bir savla temerrüdün oluşmasından önce erteleme sözleşmesinin yapılması halinde ise “doğmamış bir haktan feragat edilemez” ilkesinin aynı zamanda tasarruf işlemi niteliğindeki ibra için de geçerli olduğu ileri sürülebilir mi? Amaçsal (*teolojik; gai tefsir*) yorum yapıldığında, borçlunun temerrüde düşmesinden evvel yapılan erteleme sözleşmesinin, TBK m. 13 hükmüne dayalı olarak mevcut sözleşmenin geçerlilik şekline bağlı olmadığını savunmak gerekeceği görüşündeyiz. Şöyle ki tasarruf işleminin hakkı doğrudan

³⁰ OĞUZMAN/ÖZ, C. 1, N. 477; TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, s. 128; EREN, s. 288; BİLGİN YÜCE, s. 261. İsviçre hukukunda da değiştirilmek istenen sözleşme noktasının asıl sözleşmede düzenlenmiş olması durumunda bile gayri resmi, yani adi yazılı olarak da olarak değiştirilebileceği kabul edilmiştir; bkz. BGE 123 III 97 E 2; bkz. MÜLLER, BK OR 12 N 30.

etkilemesi, işlemin yapıldığı an ile hakkın etkilendiği anın zamansal bakımdan aynı olmasını gerektirmez; etki, *aynılık* değil, *hemen etkilenme* anlamındadır; doğrudan etkilenme hakkın doğduğu anda kendiliğinden (*ipso iure*) gerçekleşir³¹. Bununla birlikte adi yazılı şekilde kararlaştırılan süre uzatımının, borçlunun temerrüde düşmesinden sonra (*önceden belirlenmiş vadeye bağlı olarak*) hüküm ve sonuç doğuracağının kararlaştırılması artık doğmamış hatan feragat edilemeyeceği de savunulamayacaktır. Ayrıca bu defa “*ibra sözü verme*”³² ve “*feragat sözü verme*” niteliği ile TBK m. 19 hükmüne dayalı amaçsal (*teolojik; gai tefsir*) yorum, bizi yine süre uzatımının, borçlunun temerrüde düşmesinden evvel de geçerli olarak yapılabileceği sonucuna götürmektedir.

Güncel bir gelişme olarak belirtmek gerekir ki TBK m. 13 hükmünün mehazı olan İsviçre Borçlar Kanunu m. 12 hükmüne karşılık 2020 İsviçre Borçlar Kanunu’nun genel hükümlerinde reform projesi kapsamında hazırlanan tasarıda (OR 2020) yer alan 26. maddede³³ şeklin öngörüldüğü sözleşmelerde, bu şeklin, “*şekil şartının amacının bunu gerektirmesi halinde*” sözleşmenin değiştirilmesi ve kısmen ibra için de geçerli olduğu düzenlenmiştir. Yürürlükteki İsviçre Borçlar Kanunu m. 12 (OR Art. 12) hükmünde yer alan “*sözleşmeyle çelişmeyen tamamlayıcı hükümler*” ifadesi tasarıya alınmamış olup geçerlilik şekline tabi bir sözleşmenin değiştirilmesindeki şeklin, artık “*şekil şartının amacına göre*” açıkça belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Şekle tabi olmanın sebepleri, sözleşme yapacak kimseyi düşünmeye sevk etmek, taraflar ve üçüncü kişiler açısından hu-

³¹ VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi, On İli Levha Yayınları, İstanbul, 2014, s. 95.

³² Tasarruf işlemi olan ibra sözleşmesinin hukukî sebebini oluşturan ve bu bakımdan temel işlem olan borçlandırıcı işlem kanunda açıkça düzenlenmemiş olup alacaklı ile borçlu arasında yapılan ibra sözü verme ile alacaklının, sahip olduğu alacak hakkına ilişkin olarak ibra sözleşmesi yapma borcu altına girmesi halinde tek başına alacak hakkını sona erdirmez; borçluya, ibra sözleşmesinin yapılmasını talep etmek yönünde bir alacak hakkı verir. Ayrıntı için bkz. GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015, s. 22; VARDAR HAMAMCIOĞLU, s. 323.

³³ “*Abänderung und teilweise Aufhebung*”: “*Ist eine besondere Form vorgesehen, gilt diese auch für jede Änderung und teilweise Aufhebung des Vertrages, wenn der Zweck der Formvorschrift dies erfordert.*”

kuki güvenliği sağlamak; resmi sicillerin sağlam temele dayandırmak; irade açıklamalarının yorumunu kolaylaştırmak³⁴ olsa da şeklin yarattığı dezavantaj olarak değişikliği şekle tabi tutmak, işlem hayatının akışını yavaşlatabilmekte, kimi zaman da tarafları yüksek şekil masraflarıyla karşı karşıya bırakabilmektedir. Kanaatimizce bir sözleşmenin kanunen geçerlilik şekline tabi olması durumunda, geçerlilik şeklinin amacının bunu gerektirmesi koşuluyla, değiştirilmesi de bu şekilde gerçekleştirilmelidir³⁵; örneğin yasal işlemlerin güvenliğini sağlamaya hizmet eden resmi düzenlemeler olarak taşınmaz devrine yönelik işlemler, menkul kıymetler veya şirketler hukuku işlemlerine ilişkin düzenlemeler verilebilir. Öte yandan resmi şekle tabi olmanın bir sözleşme tarafının korunmasına hizmet etmesi halinde ise OR 2020 Art. 26 hükmüne göre geçerlilik şekli zorunluluğunun koruyucu amacı etkilenmediği sürece, sözleşmedeki bir hüküm resmi şekle tabi olmaksızın da değiştirilebilmelidir³⁶. Örneğin 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 43(1) hükmüne göre tüketici, on dört gün içinde herhangi bir gerekçe göstermeksizin ön ödemeli konut satış sözleşmesinden cayma hakkına sahip olup bu hüküm, tüketicinin korunmasına hizmet etmekle birlikte sonradan taraflarca daha uzun bir cayma süresi kararlaştırılmak istendiğinde bu anlaşma, ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tabi olduğu şekle uymaksızın da yapılabilmelidir³⁷; zira bu noktada amaçsal (*teolojik*; *gai tefsir*) yorumla ön ödemeli konut satış sözleşmesinin tabi olduğu şeklin amacı, taraflar ve üçüncü kişiler açısından hukuki güvenliği sağlamak olarak değil, sözleşme tarafının korunmasına hizmet etmek şeklinde yorumlanmalıdır. Böyle bir durumda TBK m. 1 hükmünce tarafların öneri ve kabul yönündeki karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamalarıyla kurulan ve resmi şekilde yapılmayan sözleşmede değişiklik sözleşmesinin tarafları korumadığı, onları düşünmekten alıkoyduğu, hukuk güvenliğinin sarsıldığı düşünülemez.

³⁴ OĞUZMAN/ÖZ, C.1, N. 446; GÜMÜŞ, s. 270.

³⁵ EMMENEGGER, Susan/KURZBEIN, Regula, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Schulthess, Schulthess, 2013, RZ. 7.

³⁶ EMMENEGGER/KURZBEIN, RZ. 9.

³⁷ Benzer yönde bkz. EMMENEGGER/KURZBEIN, RZ. 11.

Sonuç olarak arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesi örneğinde olduğu gibi tarafların sözleşmede süre uzatımı, yani sözleşmede değişiklik hususunda anlaşması halinde bunun da yine resmi şekilde olması gerektiğini kabul etmek, amaçsal (*teolojik; gai tefsir*) yorum yapıldığında, hukuki gerçekliğe pek uymayan aşırı bir formalizm anlamına gelmektedir.

KAYNAKÇA

- ALTAŞ, Hüseyin, Şekle Aykırılığın Olumsuz Sonuçlarının Düzeltilmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 1998.
- ANTALYA, Gökhan, Marmara Hukuku Yorumu Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt: V/1,1, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- AVCI, Ali, “Eser (İstisna) Sözleşmesinde Şekil ve Bağlanan Sonuçlar”, TAAD, Y. 6, S. 21, Nisan 2015, s. 285-335.
- BECKER, Hermann, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Berner Kommentar, Stämpfli, 1945.
- BİLGİN YÜCE, Melek, Alacaklı ve Borçlu Açısından İfa Zamanı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015.
- BİLGİN YÜCE, Melek, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu Cilt 1, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2018.
- EMMENEGGER, Susan/KURZBEIN, Regula, Schweizer Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, Schulthess, 2013.
- ERMAN, Hasan, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Der Yayınları, İstanbul, 2010.
- GÜMÜŞ, M. Alper Borçlar Hukukunun Genel Hükümleri, Yetkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- GÜMÜŞ, Mustafa Alper, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2015. (İbra)
- JÄGGI, Peter, Obligationenrecht Art. 1-17 Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung (Art. 1-529 OR), Zürcher Kommentar Band/Nr. V/1a, Auflage Dritte, Schulthess, Zürich, 1973.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.

- KRAMER, Ernst A./SCHMIDLİN, Bruno, Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1-18 OR, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Stämpfli, 1986.
- KREN KOSTKIEWICZ, Jolanta, OR Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, Orell Füssli Kommentar, 4. aktualisierte und überarbeitete Auflage, Schulthess, Zürich, 2023.
- KURŞAT, Zekeriya, İnşaat Sözleşmesi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2024.
- KUT, Ahmet/BAUER, Christoph, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Auflage 4, Schulthess, Zürich, 2023.
- MÜLLER, Christoph, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Berner Kommentar, Schulthess, Bern, 2018.
- NOMER, Haluk Nami/AKBULUT, Pakize Ezgi, Medeni Hukuka Giriş Dersleri, Bölüm I, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.
- OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2023.
- ÖZ, Turgut, İnşaat Sözleşmesi ve İlgili Mevzuat, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2016.
- SAYMEN, Ferit H./ELBİR, Halid K., Türk Borçlar Hukuku, Umumi Hükümler, Cilt 1, Hak Yayınevi, İstanbul, 1958.
- SCHÖNENBERGER, Wilhelm/JÄGGI, Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Teilband VIa, (Artikel 1-17 OR), Schulthess, Zürich, 1973.
- SEÇER, Öz, Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesi, Ankara, Yetkin Yayınları, 2023.
- TEKİNAY, S. Sulhi/AKMAN, Sermet/BURCUOĞLU, Haluk/ALTOP, Atilla, Tekinay Borçlar Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1993.
- TUNÇOMAĞ, Kenan, Türk Borçlar Hukuku Genel Borç İlişkileri, I. Cilt, Sermet Matbaası, İstanbul, 1977.
- ÜREM, Müge, “Sözleşmeye Aykırılık Halinde TBK m. 58/I Hükmünce Tüzel Kişi Lehine Hükmedilecek Manevi Tazminat Borcunun Doğumu İçin Aranan Şartlar”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2020/2, 2020, s. 1382-1435.
- VARDAR HAMAMCIOĞLU, Gülşah, Medeni Hukuk’ta Tasarruf İşlemi, On İli Levha Yayınları, İstanbul, 2014.
- von TUHR/PETER, Allgemeine Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I/2-3, Schulthess, Zürich, 1979.

YALMAN, Süleyman, “Arsa Payı Karşılığı İnşaat Sözleşmesinde Şekil ve Şekle Aykırılığın Sonuçları”, *Mevlana Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2016, s. 125-146.

ELEKTRONİK KAYNAKLAR

www.bger.ch/de/index.htm

www.kazanci.com.tr

www.yargitaykararlari.com.tr