



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Latif TİLE

UYARLAMA SEBEBİ OLARAK AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı
Doktora Tezi

Antalya, 2018



AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ



Latif TİLE

UYARLAMA SEBEBİ OLARAK AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ

Danışman

Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA

Özel Hukuk Ana Bilim Dalı

Doktora Tezi

Antalya, 2018

Akdeniz Üniversitesi
Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğüne,

Latif TİLE'nin bu çalışması jürimiz tarafından Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Doktora Programı tezi olarak kabul edilmiştir.

Başkan : Prof. Dr. Erkan KÜÇÜKGÜNGÖR (İmza)

Üye (Danışmanı) : Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA (İmza)

Üye : Prof. Dr. Bilgehan ÇETİNER (İmza)

Üye : Doç. Dr. Necla ÖZTÜRK (İmza)

Üye : Dr. Öğr. Üyesi Tuba Birinci UZUN (İmza)

Tez Başlığı: Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü

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

Tez Savunma Tarihi : 20/11/2018

Mezuniyet Tarihi : 27/12/2018

(İmza)
Prof. Dr. İhsan BULUT
Müdür

AKADEMİK BEYAN

Doktora Tezi olarak sunduğum “Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü” adlı bu çalışmanın, akademik kural ve etik değere uygun bir biçimde tarafımda yazıldığını, yararlandığım bütün eserlerin kaynakçada gösterildiğini ve çalışma içerisinde bu eserlere atıf yapıldığını belirtir; bunu şerefimle doğrularım.

Latif TİLE





T.C.
AKDENİZ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
TEZ ÇALIŞMASI ORJİNALLİK RAPORU
BEYAN BELGESİ



SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ MÜDÜRLÜĞÜ'NE

ÖĞRENCİ BİLGİLERİ	
Adı-Soyadı	Latif TİLE
Öğrenci Numarası	20135226002
Enstitü Ana Bilim Dalı	Özel Hukuk
Programı	Doktora
Programın Türü	() Tezli Yüksek Lisans (X) Doktora () Tezsiz Yüksek Lisans
Danışmanın Unvanı, Adı-Soyadı	Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA
Tez Başlığı	Uyarlama Sebebi Olarak Aşırı İfa Güçlüğü
Turnitin Ödev Numarası	1059227733

Yukarıda başlığı belirtilen tez çalışmasının a) Kapak sayfası, b) Giriş, c) Ana Bölümler ve d) Sonuç kısımlarından oluşan toplam 314 sayfalık kısmına ilişkin olarak, 19/12/2018 tarihinde tarafımdan Turnitin adlı intihal tespit programından Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Çalışması Orijinallik Raporu Alınması ve Kullanılması Uygulama Esasları'nda belirlenen filtrelemeler uygulanarak alınmış olan ve ekte sunulan rapora göre, tezin/dönem projesinin benzerlik oranı;

alıntılar hariç % 8

alıntılar dahil % 12 'tür.

Danışman tarafından uygun olan seçenek işaretlenmelidir:

(x) Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşmıyor ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylarım.

() Benzerlik oranları belirlenen limitleri aşıyor, ancak tez/dönem projesi danışmanı intihal yapılmadığı kanısında ise;

Yukarıda yer alan beyanın ve ekte sunulan Tez Çalışması Orijinallik Raporu'nun doğruluğunu onaylar ve Uygulama Esasları'nda öngörülen yüzdelik sınırlarının aşılmasına karşın, aşağıda belirtilen gerekçe ile intihal yapılmadığı kanısında olduğumu beyan ederim.

Gerekçe:

Benzerlik taraması yukarıda verilen ölçütlerin ışığı altında tarafımda yapılmıştır. İlgili tezin orijinallik raporunun uygun olduğunu beyan ederim.

...../...../.....

(imzası)
Danışmanın Unvanı-Adı-Soyadı
Prof. Dr. Köksal KOCAAĞA

İÇİNDEKİLER

KISALTMALAR LİSTESİ	vii
ÖZET	x
SUMMARY	xi
ÖNSÖZ	xii
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ İLE İLGİLİ TEMEL İLKELER VE KAVRAMLAR

1.1. İrade Özerkliği İlkesi, Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Ahde Vefa İlkesi.....	5
1.1.1. İrade Özerkliği İlkesi	5
1.1.2. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi	6
1.1.2.1. Genel Olarak	6
1.1.2.2. Tarihsel Gelişimi.....	6
1.1.2.3. Sözleşme Özgürlüğü ve İrade Özgürlüğü Kavramları Arasındaki İlişki ve Bunun Sosyo-Ekonomik Temelleri	10
1.1.3. Sözleşmeyle Bağlılık İlkesi (Pacta Sunt Servanda).....	12
1.1.3.1. Genel Olarak	12
1.1.3.2. Sözleşmeyle Bağlılık İlkesinin Yeniden Anlamlandırılması.....	15
1.1.3.3. Aşırı İfa Güçlüğü ile Sözleşmeyle Bağlılık İlkesi Arasındaki İlişkinin Hukuki Temelleri.....	17
1.2. Aşırı İfa Güçlüğü	22
1.3. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Bozulması	25

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK UYARLAMA SEBEPLERİ

2.1. Genel Olarak	30
2.2. Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi.....	32
2.2.1. Klasik Anlamda Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi	32
2.2.1.1. Genel Olarak	32
2.2.1.2. Tarihsel Gelişimi.....	34
2.2.1.3. Rebus Sic Stantibus' a Yönelik Eleştiriler.....	35
2.2.1.4. Değerlendirme	36
2.2.2. Modern Anlamda Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi	38
2.2.2.1. Genel Olarak	38

2.2.2.2. Clausula Rebus Sic Stantibus Kapsamında İleri Sürülen Görüşler	39
2.2.2.2.1.İmkansızlık Görüşü	39
2.2.2.2.2.Temel Hatası	42
2.2.2.2.3.Dürüstlük Kuralına Dayanan Görüş	44
2.2.2.2.4.Sözleşme Boşluğu Görüşü	46
2.2.2.3. Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi Uyarınca Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması.....	48
2.2.2.4. Değerlendirme	49
2.3. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi.....	56
2.3.1. Genel Olarak.....	56
2.3.1.1. Tarihsel Gelişim.....	56
2.3.1.1.1.Windscheid’ın Kayıt (Voraussetzung) Teorisi	56
2.3.1.1.2.Oertmann’ın İşlem Temeli (Geschäftsgrundlage) Teorisi	59
2.3.2. BGB § 313 ve Alman Hukukundaki Durum	63
2.3.2.1. İşlem Temeli Teorisinde İleri Sürülen Görüşler Doğrultusunda BGB § 313 Hükmünde İşlem Temelinin Anlamı	63
2.3.2.1.1.BGB § 313 Düzenlemesi	74
2.3.2.1.2.BGB § 313’ Ün Uygulanmasının Şartları.....	76
2.3.2.1.2.1. Hal ve Şartlarda Meydana Gelen Ağır Değişiklik	76
2.3.2.1.2.2. Sözleşmenin İfasının Taraflardan Birisi Açısından Katlanılamaz Olması	77
2.3.2.1.2.3. Öngörülemezlik	78
2.3.2.1.2.4. Tarafların Meydana Gelen Değişiklikten Sorumlu Olmamaları	78
2.3.2.2. Değerlendirme	79
2.4. Frustration Teorisi.....	83
2.4.1. Genel Olarak.....	83
2.4.1.1. Tarihsel Gelişim.....	86
2.4.1.2. Frustration Teorisinin İngiliz Hukuku’nda Sözleşmeyle Bağlılık İlkesine Olan Etkileri.....	90
2.4.2. Frustration Teorisinin Unsurları	91
2.4.2.1. Durumlarda Değişiklik Meydana Gelmesi	91
2.4.2.2. Değişikliklerin Öngörülemez Nitelikte Olması	93
2.4.2.3. İspat Yükü.....	95
2.4.2.4. Değerlendirme	96

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜNÜN TANIMI VE UNSURLARI

3.1. Aşırı İfa Güçlüğü'nün Tanımı.....	97
3.1.1. Tarihsel Gelişim	99
3.1.2. Aşırı İfa Güçlüğü'nün Hukuki Temeli Olarak İşlem Temeli Teorisi	104
3.1.2.1. İşlem Temelinin Türk Hukuku Bakımından Anlamı	104
3.1.2.2. İşlem Temelinin Konusu Kapsamındaki Sözleşme Rizikoları	106
3.1.2.2.1. Edimler Arasındaki Dengenin Bozulması	106
3.1.2.2.2. Aşırı İfa Güçlüğü	107
3.2. Aşırı İfa Güçlüğü'nün Unsurları	107
3.2.1. Genel Olarak.....	107
3.2.2. Sözleşmenin Yapıldığı Sırada Taraflarca Öngörülme ve Öngörülmesi De Beklenmeyen Olağanüstü Bir Durumun Ortaya Çıkması	108
3.2.2.1. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Olağanüstü Değişiklik.....	108
3.2.2.2. Durumlardaki Değişikliğin Taraflarca Öngörülme ve Öngörülmesi de Beklenmeyen Bir Değişiklik Olması.....	113
3.2.3. Meydana Gelen Durumdan Borçlunun Sorumlu Olmaması.....	117
3.2.3.1. Genel Olarak	117
3.2.4. Meydana Gelen Durumun Sözleşmenin Yapıldığı Sırada Mevcut Olguları, Kendisinden İfanın İstenmesi Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşecek Derecede Borçlu Aleyhine Değiştirmiş Olması	122
3.2.4.1. Genel Olarak	122
3.2.4.2. Durumların Borçludan İfanın İstenmesi Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşecek Şekilde Değişmesi	123
3.2.4.3. Yasal ve Sözleşmesel Risk Dağılımına Göre Borçludan İfanın İstenmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşmesi.....	125
3.2.4.3.1. Genel Olarak	125
3.2.4.3.2. Sözleşmede Risk Dağılımına İlişkin Hüküm Bulunması	126
3.2.4.3.2.1. Uyarılma Kayıtları	127
3.2.4.3.2.2. Uyarılma Kayıtlarının Yorumu	132
3.2.4.4. Kanunda Risk Dağılımına İlişkin Hüküm Bulunması	135
3.2.4.4.1. Genel Olarak	135
3.2.4.4.2. Eser Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması	137
3.2.4.4.2.1. Başlangıçta Öngörülemeyen veya Öngörülebilir de Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Olağanüstü Bir Durum Ortaya Çıkmış Olmalıdır.	139

3.2.4.4.2.2. Meydana Gelen Durum İfayı Engellemeli veya Son Derece Güçleştirmelidir.....	142
3.2.4.4.2.3. Meydana Gelen Durumun Yükleniciden Kaynaklanmamış Olmalıdır. .	143
3.2.4.4.2.4. Yüklenicinin Bu Durumu İş Sahibine Bildirmelidir.....	143
3.2.4.4.2.5. Yüklenicinin Bu Haktan Daha Önce Vazgeçmemiş Olmalıdır.	144
3.2.4.4.2.6. TBK madde 480/II'in Sonuçları	145
3.2.4.4.3. Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeple Feshi	148
3.2.4.4.3.1. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi.....	151
3.2.4.4.3.2. Kira Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi	153
3.2.4.4.3.3. Hasılat Kirası Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi	154
3.2.4.4.3.4. Hizmet Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi	154
3.2.4.4.3.5. Adi Şirket Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi	154
3.2.4.4.3.6. Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeplerle Feshine İlişkin Hükümlerin Kanuni Risk Dağılımı Bakımından Kapsamı.....	155
3.2.5. Borçlunun Borcunu Henüz İfa Etmemiş veya İfanın Aşırı Ölçüde Güçleşmesinden Doğan Haklarını Saklı Tutarak İfa Etmiş Olması.....	156
3.2.5.1. Genel Olarak	156
3.2.5.2. Sözleşmenin Henüz İfa Edilmemiş Olması	157
3.2.5.3. Edimin İfanın Aşırı Ölçüde Güçleşmesinden Doğan Hakların Saklı Tutularak İfa Edilmiş Olması.....	160
3.2.6. Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin TBK M. 138 Hükümünün Değerlendirilmesi	161
3.2.6.1. Genel Olarak	161
3.2.6.2. Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi	164
3.2.6.3. Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirilmesi.....	164
3.2.6.4. Temel Hatası ile Olan İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi.....	173
3.2.6.5. TBK m. 138'in Şartlarının Değerlendirilmesi	177

DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI

4.1. Genel Olarak	190
4.2. Sözleşmenin Uyarlanması.....	194
4.2.1. Genel Olarak.....	194
4.2.2. Sözleşmenin Uyarlanmasının Hukuki Niteliği	195
4.2.3. Hakimin Uyarlama Boşluklarını Doldurmak Suretiyle Sözleşmeyi Değişen Şartlara Uyarlaması	197

4.2.4.	Hakimin Sözleşmeyi Uyarlarken Kullanacağı Araçlar	198
4.2.4.1.	Sözleşmenin Uyarlanması ile Tamamlayıcı Yorum Arasındaki İlişki	198
4.2.4.2.	Hakimin Tamamlayıcı Yorum Getirerek Sözleşmeyi Uyarlaması	202
4.2.4.2.1.	Alman Hukukunda Tamamlayıcı Yorumla Uyarlama	202
4.2.4.2.2.	Türk/İsviçre Hukukunda Tamamlayıcı Yorum ile Uyarlama	210
4.2.5.	Sözleşmenin Uyarlanmasını Talep Etme Hakkının Hukuki Niteliği	218
4.2.6.	Sözleşmenin Uyarlanmasını Talep Etmenin Usul Hukuku Bakımından Sonuçları	225
4.3.	Sözleşmenin Sona Erdirilmesi	227
4.3.1.	Genel Olarak	227
4.4.	Sözleşmeden Dönme	228
4.4.1.	Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Feshi	231

BEŞİNCİ BÖLÜM

UYGULAMADA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ SEBEBİYLE SÖZLEŞMELERİN

UYARLANMASI

5.1.	Kira Sözleşmesinin Uyarlanması	237
5.1.1.	Genel Olarak	237
5.1.2.	Aşırı İfa Güçlüğü Kapsamında Kira Sözleşmesinin Değerlendirilmesi	239
5.1.2.1.	Kira Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi	239
5.1.2.1.1.	TBK m. 138 Kapsamında İşlem Temelinin Çökmesi	239
5.1.2.1.2.	Kira Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesinin Diğer Görünüm Türleri ..	241
5.1.2.1.2.1.	Kira sözleşmesinin Haklı (Önemli) Sebep Olağanüstü Feshi	241
5.1.2.1.2.2.	Kira Sözleşmesinin Önemli Sebep Feshi ile Aşırı İfa Güçlüğü Arasındaki İlişki	242
5.1.2.2.	Kira Sözleşmesinde Uyarlama Kayıtları	243
5.1.3.	Kira Sözleşmesinin Uyarlanması ile Kira Bedelinin Tespiti Arasındaki İlişki	244
5.1.3.1.	Genel Olarak Kira Bedelinin Tespiti	244
5.1.3.2.	Kira Bedelinin Tespitine Yönelik Esaslar	244
5.1.3.3.	Kira Sözleşmesinin Uyarlanması ile Kira Bedelinin Tespiti Arasındaki Farklar	245
5.2.	Kefalet Sözleşmesinin Uyarlanması	246
5.2.1.	Genel Olarak	246
5.2.2.	Kefalet Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi	247
5.3.	Kamu İmtiyaz Sözleşmelerinin Uyarlanması	251

5.3.1. Genel Olarak.....	251
5.3.2. Öngörülmezlik (İmprevizyon) Teorisinin Esasları.....	251
5.3.2.1. Tanım.....	251
5.3.2.2. Şartları.....	253
5.3.2.2.1.Şartların Öngörülemez Şekilde Değişmelidir	253
5.3.2.2.2.Meydana Gelen Değişiklik Taraflardan Kaynaklanmamalıdır	253
5.3.2.2.3.Meydana Gelen Olaydan Dolayı Sözleşmenin Mali Dengesi Sarsılmış Olmalıdır	254
5.3.2.3. Sonuçları	254
5.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması	255
5.4.1. Kamu İhale Sözleşmeleri.....	255
5.4.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İşlem Temelinin Çökmesi	256
5.4.2.1. Kamu İhale Sözleşmelerinde Mücbir Sebep ile Aşırı İfa Güçlüğü Hallerinin Yarışması.....	258
5.5. Döviz Endeksli Sözleşmelerinin Uyarlanması.....	259
5.5.1. Genel Olarak.....	259
5.5.2. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 85 sayılı Cumhurbaşkanı Kararı	261
5.5.2.1. Döviz Cinsinden ve Döviz Endeksli Olarak Yapılamayacak Sözleşmeler	262
5.5.2.2. Döviz Cinsinden ve Döviz Endeksli Sözleşmelerin TL'ye Uyarlanması ...	264
5.5.2.2.1.Sözleşmenin Yeniden Müzakeresi.....	264
5.5.2.2.2.Sözleşmenin Uyarlanmasında Göz Önüne Alınacak Hususlar	264
5.5.2.3. Değerlendirme	265
5.5.3. Döviz Endeksli Kredi Sözleşmelerin Uyarlanmasında Yargıtay Uygulaması.....	266
5.5.3.1. Yargıtay'ın Görüşünün İktisadi Açıdan İncelenmesi	269
5.5.3.2. Yargıtay'ın Görüşünün İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi Bakımından Değerlendirilmesi	271
SONUÇ	273
KAYNAKÇA.....	279
ÖZGEÇMİŞ	294

KISALTMALAR LİSTESİ

AB	: Avrupa Birliği
Abs.	: Absatz
Abt.	: Abteilung
Acpr.	: Archiv für die civilistische Praxis
AMK	: Alman Medeni Kanunu
Art.	: Artikel
AT	: Allgemeiner Teil
Aufl.	: Auflage
ark.	: Arkeoloji
ALR	: Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
Arş.	: Araştırma
AT	: Avrupa Topluluğu
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BAG.	: Bundesarbeitsgericht
BauR.	: Baurecht
Bd	: Band
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch für das Reich 18. August 1886.
BGE	: Entscheidungen des schweizerischen Bundesgerichts
BGH	: Bundesgerichtshof
Bak.	: Bakanlık
Böl.	: Bölüm
BT-Drucks	: Drucksache des Deutschen Bundestages
BverwG	: Bundesverwaltungsgericht
C.	: Cilt
çev.	: Çeviren, çevirmen
Diss.	: Dissertation
çev.	: Çeviren, çevirmen
Dn	: Dipnot
E.	: Esas sayısı
eBK	: 818 sayılı Eski Borçlar Kanunu
f., ff.	: folgend(e)
FG	: Festgabe

GmbH	: Gesellschaft mit beschränkter Haftung
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
HMK	: Hukuk Muhakemeleri Kanunu
İBK	: İsviçre Borçlar Kanunu
İİK	: 2004 Sayılı İcra İflas Kanunu
JA	: Juristische Arbeitsblätter
JR	: Juristische Rundschau
JuS	: Juristische Schulung
JW	: Juristische Wochenschrift
Kap	: Kapitel
Komm.	: Kommentar
LAG	: Landesarbeitsgericht
m.	: Madde
MDR	: Monatsschrift für Deutsches Recht
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	: Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs- Report
Nr.	: Numara
NZA	: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OR	: Bundesgesetz über das schweizerisches Obligationsrecht
RdL	: Recht der Landwirtschaft
RG	: Reichsgericht
RGZ	: Amtliche Sammlung von Entscheidungen des Reichsgerichts
s.	: Sayfa
S.	: Sayı
SJZ	: Schweizerische Juristen Zeitung
SPR	: Schweizerisches Privatrecht
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TD.	: Ticaret Dairesi
TÜFE	: Tüketici Fiyat Endeksi
TBK	: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
TMK	: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
Univ.	: Universität
Üniv.	: Üniversite

ÜFE	: Üretici Fiyat Endeksi
vb.	: Ve devamı
vd.	: Ve devamı
vs.	: Ve saire
Yarg.	: Yargıtay
YKD	: Yargıtay Kararlar Dergisi
ZGB	: Schweizerisches Zivilgesetzbuch
ZGS	: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht



ÖZET

İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, sözleşmenin taraflarından her birinin yerine getirmekle yükümlü oldukları edim ve karşı edimler bağlamında, tarafların hem alacaklı hem de borçlu olmaları söz konusu olur. Sözleşmenin kurulması ile her taraf, üzerine düşen sözleşmesel yükümlülükleri ne pahasına olursa olsun yerine getirmek zorundadır. Buna karşılık bazı hallerde tarafların sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmeleri önemli ölçüde ağırlaşabilir. Tarafların sözleşme kurulurken yanlış tasavvurlarda bulunmaları, gerçekleşmesine kesin gözüyle bakılan olaylar konusunda yanlış düşüncelerde ve öngörülerde bulunmaları söz konusu olabilir. Bazen de sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen durum değişiklikleri nedeniyle sözleşmeden kaynaklanan borcun ifa edilmesi aşırı derecede ağırlaşabilir. Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan durum değişiklikleri nedeniyle söz konusu olan bu son durum, aşırı ifa güçlüğü(TBK m. 138) olarak ifade edilir ve çalışmamızın konusu oluşturur.

Kural olarak sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişikliklere borçlunun katlanması beklenir. Pacta sunt servanda olarak tabir edilen sözleşmeyle bağlılık ilkesi gereğince sözleşme her hal ve şart altında muhafaza edilir ve sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesi borçlunun beklediğinden çok daha fazla fedakârlık gerektirse bile, borçlu borcunu yerine getirmelidir. Buna karşılık bu ilkenin sınırsız olduğu kabul edilmemektedir. Clausula rebus sic stantibus ilkesi uyarınca sözleşme kurulduğu sırada öngörülemeyen bir durum değişikliğinin meydana gelmesi halinde edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması veya sözleşmenin sona erdirilmesi imkânı söz konusu olacaktır.

Anahtar Kelimeler: Aşırı İfa Güçlüğü, Şartların Değişmesi, Uyarılama.

SUMMARY

HARDSHIP AS AN ADAPTATION REASON

By entering into a synallagmatic contractual transactions, the parties agree to each other's performance: Each party, as the debtor, commits itself to the other party as the creditor to provide a specific performans. When concluding a contract, each party usually has certain ideas as to how it will perform the service it owes and which issue, which fulfillment efforts are necessary. These ideas of the parties may prove to be incorrect for a variety of reasons. Often the debtor has not given enough thought or misconception about the necessary fulfillment efforts or has miscalculated or misjudged their determination. At times, the debtor was not aware of certain circumstances already at the time the contract was concluded. And sometimes it happens that after the conclusion of a contract, events or circumstances occur which increase the compliance effort and thus make the provision of the service more difficult. This last case, the termination of change of circumstances after the conclusion of the contract (Turkish Code of Obligations Art. 138), forms the subject of the present work.

The debtor remains obliged to provide benefits in the event of subsequent performance difficulties. He has to overcome the difficulties encountered, even if it requires greater fulfillment efforts than he had thought when the contract was concluded. *Pacta sunt servanda*. If, however, the effort required for the fulfillment is much greater than anticipated, the debtor's commitment to the contract may be felt to be hard and unreasonable. The basic principles of theory of hardship is that if performance of a contract is possible, but a fundamental changes of circumstances surruonding the contract had rendered performance, so that continued performance by the party affected to undue hardship. So, the affected party can invoke the principle of *clausula rebus sic stantibus*. This means the certain fundamental changes of circumstances must remain unchanged.

Keywords: Hardship, Change of Circumstances, Adjustment

ÖNSÖZ

İrade özerkliği ilkesinden kaynaklanan Borçlar Hukuku'nun en önemli ilkelerinden birisi de sözleşmeyle bağlılık (ahde vefa) ilkesidir. Bu ilke kapsamında kendi hür iradeleri ile sözleşme yapan tarafların, artık vermiş olduğu taahhütleri ve yükümlülükleri ile bağlanmaları söz konusu olur. Diğer bir deyişle, eğer usulüne uygun şekilde bir sözleşme yapılmış ise, her hal ve şartta bu sözleşme geçerliliğini korur ve şartlar ne surette değişirse değişsin, sözleşmeye müdahalede bulunulamaz. Sözleşmeyle bağlılık ilkesi, hemen hemen her hukuk sisteminde var olmuş ve halen geçerliliğini korumaktadır. Roma hukukunda pacta sunt servanda olarak ifade edilen bu ilke Türk hukukunda “ahde vefa” adıyla anılmıştır. Ancak bu ilke nasıl adlandırılırsa adlandırılsın anlamı hep aynıdır: Her halükarda verilen söze sadık kalmak; sözleşmede üstlenilen edimleri ifa etmek.

Sözleşmeyle bağlılık ilkesi temel ilke olmakla birlikte, her hal ve şartta bu ilkenin sıkı şekilde uygulanması adalete aykırı sonuçlar doğurabilir. Nitekim öyle bazı durumlar ortaya çıkabilir ki, tarafların sözleşme kurulurken belirledikleri edimler arasındaki denge aşırı oranda bozulur, taraflardan birisi bu durumlardan dolayı aşırı derecede güçlüğe düşer; hatta edimini ifa etmesi kendisinden beklenemez hale gelir. İşte böyle bir durum değişikliği halinde dahi sözleşmeyle bağlılık ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalınmalı mıdır? Diğer bir deyişle, meydana gelen bir olayın sonucunda borçludan sözleşmeyle bağlı kalmasını beklemek dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa sonuç ne olacaktır?

Sözleşme özgürlüğü ve irade özerkliği ilkelerinden yola çıkacak olursak bu soruya verilecek olan cevap sözleşmeyle bağlılık ilkesinin geçerli olduğu ve eğer taraflar özgür iradeleri ile bir sözleşme yapmışlarsa, her hal ve şartta uygulanması gerektiğidir. Hatta Fransız Medeni Kanunu, usulüne uygun olarak yapılan sözleşmeleri, “tarafların kanunu” olarak nitelendirir. Mademki sözleşmeleri tarafların kanunu olarak kabul ediyoruz; kanunlar dahi meydana gelen olağanüstü değişikliklere göre ya da zamanın şartlarına göre değişebilir, revizyona uğrayabilir. Hatta sözleşme özgürlüğü dahi devletin müdahalesi ile sınırlandırılabilir. Aynı şey neden sözleşmeler için de geçerli olmasın?

Bu doğrultuda tarihsel süreçte ilk olarak Roma hukukunda her sözleşmenin kurulduğu andaki hal ve şartlar aynı kalmak şartıyla geçerli olduğu anlamına gelen “clausula rebus sic stantibus” ilkesi ortaya çıkmıştır. Ancak ne bu ilke, ne de değişen şartlar halinde sözleşmeye müdahale edilmesine imkan veren diğer ilkeler Kanun koyucular tarafından kabul edilmemiş, sözleşmeyle bağlılık ilkesi daha üstün tutulmuştur. Buna karşılık Birinci Dünya Savaşı'nın getirmiş olduğu büyük yıkım beraberinde ekonomik krizleri ve buhran dönemlerini getirmiş

ve artık sözleşmelerin değişen şartlara göre uyarlanmasına yönelik bir ihtiyaç giderek kendini göstermiştir. Şüphesiz bu konuda ilk adımı Almanya' nın atmasında Dünya Savaşı'ndan en çok zarar gören ülkelerden birisi olmasının payı büyüktür. Nihayetinde dünya çapında meydana gelen ekonomik krizler, piyasalardaki dengesizlikler ve hemen devamında ortaya çıkan İkinci Dünya Savaşı nedeniyle, başta kanun koyucular olmak üzere tüm hukukçular, en az sözleşmeyle bağlılık ilkesi kadar önemli olan ikinci bir ilkenin daha var olduğunu farkettiler: Sözleşme adaleti ilkesi. Bu ilkenin gereği olarak, eğer koşullarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle somut sözleşme adaleti zarar görüyorsa, ortaya adaletsiz sonuçlar çıkıyorsa, sözleşmeye müdahale edilmelidir.

Bu bakımdan somut sözleşme adaletine hizmet eden ve hal ve şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale imkanı veren ilke Roma hukukunun geçerli olduğu zamanlardan beri aynıdır: Clausula Rebus Sic Stantibus. Yani her sözleşme, kurulduğu andaki şartlar aynı kalmak şartıyla geçerlidir. Buna karşılık bu ilke günümüzde bu anlamını yitirmiş ve zaman içerisinde modern bir ilke halinde gelerek, değişen koşullar halinde sözleşmeye müdahale edilmesi ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması anlamında kullanılır.

Yukarıda da izah edildiği üzere, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin yeniden değerlendirilmesi ve bazı şartlar altında sözleşmeye müdahale edilmesine imkan tanınması, hemen hemen her ülkede ekonomik krizler, savaşlar ve buhran dönemlerine rastlar. Diğer bir deyişle ekonomik sıkıntılar ve buhranlar, her ne kadar daha önceden reddedilmiş olsa da, sözleşmenin uyarlanması kavramını gündeme getirir. Ancak zamansal olarak böyle bir sınırlama getirmeksizin, günümüzde hemen her hukuk sistemi, değişen şartlar halinde sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesini kanunen kabul etmese de, en azından uygulamada kabul eder.

Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen öngörülemez olaylar neticesinde borçlunun edimini yerine getirmesi dürüstlük kuralına göre beklenemiyorsa, borçlunun mağdur olması söz konusu olur. Bu sonuç Alman hukukunda “işlem temelinin çökmesi”, İsviçre hukukunda “clausula rebus sic stantibus”, İngiliz hukukunda (sözleşmenin amacının boşa çıkması, hüsrana uğraması anlamında) “frustration” olarak tanımlanır. Türk hukukunda ise borçlunun bu mağduriyeti “aşırı ifa güçlüğü” olarak adlandırılır ve TBK m. 138 kapsamında değerlendirilir. Esasen şartların öngörülemez surette değişmesi, Türk hukukuna yabancı bir kavram da değildir. Nitekim Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) bu konuda “*Meşakkat teysiri(kolaylaştırma) celbeder*” demiştir. Diğer bir hüküm ise şudur: “*Bir işte diyk(darlık, sıkıntı) oldukta, müttesi(genişleme) olur*”. Bu kapsamda Mecelle'ye göre bir işte veya sözleşmede zorlaşma ve sıkıntı ortaya çıkarsa ruhsat cihetine gidilmesi yani

kolaylaştırma yolunun tercih edilmesi söz konusudur. Ancak tarihsel süreçte sözleşmelerin değişen şartlar halinde uyarlanması ve bu kapsamda aşırı ifa güçlüğü, Türk hukukunda genel bir düzenlemeye konu olmamıştır. Bu bakımdan tıpkı İsviçre hukukunda da olduğu gibi bu kavramın hukuki temeli konusunda genel geçer bir teori geliştirilmemiş ve bir kanuni düzenleme getirilmemiştir. Ancak sözleşmenin uyarlanması topyekün olarak da reddedilmemiştir. Bu kapsamda eser sözleşmesinin beklenmeyen hallerde değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin eBK m. 365/II hükmü kıyas yoluyla uygulanmış ve uyarlama imkanı tanınmıştır. 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun getirmiş olduğu en önemli yeniliklerden birisi de bu uyarlamaya kanuni imkan tanınması hususudur. Nitekim TBK m. 138 hükmü ile Türk hukukunda ilk defa aşırı ifa güçlüğü başlığı altında, değişen şartlar halinde sözleşmelerin uyarlanmasına imkân tanınmıştır.



GİRİŞ

Çalışmamızın konusunu yukarıda izah ettiğimiz TBK m. 138’de düzenlenen “Aşırı İfa Güçlüğü” oluşturmaktadır. Bu düzenleme ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorunu ilk defa kanuni düzenlemeye tabi tutulmuş ve bu suretle uygulamada ve teoride uzun zaman paralellik arzeden İsviçre hukukundan ayrılmıştır.

TBK m. 138 hükmü genel itibarıyla 2002 tarihli Alman Reform Kanunu ile getirilen BGB § 313 hükmü ile paralellik arzeder. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda Alman hukuku hem doktrinsel görüşler hem de yargı içtihatları bakımından oldukça zengin bir tarihe sahiptir. Alman hukukunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorununun çözümüne ilişkin olarak tarihsel süreçte birçok farklı görüş geliştirilmiş ve en son Oertmann tarafından savunulan “işlem temelinin çökmesi teorisi” doktrinindeki hakim görüş haline gelmiştir. Bu teori zaman içerisinde mahkemeler tarafından da benimsenmiş ve Alman hukukunda kabul edilen teori haline gelmiştir. Devam eden süreçte ise sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelinin belirlenmesine yönelik faaliyetler yerini, işlem temelinin çökmesi teorisinin kapsamının belirlenmesine bırakmıştır. Alman hukukunda sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeline ilişkin işlem temeli teorisi temelinde tartışmalar sürerken, Türk/İsviçre hukuku bu sorunu genel olarak “dürüstlük kuralı” kapsamında çözmüştür. Buna karşılık dürüstlük kuralının yanında, hal ve şartların değişmesi nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeli ile ilgili olarak oldukça farklı başkaca görüşler de mevcuttur. Hatta bu konudaki tartışmalar uzun yıllar devam etmiş ve halen de etmektedir.

Sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeline ilişkin tartışmalar Türk/İsviçre hukukunda süre dursun, Almanya bu sırada uzun yıllar doktrinde ve içtihatlarda kabul edilen işlem temelinin çökmesi teorisini 2002 tarihli Borçlar Hukuku Reformu ile kanuni düzenlemeye (BGB § 313) tabi tutmuştur. Bu kapsamda uyarlamanın hukuki temeli olarak işlem temelinin çökmesi teorisi benimsenmiş ve işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını genel nitelikli bir kanun hükmü ile düzenlemiştir.

Bu gelişme neticesinde Türk kanun koyucusu tavrını, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “aşırı ifa güçlüğü” başlığını taşıyan madde 138 hükmünü düzenlemek ve Alman işlem temeli teorisini benimsemekten yana kullanmıştır.

Aşırı ifa güçlüğü, BGB § 313’ün kaynaklık ettiği işlem temelinin çökmesi teorisine dayanır. Bu kapsamda sözleşme kurulduktan sonra taraflardan kaynaklanmamış, öngörülemez nitelikte olağanüstü durum değişiklikleri meydana gelirse ve dürüstlük kuralı çerçevesinde borçludan sözleşme ile bağlı kalması beklenemiyorsa, borçlu hakimden sözleşmenin değişen

şartlara uyarlanmasını talep edebilir. Eğer sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse bu durumda borçlu sözleşmeden dönebilir, sürekli borç ilişkilerinde ise fesih hakkını kullanabilir.

Aşırı ifa güçlüğü kavramı TBK m. 138 hükmü ile genel bir düzenlemeye konu olmakla birlikte, önceki dönemlerde bu kavramın unsurlarına ve hukuki sonuçlarına ilişkin tartışmalar nispeten geçerliliğini korur. Bu kapsamda incelenmesi gereken öncelikli sorun aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelini tespit edilmesidir. Hemen belirtmek gerekir ki madde gerekçesinden de açıkça anlaşılacağı üzere hukuki temel olarak işlem temelini çökmesi teorisi kabul edilmiştir. Ancak geçmiş dönemlerde aşırı ifa güçlüğü kavramı dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmiş bir kavram olduğu için, dürüstlük kuralı ile aşırı ifa güçlüğü arasındaki sıkı ilişki halen varlığını korur. Diğer bir deyişle aşırı ifa güçlüğü'nün eBK dönemindeki hukuki temeli doktrin ve içtihatlarıdaki hakim görüşe göre dürüstlük kuralı olarak belirlenmiştir. Bu durumda mevcut durumda aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelinde dürüstlük kuralının ne derecede etkili olduğunun belirlenmesi gerekir.

TBK m. 138'in genel olarak BGB § 313'ten esinlendiği bir gerçek olmakla birlikte, işlem temelini çökmesine ilişkin BGB § 313 düzenlemesi de Alman hukukunda genel kabul gördüğü üzere dürüstlük kuralının özel bir görünüm türüdür. Bu halde, hem önceki dönemde aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelini teşkil etmesi hem de kaynak kanun olan BGB § 313'ün işlem temelini özel bir görünüm türü olması, dürüstlük kuralının aşırı ifa güçlüğü kavramına olan etkisinin halen devam ettiğini gösterir. Kaldı ki dürüstlük kuralı hem madde metninde hem de gerekçede açıkça belirtilir. Bu nedenle dürüstlük kuralının aşırı ifa güçlüğüne olan etkisinin ne olduğunun belirlenmesi gerekir.

Çalışmamız kapsamında inceleme konusu yapılan diğer bir sorun ise, aşırı ifa güçlüğü'nün unsurlarının ne olduğunun belirlenmesidir. Yukarıda da izah edildiği gibi aşırı ifa güçlüğü sözleşmeyle bağlılık ilkesinin sözleşmeler hukukundaki bir istisnasını teşkil eder ve köken olarak Roma hukukuna, clausula rebus sic stantibus ilkesine kadar dayanır. Ancak Türk hukuku bakımından bu kavram kanuni düzenleme konusu yapılmış ve hem önceki dönemde paralellik arzettiği İsviçre hukukundan hem de farklı unsurlar içermesi nedeniyle Alman hukukundan ayrılır.

Esasen aşırı ifa güçlüğü kavramı, Alman hukukundaki işlem temeli teorisine dayansa da onun aynısı değildir. Diğer bir deyişle işlem temeli teorisinin kapsamına giren sözleşme rizikolarının tamamı, aşırı ifa güçlüğü açısından geçerli değildir. Dolayısıyla "işlem temeli" kavramından Türk hukuku bakımından ne anlaşılması gerektiğinin ve hangi sözleşme rizikolarının gerçekleşmesi halinde işlem temelini çökmüş sayılacağı'nın belirlenmesi gerekir.

Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temeli ve işlem temelinden farklılık arzettiği hususların belirlenmesi mevcut sorunun sadece bir yönüdür. İkinci bir sorun ise, uygulamada işlem temeli haline gelen durumların belirlenmesi konusunda kendisini gösterir. Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğü'nün unsurları, işlem temeli teorisi kapsamında açıklanmaya muhtaçtır. Özellikle madde 138 kapsamında meydana gelmesi gereken olayların “olağanüstü bir olay olması”, “öngörülemez nitelikte olması” ve “dürüstlük kuralı çerçevesinde ifanın beklenemez olması” kavramlarından ne anlaşılması gerektiği tespit edilmelidir. Nitekim bu sorun, aşırı ifa güçlüğü'nün teorik sorunlarından daha önemli olan uygulamaya yönelik sorunlarıdır.

Çalışmamız kapsamında inceleme konusu yapılan diğer bir sorun ise aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki sonuçlarıdır. TBK m. 138 lafzından hareketle aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki sonuçları sözleşmenin uyarlanması, eğer bu mümkün değilse sözleşmenin sona erdirilmesi olarak ifade edebilir. Ancak uyarılama hakkının hukuki niteliğinin ne olduğu, sözleşmenin uyarlanmasına kimin karar vereceği ve bu kararın hukuki niteliğinin ne olduğunun da belirlenmesi gerekir. Nitekim 818 s. Borçlar Kanunu (eBK) döneminde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması bakımından kıyasen uygulanan m. 365/II hükmü, sözleşmenin uyarlanmasını hakimden isteme, hakim de sözleşmenin uyarlanmasını veya bunun mümkün olmadığı hallerde sözleşmenin sona erdirilmesine karar vermesini düzenlemiştir. Ancak TBK m. 138 düzenlemesinde aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki sonuçları farklıdır. Dolayısıyla aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki sonuçlarının ne olduğunun belirlenmesi gerekir.

Hukuki sonuçlar bakımından çözülmesi gereken diğer bir sorun ise, hakim sözleşmeyi nasıl uyarlayacağı ve hangi “araçlardan” faydalanacağıdır. Dolayısıyla uyarlamayı talep etme hakkının hukuki niteliğinin yanında uyarlamanın bizzat kendisinin de hukuki niteliği açıklanmaya muhtaçtır.

Çalışmamız beş bölüm halinde incelenmiştir. Birinci bölümde aşırı ifa güçlüğü ile ilgili olan önemli kavramlar incelenmiştir. Zira bu kavramlar anlaşılmadan aşırı ifa güçlüğü ve bunun hukuki, sosyal ve ekonomik temelleri de anlaşılamaz. Bu kapsamda irade özerkliği ilkesi, sözleşme özgürlüğü ilkesi ve sözleşmeyle bağlılık ilkesi inceleme konusu yapılmıştır.

Çalışmamızın ikinci bölümünde genel olarak uyarılama sebepleri incelenmiştir. Bu kapsamda farklı hukuk sistemlerinde sonradan meydana gelen öngörülemez değişiklikler nedeniyle sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasına imkan tanıyan teoriler ve kanun hükümleri incelenmiştir. Bu kapsamda öncelikle tarihsel süreçte ilk defa ileri sürülen *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin söz konusu olduğu Roma hukuku incelenmiştir. Daha sonra Kıta Avrupası hukukunda Alman ve İsviçre hukukunda aşırı ifa güçlüğüne karşılık gelen, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ve sözleşmeye müdahale edilmesine ilişkin ileri

sürülen teoriler incelenmiştir. Alman hukuku, bu konuda Türk hukukuna kaynak teşkil etmektedir. Bu nedenle Alman hukukunda tarihsel süreçte ileri sürülen görüşler ve teoriler incelenmiştir. İsviçre hukukunda geliştirilen teoriler de aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temeli ve sonuçları bakımından halen etkisini hissettirmektedir. Anglo Sakson hukuku bakımından ise İngiliz hukukunda kabul edilen “frustration teorisi” inceleme konusu yapılmıştır. Bu bakımdan mukayeseli hukuk bakımından yapılan tespitler, ayrı ayrı değerlendirilmiş ve yeri geldikçe karşılaştırılmıştır.

Üçüncü bölümde aşırı ifa güçlüğü'nün Türk hukukundaki tarihsel gelişimi ve hukuki temeline ilişkin inceleme yapılmıştır. Bu kapsamda aşırı ifa güçlüğü'nün tanımı ve unsurları incelenmiş, bu kavramın içeriği ile işlem temelinin kapsamı incelenmiştir.

Dördüncü bölümde ise aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki sonuçları incelenmiştir. Burada öncelikli konumda olan sözleşmenin uyarlanması kavramı, bunun hukuki niteliği ve sonuçları incelenmiştir. Uyarlanmanın mümkün olmaması halinde ise hukuki sonucun sözleşmenin sona erdirilmesi olduğu, bu kapsamda sözleşmeden dönme veya feshin söz konusu olacağı incelenmiştir.

Beşinci bölümde ise aşırı ifa güçlüğü sebebiyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının uygulamada önem arzeden bazı sözleşmeler ele alınmıştır.

BİRİNCİ BÖLÜM

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ İLE İLGİLİ TEMEL İLKELER VE KAVRAMLAR

1.1. İrade Özerkliği İlkesi, Sözleşme Özgürlüğü İlkesi ve Ahde Vefa İlkesi

1.1.1. İrade Özerkliği İlkesi

Doğal hukuk doktrininde kaynağını bulan “özgürlük” kavramı, esasen etik bir varsayım olup¹ herhangi bir zorlamadan veya emirden bağımsızlığı ve kişinin kendi iradesi ile karar alabilme serbestisini ifade eder. Bu anlamıyla özgürlük, kişinin içinde bulunduğu topluma veya belirli bir topluluğa ait olan iradenin değil, kişinin kendi iradesinin etkisi altındadır ve bu yönüyle kişinin kendi seçimlerine bağlıdır. Hukuki açıdan ise kişinin hukuki işlemlerini, özellikle kendisini borç altına alan borç ilişkilerini, özgür iradesi ile istediği gibi düzenleyebilmesi konusundaki özgürlüğü, irade özerkliği ilkesi olarak ifade edilir².

Özgür iradeyi ön planda tutan her hukuk sistemi, kişinin kuracak olduğu hukuki ilişkilerinde “irade özerkliği” kavramını da ön planda tutar³. Oftinger⁴, irade özerkliği ilkesini, sözleşmenin taraflarının hukuki ilişkilerini düzenlerken kendi seçimlerine göre hareket etmeleri olarak tanımlar. Burada kişilerin hukuki ilişkilerini düzenlerken özgür iradeleriyle hareket etmeleri ve diledikleri gibi düzenleme yapma özgürlüğüne sahip olmaları söz konusudur⁵. İrade özerkliği ilkesinin borçlar hukuku açısından anlamı ise sözleşmenin taraflarının, özgür iradeleri ile kendi şahsi seçimlerini yansıtan, kendi sorumlulukları altında sözleşme yapabilme özgürlüğü olarak tanımlanır ki bu durumda irade özerkliğinin doğal sonucu olan sözleşme özgürlüğü ilkesini karşımıza çıkarır.

Kişinin borç ilişkilerini dilediği gibi düzenleyebilmesi, yani irade özerkliği, hiç şüphesiz ekonomik bir temele de sahiptir. Bu özelliği itibarıyla yukarıda da değindiğimiz gibi özellikle özgür iradeyi ön planda tutan serbest piyasa ekonomisine sahip liberal hukuk sistemlerinde bu ilke kendisine geniş bir yer bulur. Bu tür hukuk sistemlerinde kanun koyucu kişilere kendi iradeleri doğrultusunda hareket edebilme imkanı tanır. Hatta sözleşme özgürlüğünün geniş bir yer tuttuğu hukuka sahip olan devletlerin, hangi ekonomik sistemde yer aldığına ilişkin tespitlerde de bulunulabilir⁶. Özellikle 19. yüzyılda klasik liberal iktisat

¹ Auer, 2005: 475; Hirsch, 2005: 135.

² İrade özerkliği (serbestisi) kelimesinin Latince kökeni, autos (kendisinden) ve nomos (kanun) kelimelerinden oluşur. “Autonomy” kavramı ile kastedilen şey kişinin kendi kanunları ile yönetilmesidir.

³ Oğuzman ve Öz, 2018: 23; Başpınar, 1998: 15; Kaplan, 1987: 19.

⁴ Oftinger, 1948: 52.

⁵ Merz, 1970: 18; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2017: N. 1; Flume, 1979: 135.

⁶ Larenz, 1979: 41; Flume, 1979: 17; Baumann, 1998: 60; Ayrıca özel mülkiyet gibi haklara yer vermeyen otoriter-sosyalist hukuk sistemleri ile demokratik sistemler arasındaki ilişkinin sözleşme özgürlüğü açısından karşılaştırılması hakkında Bk.. Merz, 1970: 33.

teorisini kuran “Bırakınız yapsınlar, Bırakınız Geçsinler” sözünün sahibi Adam Smith’in görüşleri de irade özerkliğinin sanayi toplumlarında yerleşmesine büyük katkıda bulunmuştur. Bu görüşe göre, her ne kadar devletin eşitlik ilkesi uyarınca zaman zaman müdahalelerde bulunması söz konusu olabilse de, bu mutlak olarak uygulanacak bir müdahale değildir. Özellikle devletin sözleşme eşitliği ilkesini sağlamak adına piyasalardaki fiyat dengesine müdahalelerde bulunması, piyasa dengelerini olumsuz yönde etkiler. Bu bakımdan devletin asıl görevi piyasanın oluşumu için zorunlu olan sosyal ve siyasi ortamı sağlamaktır⁷.

1.1.2. Sözleşme Özgürlüğü İlkesi

1.1.2.1. Genel Olarak

Sözleşme özgürlüğü ilkesi, irade özerkliği ilkesinin doğal, hatta en önemli sonucudur⁸. Sözleşmenin taraflarının özgür iradeleri ile hukuki ilişkilerini düzenleyebilmeleri anlamına gelen sözleşme özgürlüğü, Anayasa’nın 48. maddesinde “Herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir.” demek suretiyle güvence altına alınmıştır. TBK m. 26’da “Taraflar, bir sözleşmenin içeriğini kanunda öngörülen sınırlar içinde özgürce belirleyebilirler.” Demek suretiyle herkesin dilediği kişi ile içeriğini özgürce düzenleyerek sözleşme ilişkisi içine girme ya da girmeme özgürlüğüne sahip olduğuna işaret etmiştir. Bu ilke uyarınca kişiler, hukuk düzeninin sınırları çerçevesinde yapacakları sözleşmelerle borç ilişkilerini serbestçe düzenleyebilirler⁹.

1.1.2.2. Tarihsel Gelişimi

Avrupa’da liberalizm öncesindeki sosyal ve ekonomik dönem, statü hukuku dönemi olarak adlandırılır. Bu dönemde kişiler arasındaki ilişkiler, statü hukuku kurallarına göre belirlenmiştir. Statü kelimesi, anlam itibarıyla ortaçağdaki hayat şartlarını belirleyen bir kavram olmakla birlikte, tarihsel kökeni çok daha eskilere; Roma’ya kadar ulaşır. Roma hukukunda statü kavramı, kişilerin sahip olduğu hak ehliyeti anlamına karşılık gelir¹⁰.

⁷ Küçükyalçın, 2004: 105; Şenol, 2016: 711; Erman, 1973: 602.

⁸ İrade özerkliği ilkesinin borçlar hukuku alanında kaynak teşkil ettiği üç temel ilke söz konusudur. Bunlar sözleşme özgürlüğü ilkesi, sözleşme ile bağlılık ilkesi ve sözleşmenin nispiyeti ilkesidir. Ancak bunların içinde irade özerkliği ile en sıkı ilişki içerisinde olan ilke sözleşme özgürlüğüdür. Hatta çoğu zaman bu iki ilke birbiri ile eş anlamlı olarak kullanılır. Bu yakınlıktan dolayı söz konusu iki kavramın birbirinden ayrılması oldukça güçtür. Bk.. Bucher, 1988: 87; Tekinay, 1993: 363. Bu iki kavramın birbiri ile eş anlamlı olarak kullanılmasının sebebinin, kişilerin borç ilişkilerini düzenlerken kullandığı hukuki aracın genellikle “sözleşme” olmasından ileri geldiği konusunda Bk.. Eren, 2016a: 300.

⁹ Honsell, 2002: 10; Tekinay vd., 1993: 363; Eren, 2016a: 20; Kılıçoğlu, 2016: 75; Reisoğlu, 2014: 133. Buna karşılık, bu ilkenin kapsamı sadece kişiler arasındaki borç ilişkileri ile sınırlı değil, hukuk düzeninin sınırları içerisinde tüm özel hukuk ilişkilerini de kapsamaktadır.

¹⁰ Funken, 2009: 11; Lange, 1958: 98; Rein, 1858: 118; Roma hukukunda, kişilerin hak ehliyetine sahip olabilmesi için üç tür statüye sahip olmalıdır. Bunlar, "status libertatis" (hürriyet), "status civitatis" (vatandaşlık) ve "status familiae" (aile reisliği)'dir. Roma’da bu statülerin tamamına sahip olma "caput" kavramı ile ifade

Roma hukukunda, kişinin hukuki anlamda kişi olarak kabul edilmesi veya onun aile içerisindeki konumunun belirlenmesi ait olduğu statüye göre belirlenir. Sosyolojik açıdan statü kavramı ise, toplumun sosyal yapısında kişinin konumunu oluşturan ve içeriği kişilerin toplumda üstlendiği rollerle belirlenen bir kavramdır. Statü kavramının anlamı günümüzde Roma hukukundaki hak ehliyeti anlamından farklılaşarak sosyolojik anlamı ile uyumlu bir hal almıştır. Buna karşılık Ortaçağ boyunca bu kavram kişilerin ait olduğu sosyal sınıfları ifade etmek için kullanılmıştır¹¹.

Ortaçağ Avrupası'nda kilise, mülkiyet ve şehir hayatı temeline dayanan feodal sistem hâkim olmuştur. Toplumsal hayatın her alanı, bu feodal sistemin etkisi altına girmiştir. Bu sistemde kilise ve ayrıca ekonomik gücü olan kişiler ayrıcalıklı kabul edilmiş, hukuki ve ekonomik düzen bu ayrıcalıklı sınıf tarafından yürütülmüştür. Bu sistemin içerisindeki kişilerin sahip oldukları özgürlüklerin sınırı ve toplumdaki konumları da sosyal statüleri ile belirlenmiştir¹².

Bu döneme statü hukuku dönemi denmesinin nedeni kişilerin hukuki ilişkilerinin sosyal statülerine göre belirlenmesidir. Zira bu dönemde toplumsal düzenin birbirinden farklı sosyal sınıflardan oluştuğu ve her bir sosyal sınıfa ait olan kişilerin birbirinden farklı hak ve özgürlüklere sahip olduğu kabul edilmiştir. Bunun yanında, kişiye özel hukuk karakterli haklar tanınırken, eşit konumdaki kişiler arasında yapılan sözleşmeler değil, statü ilişkileri temel alınmıştır. Bunun sonucu olarak modern hukuk sistemlerinin aksine, özel hukuk alanındaki sözleşmelere sınırlı bir uygulama alanı tanınır. Yalnızca vasalların (senyörlerin himayesi altına girerek onların hizmetini gören kişilerin) senyörlere, kölelerin efendilerine olan bağlılığı, sözleşmeler aracılığıyla sağlanmıştır¹³.

Ortaçağın sonlarına doğru feodal sistemin yıkılmasıyla merkezi krallıklar güç kazanmıştır. Merkezi krallıklar, merkantilist politikalarla¹⁴ milletin refahını sağlamayı amaçlamışlardır. Merkantilizmin merkezîyetçi ve milliyetçi ekonomi politikaları sayesinde, feodal düzende geçerli olan statü hukuku kuralları bu geçerliliğini kaybetmiştir¹⁵. Ancak, bu sistemin içerdiği baskıcı politikalar nedeniyle, bu dönemde de sözleşme yapma, sözleşmenin karşı tarafını seçme veya sözleşmenin içeriğini düzenleme özgürlüğüne imkan tanınmamıştır.

edilir. Bu statülerden yoksunluk hali ise "capitis deminitio" şeklinde tanımlanır. Bk.. Çelebican, 2000: 127; Sirmen, 1992: 442; Umur, 1987: 156.

¹¹ Sirmen, 1992: 442.

¹² Sirmen, 1992: 442; Küçükalçın, 2004: 105; Belser, 2000: 11.

¹³ Sirmen, 1992: 443; Bloch, 2005: 208; Güran, 1991: 30.

¹⁴ Merkantilizm ekonomik anlamda servet ve anapara ile toplumun refah ve huzurunun doğru orantılı olduğunu savunan bir ekonomik teoridir. Buna göre "anapara" devletin elinde tuttuğu altın gibi değerlerle temsil edilir. Merkant kelimesi Latince tacir anlamına gelir ve bu teoriye göre devletin zenginliği, altın ve gümüş gibi değerli madenlerin ülkeye girişi ile sağlanır.

¹⁵ Güran, 1991: 98.

Örneğin çalışma şartları ve ücretler yerel yönetimler tarafından belirlenmiş, sözleşme yapma zorunluluğunun kapsamı birçok farklı meslek grubunu da içine alacak şekilde genişletilmiştir¹⁶. Merkantilizm sayesinde merkezi krallıklar büyük servetler elde etmiş ve ekonomik alanda faaliyet gösteren kişilere daha fazla özgürlük tanınması gerektiği fikri yaygınlaşmaya başlamıştır. Özellikle Avrupa'da, uzun yıllar devam eden savaşların getirdiği ekonomik bunalımların önüne geçmek için, devlet tarafından ekonomik sisteme müdahale edilmemesi (diğer bir deyişle ekonominin doğal yapısının bozulmaması) gerektiği fikri hızla taraftar bulmuş ve böylece klasik iktisat teorisinin temelleri atılmıştır.

17 ve 18. yüzyıla, hümanizm ve aydınlanma çağı düşüncesi ve bunun hukuk alanına yansımaları olan doğal hukuk teorisi damgasını vurmuştur. Esasen tüm bu yenilik hareketleri temeli 15 ve 16. yüzyılda yaşanan Rönesans ve Reform hareketlerinde bulur. Nitekim bu hareketler pek çok alanda yenilikçi düşünce akımlarının ortaya çıkmasına neden olmuştur¹⁷.

Giderek toplumsal yaşamın her alanına hakim olan bu yeni düşünce akımları sayesinde, 17 ve 18. yy'da sınıf ayrımına dayanan toplumsal yapı artık sorgulanır hale gelmiştir. Sınıf ayrımının dışlanması, topluma tam bir özgürlüğün ve eşitliğin hakim olması gerektiğinin sesli şekilde dile getirilmeye başlanması, yeni bir çağ başlatacak olan devrimlerin de dinamiğini oluşturmuştur¹⁸. Bu devrimlerin en önemlisi şüphesiz 1789 tarihli Fransız Devrimi'dir. Fransız Devrimi, toplumda liberal ekonomi politikalarının şekilleneceği özgürlük zeminini hazırlamıştır.

Fransız Devrimi eşitlik ve özgürlük temelleri üzerine gelişen bir düşünce akımının oluşmasını sağlamıştır. Bu değişim hareketiyle, özgür kişilerin kendi özgür iradeleriyle, kaderlerini kendilerinin belirleyeceği, toplumsal düzenin bu doğrultuda şekillendirileceği ve toplumsal yaşamı düzenleme konusunda bir statü ayrımı yapılmaksızın herkesin eşit olduğu kabul edilmiştir. Bunun sonucunda, mülkiyet hakkına ilişkin getirilen sınırlamalar kaldırılmış, kişilerin ekonomik faaliyetlerine özgürlük tanınmış ve sözleşme özgürlüğü ilkesi kabul edilmiştir. Yine bu tarihlerde, Fransa'da François Quesnay'ın önderliğinde gelişen yeni bir iktisat akımı, daha sonra Adam Smith ve David Ricardo tarafından geliştirilerek kapitalizmin temelini oluşturacak olan “serbest piyasa ekonomisini” ortaya çıkarmıştır. İktisat tarihinde “fizyokratlar” olarak adlandırılan bu iktisatçılar, merkantilistlerin aksine, devletin ekonomik hayatın doğal dengelerine müdahale etmemesi gerektiğini savunmuştur¹⁹. Adam Smith'in,

¹⁶ Busche, 1999: 47.

¹⁷ Heaton, 2005: 199; Atamer, 2004: 11; Küçükyalçın, 2004: 105.

¹⁸ Heaton, 2005: 199; Atamer, 2004: 11; Küçükyalçın, 2004: 105. Fransız devriminden önceki yüzyılda 1649 tarihinde I. Charles'in idam edilmesi ile başlayan İngiliz devrimi de yukarıda bahsettiğimiz değişim hareketleri sonucunda meydana gelmiştir.

¹⁹ Busche, 1999: 47; Güran, 1991: 137.

1779 tarihli "Ulusların Zenginliği" adlı eseri, devlet müdahalesini dışlayan ve serbest rekabeti destekleyen liberal ekonomik sistemin temel kitabı haline gelmiştir.

Liberal ekonomik sistemi benimseyen ülkelerde “müdahaleci devlet” anlayışından, “bekçi devlet” anlayışına geçilmiş, serbest ekonomik piyasada devletin rolü sınırlandırılmıştır²⁰. Devletin görevinin sadece ülkenin iç ve dış güvenliğini sağlamak, serbest rekabeti ve mülkiyeti korumak olduğu kabul edilmiştir. 18. yüzyılda başlayan sanayi devrimi ile artan seri üretim, mal çeşitliliği ve yeni pazarlar, liberal iktisatçıların istediği şekilde pazar ilişkisinin arz tarafını oluşturan birbirleriyle rekabet edebilecek teşebbüslerin ortaya çıkmasını sağlamıştır. Serbest ekonomik düzen sadece kişiler arasındaki ticari ilişkilerde değil toplumsal yaşamın her alanında etkili olmuştur. Bunun en önemli örneklerini, 19. yüzyıldaki kanunlaştırma hareketlerinde görmek mümkündür. Bu açıdan liberal ekonomik sistemin etkileri ile hukuki ortamda ortaya çıkan kanunlaştırma hareketleri ile başta clausula rebus sic stantibus ilkesi olmak üzere, sözleşmeler hukuku alanında çeşitli görüşler yeniden tartışılmaya başlanmıştır. Burada özellikle Roma özel hukukunun Almanya’daki uygulayıcıları olan pandektistlerin faaliyetleri önem taşır. Nitekim aşağıda daha detaylı inceleneceği üzere, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda clausula rebus sic stantibus ilkesinden sonra ileri sürülen görüş olan kayıt teorisini geliştiren Windscheid da pandektistlerin en önemli temsilcilerindendir. Ancak bu yıllarda yaşanan kanunlaştırma hareketleri her ne kadar sözleşme özgürlüğü gibi ilkeleri benimsemiş olsa da, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda katı bir tutum sergilemiştir. Bu nedenle clausula rebus sic stantibus bu dönemde kabul edilememiştir.

Yaşanan bu toplumsal ve ekonomik değişiklikler, bireylerin devletle olan ve kendi aralarındaki ilişkilerinin yeniden düzenlenmesini gerektirmiştir. Avrupa’da, ortaçağın sonlarında feodal düzenin yıkılmasıyla başlayan, Fransız Devrimi’nin etkisiyle güç kazanan “ulus devlet” kavramı ülke genelinde geçerli hukuk kurallarının varlığına olan ihtiyacı da beraberinde getirmiştir. Yine ekonomik alanda liberal politikaların benimsenmesi, serbest pazarda işlem yapacak teşebbüsler arasındaki ilişkilerin, rekabet ortamını sağlayacak şekilde düzenlenmesi gereğini doğurmuştur²¹.

Bu ihtiyaçları karşılamaya yönelik düzenlemelerin hazırlanması sırasında dönemin felsefi akımlarından da etkilenilmiştir. Düşünceleri ile fizyokratlara ilham kaynağı olan doğal hukuk akımı, toplumsal hayatı şekillendiren yasal düzenlemelerin temelini oluşturmuştur²². Doğal hukuk akımının etkisiyle hazırlanmış bu dönem kanunları sırasıyla, 1794 tarihli Prusya

²⁰ Belser, 2000: 14; Eren, 2016a: 270.

²¹ Küçükyalçın, 2004: 105.

²² Schwenger, 2006: 160.

Medeni Kanunu, 1804 tarihli Fransız Medeni Kanunu ve 1811 tarihli Avusturya Medeni Kanunudur.

Almanya ise, bu kanunlaştırma hareketine ülkedeki sanayi devriminin izlediği seyre paralel olarak daha geç katılmıştır. Nitekim Almanya'da 1900 yılında tarihçi hukuk okulunun çalışmalarıyla Alman Medeni Kanunu yürürlüğe girmiştir. Almanya'dan sonra, 1911 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle, Avrupa genelinde özel hukuk ilişkilerinin liberal kanunlarla belirlendiği yeni bir dönem başlamıştır²³.

Aralarındaki hukuki ilişkiyi diledikleri gibi düzenleyebilecek olan kişilerin, bunu yaparken kendi menfaatleri doğrultusunda hareket edecekleri ve kendi çıkarlarını en yüksek derecede koruyacaklarına duyulan güven Fransız Medeni Kanunu'nun 1134. maddesinde ifadesini bulur²⁴. Bu açıdan Fransız Medeni Kanunu m. 1134'te, "sözleşmeden" tarafların kanunu olarak söz edilmiştir. Bu ifade o dönemde, liberal kanunlarda henüz sosyal sosyal kaygıların bulunmadığı, devlet müdahalesini reddeden anlayışın kanunlarla teminat altına alınmış olduğunun önemli bir örneğidir.

1.1.2.3. Sözleşme Özgürlüğü ve İrade Özgürlüğü Kavramları Arasındaki İlişki ve Bunun Sosyo-Ekonomik Temelleri

Ekonomik ve siyasi akımların, kişilerin sosyal ve ekonomik hayatına önemli etkilerde bulunduğu şüphesizdir. Buna karşılık, kişilerin ve hatta devletlerin arasındaki ilişkilere ve dolayısıyla sosyal ve ekonomik hayata en önemli etkide bulunan kavramlardan birisinin liberal düşünce olduğu söylenebilir. Özellikle Kıta Avrupası hukukunda özel hukuk kişilerinin arasındaki ilişkilerin sadece belirli kalıplardaki sözleşmelerle düzenlenmesinin yetersiz olması ve uygulamadaki ihtiyacın artık karşılanamaması gerçeği sanayi devrimi sonrasında kendisini açıkça belli etmiştir. Gerçekten de sanayi devrimi sonucu mal ve hizmet üretimi artmış, önceleri zorlu bir süreç olan lojistik faaliyetleri ilerlemiş ve teknolojik anlamda ilerlemeler kaydedilmiştir. Böylesi bir durumda, çoğalan pazarlar ve sektörlerin farklı ihtiyaçları karşısında mevcut sözleşme kalıpları yetersiz kalmıştır²⁵.

Bu bakımdan liberal hukuk düzeni ile birlikte kişilere, aralarındaki hukuki ilişkileri diledikleri şekilde düzenleyebilme özgürlüğü tanınmış ve 19. yy başlarında sözleşme özgürlüğü ilkesi, hukuki işlemin taraflarının, kanuni sınırlar içinde, diledikleri kişi ile, diledikleri şekilde, diledikleri içerikte ve tipte düzenleme yapabilme özgürlüğüne sahip oldukları, borçlar hukukunun temel ilkelerinden birisi haline gelmiştir.

²³ Busche, 1999: 49; Schwenger, 2006: 160.

²⁴ Larenz ve Wolf, 2004: 11; Serozan, 1983: 561; Sulzer, 2002: 9.

²⁵ Belser, 2000: 14; Höfling, 1991: 2; Larenz ve Wolf, 2004: 30; Schwenger, 2006: 160.

Burada sözleşme özgürlüğünün sınırlarından birisi olan “kanuni sınırlar içerisinde düzenleme yapabilme özgürlüğü” ise, özellikle sosyal adalet ve zayıf konumdakilerin korunması ilkelerinin bir gereği olarak, tarihsel gelişim içerisinde ilk başta genel nitelikli kanunlarla, sonra da özel nitelikli kanunlarla sınırlandırılmıştır²⁶.

Sözleşme özgürlüğü ilkesi kaynağını özel hukukun temel ilkelerinden birisi olan irade özerkliği ilkesinde bulur. Bu ilke hukuk düzeni sınırları çerçevesinde, kişilerin hukuki ilişkilerini kendi hür iradeleri ile diledikleri şekilde düzenleyebilmesini amaç edinir²⁷. Dolayısıyla irade özerkliğinin temel aldığı kıstas tarafların hür iradeleridir. Hal böyle olunca, tarafların hür iradeleri ile yani kendi seçim, amaç ve istekleri ile hareket etmedikleri durumlarda irade özerkliği söz konusu olmaz. Diğer bir deyişle, irade özerkliği kişilerin iradelerine dışarıdan gelen her türlü müdahaleyi reddeder. Zira burada amaçlanan kişilerin kendi iradeleri ile kendi geleceklerini tayin etme özgürlüğüne sahip olmasıdır. Bu doğrultuda irade özerkliği ilkesi ile özel hukuk ilişkilerini düzenlerken kişilere devletin müdahalede bulunması mümkün olduğunca dışlanmıştır.

Bu bakımdan, sözleşme özgürlüğü gibi irade özerkliği de kaynağını liberal/bireyci düşünceden kaynağını alır. Buna karşılık, liberal düşünce anlamında irade özerkliği bakımından tam anlamıyla istenilen yere (a priori) gelindiği söylenemez. Zira en geniş anlamıyla irade özerkliği, kişilerin kendilerinden üstün bir otoritenin getirdiği kurallar olmaksızın kaderlerini serbestçe tayin etmeleri ve kendi kurallarını koymaları olarak tanımlanır²⁸ ki böyle bir sonuç hukuk düzeninin sınırları içerisinde dahil edilerek bu denli geniş bir uygulama alanına sahip olmamıştır. Buna rağmen, modern hukuk sistemlerinde, yukarıda izah ettiğimiz liberal/bireyci düşünce akımı, irade özerkliğinin kaynağı olarak gösterilir²⁹. Bu bakımdan bir taraftan irade özerkliğinin kanunlarla düzenlenip garanti altına alınması söz konusu olur iken, diğer yandan da yine kanunlarla sınırlandırılması ve kişilerin kendi kaderlerini kendilerinin belirleme özgürlüğüne hukuk düzeninin sınırları içerisinde geçerlilik tanınması söz konusu olur.

İrade özerkliği ilkesi ile kişi hukuki işlemleri dilediği gibi düzenleyebilir. Malvarlığı üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabilir hatta ölümünden sonra etkide bulunacak işlemler yapabilir, ekonomik alanda özgürce faaliyette bulunabilir. Dolayısıyla medeni hukuktaki kişi

²⁶ Höfling, 1991: 45 Kramer ve Schmidlin, 1986: 15; Larenz ve Wolf, 2004: 32.

²⁷ Akipek ve Küçükgüngör, 2002: 30; Belser, 2000: 4; Eren, 2016a: 267; Esser ve Schmidt, 2000: 160; Flume, 1979: 2 vd; Bischoff, 1983: 5; Kocayusufoğlu vd., 2017: 501; Serozan, 2004a: 65.

²⁸ Doğramacı, 2010: 8; Aral'ın ifadesi ile “İnsan hiçbir zaman kurulu düzenden barışık ve memnun olmamıştır. O hep daha adil bir düzen peşindedir. Önemli olan manevi haz, manevi tatmindir. Tek tek bireylerin bu arzusu, meşruiyet zemininde bireyciliği taşımaktadır. Hâlbuki toplumun, tepeden gelen devletin böyle bir arzusu olamaz. Onun kaygısı, genelde ne pahasına olursa olsun, düzeni sürdürmektir”. Bk.. Öktem, 2011: 91 vd.

²⁹ Eren, 2016a: 269; Sulzer, 2002: 6.

özgürlüğünün, borçlar hukukundaki sözleşme özgürlüğünün, miras hukukundaki ölüme bağlı tasarruflarda bulunma özgürlüğünün, eşya hukukundaki mülkiyet özgürlüğünün ortak temeli irade özerkliğidir³⁰. Bununla birlikte uygulamada en çok sözleşmeler hukukunda irade özerkliği ilkesinin etkilerini görürüz. Zira kişiler arasındaki günlük yaşam ilişkileri sözleşmeler aracılığı ile düzenlenir. Bu nedenle irade özerkliği ilkesi, sözleşmeler üzerindeki etkisi nedeniyle en çok borçlar hukuku alanında söz konusu olur. Bundan dolayı sözleşme özgürlüğü ile irade özerkliği ilkeleri neredeyse eş anlamlı olarak tasavvur edilir. Genel olarak irade özerkliği kişilerin hukuki ilişkilerini kendi iradelerine göre düzenleyebilmeleri anlamına gelmekte iken, kişilerin diledikleri kişi ile diledikleri şekil ve içerikte sözleşme yapabilme özgürlüğü anlamına gelen sözleşme özgürlüğü ile arasındaki sınır neredeyse belirsizdir. Buna karşılık bu iki ilke arasında bir hiyerarşinin bulunduğunu söylersek haksız sayılmayız. Zira sözleşme özgürlüğü ilkesi, irade özerkliği ilkesinin borçlar hukukundaki yansımasıdır³¹.

1.1.3. Sözleşmeyle Bağlılık İlkesi (Pacta Sunt Servanda)

1.1.3.1. Genel Olarak

Sözleşme yapıldıktan sonra hal ve şartlar olağanüstü bir şekilde değişirse önceden yapılmış olan sözleşmelerin akıbetinin ne olacağı konusunda modern anlamda işlem temelinin çökmesi ilkesi veya aşırı ifa güçlüğü kavramı anlaşılırken, tarihsel anlamda akla ilk gelen ilke ise sözleşmeyle bağlılık ilkesi yani pacta sunt servandadır. Bu ilkenin diğer bir adı da “ahde vefa ilkesi” olarak anılır ki içeriği “eğer sözleşme yaparak bir edimi yerine getirme taahhüdünden bulunulmuş ise, ne olursa olsun bu sözün yerine getirilmesi gerekir” anlamında bir bağlılıktır. Buna karşılık, sözleşme yapıldığı anda var olan hal ve şartların sonradan değişmesi halinde ikinci bir ilke daha akla gelir. Bu da “clausula rebus sic stantibus ilkesi” yani sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasıdır. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, clausula rebus sic stantibus ilkesinin tarihsel açıdan gerçek anlamı, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması değildir. Bu ilkenin anlamı, aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, her sözleşmenin yapıldığı andaki şartlar aynı kalmak kaydıyla geçerli olacaktır. Buna göre eğer sözleşme yapıldıktan sonra hal ve şartlar değişirse, borçlu “bu borç benim üstlendiğim borç değil, benim taahhüdüm değil” diyebilecek ve borcundan kurtulur. Buna karşılık clausula rebus sic stantibus, modern Türk/İsviçre hukukunda klasik anlamını yitirmiş ve sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması anlamına karşılık gelmek üzere kullanılmıştır. Sözleşmenin uyarlanması anlamında kullanılan clausula rebus stantibus ilkesi, TBK m. 138’de

³⁰ Eren, 2016a: 270; Kramer ve Schmidlin, 1986: 105; Larenz ve Wolf, 2004: 24; Höfling, 1991: 13; Von Tuhr ve Peter, 1979: 247 vd.

³¹ Eren, 2016a: 270; Eren, 2008: 88; Tekinay vd., 1993: 363.

düzenlenen aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelini işlem temeli ve MK m. 2'deki dürüstlük kuralı olarak gösterilmesi ve BGB § 313 düzenlemesi ile paralellik arz etmesi sonucu “işlem temeli teorisi” ile ilişkilendirilmekte ise de, halen sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması anlamındaki geçerliliğinin korumaktadır³². Bu bakımdan özellikle kanunda düzenlenmiş olan uyarlama hükümlerinin belirli şartlar altında sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi hakkı vermesi hallerinde (ki ileride inceleyeceğimiz üzere bunlar kanuni uyarlama hükümleri olup, olumlu veya olumsuz uyarlama kuralları içeren kurallardır) bu düzenlemelerin de clausula rebus sic stantibusun görünüm biçimleri olduğu sonucuna varılabilir.

Sözleşme özgürlüğü ilkesinin sözleşmeler hukuku alanındaki görünüş şekillerinden birisi de, sözleşmeyle bağlılık ilkesidir. Nitekim taraflar sözleşme özgürlüğü'nün doğal bir gereği olarak sözleşmenin karşı tarafını, içeriğini, şeklini (kural olarak) serbestçe düzenleme özgürlüğüne sahiptir. Bu bakımdan taraflar serbest iradeleri ile bir sözleşme yapmışlarsa, karşılıklı taahhütlerde bulunmuşlarsa, artık bu sözleşmeyle bağlı kalmaları icap eder. “Ein Mann, ein Wort! (Adam olan sözünü tutar!)” sözüyle de anlatılmak istenen şey budur. Netice itibarıyla sözleşmeyle bağlılık ilkesinin bir gereği olarak, sözleşme yapılmış ise, artık şartlar taraflardan birisi için ne denli zorlaşırsa zorlaşsın, sözleşme hükümlerinde bir değişikliğe gidilmemeli, mevcut haliyle muhafaza edilmelidir. Buna karşılık, temel ilke sözleşmeyle bağlılık ilkesi olmakla birlikte, bu ilkenin her halükarda istisnasız bir şekilde uygulanması her zaman hakkaniyetli ve adaletli bir sonuç doğurmaz. Diğer bir deyişle, öyle bazı durumlar söz konusu olabilir ki, artık sözleşme ile bağlı kalmak dürüstlük kuralına ve sözleşme adaletine aykırılık teşkil eder. Bu bakımdan, irade özerkliğine dayanarak kişilerin özgür iradelerine dayanan ve bu özelliği itibarıyla ilk başta taraflar arasında bulunan menfaat dengesi, sonradan aşırı ölçüde bozulursa durumun ne olacağı sorunu çözümlenmelidir. İşte clausula rebus sic

³² Doktrinde Eren, haklı olarak başta aşırı ifa güçlüğü düzenlemesi olan TBK m. 138 olmak üzere uyarlamanın söz konusu olduğu hükümlerin “clausula rebus sic stantibus” olarak niteler. Bk.. Eren, 2016a: 482; Eren, 2016b: 660. Buna karşılık madde 138'in gerekçesinde aşırı ifa güçlüğü'nün dogmatik temeli işlem temeli teorisidir. Clausula ise daha önceki dönemlerde aşırı ifa güçlüğü'nün dogmatik temeli olarak ileri sürülmüştür. Bu bakımdan halihazırdaki durumda aşırı ifa güçlüğü düzenlemesinin clausulanın görünüş biçimi olarak adlandırılması ilk bakışta isabetsiz görünebilir. Bu tanımlama kanımızca yanlış bir tabir sayılamaz. Zira clausula, modern Türk/İsviçre Hukuku'nda tarihsel anlamından farklı olarak sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması/koşulların değişmesi halinde sözleşmeye müdahale edilmesi anlamında kullanılır. Bk.. Bischoff, 1983: 37 vd. Buradaki anlamı, kavramın dogmatik temelini işaret etmez; sadece meşhur olmuş bir tarihsel kavram adı altında içeriğini tabir eder. Bu bakımdan, clausula rebus sic stantibus, ileride inceleyeceğimiz üzere iki farklı anlamda kullanılmıştır. Bunlardan ilki, tarihsel gelişim süreci içerisinde sözleşmelerin koşulların değişmesi halinde geçerliliğini yitirmesi ve sözleşmeyle bağlılık ilkesinin sıkı sıkıya uygulanmasının doğurduğu hakkaniyetsiz sonuçların kaldırılması ihtiyacını gidermek üzere geliştirilen bir teoridir. Bu anlamda clausula, sözleşmelerin uyarlanmasının dogmatik temelini teşkil eden ilk teori olma özelliği taşır. Buna karşılık ikinci anlamı ise, yukarıda izah ettiğimiz “değişen hal ve koşullarda sözleşmenin uyarlanması” hallerine karşılık gelir. Son durumda, clausula tarihi anlamını kaybetmiş ve neredeyse “uyarlama” ile eş sayılacak şekilde kullanılır hale gelmiştir.

stantibus ilkesi veya işlem temelini çökmesi teorisi gibi kavramların ortaya çıkma nedeni de bu soruna çare aramaktır.

Bir yandan sözleşmeyle bağlılık ilkesinin bir gereği olarak sözleşmenin kurulduğu gibi muhafaza edilmesi ve şartlar ne surette değişirse değişsin, sözleşmenin mevcut haliyle korunması ilke olarak varlığını sürdürürken, diğer yandan sözleşme adaleti ilkesinin bir gereği olarak, sözleşme kurulurken taraflar arasında mevcut olan menfaat dengesinin ve tarafların sözleşme yaparken gözettikleri yararın bir tarafın zararına olacak şekilde bozulması ile ortaya çıkan sonucun adalete aykırı olması, bu iki ilkenin birbiri ile çatışma halinde olduğunu düşündürebilir. Esasen sözleşmeyle bağlılık ilkesi, tarihsel anlamı itibariyle değerlendirilirse, bu sonuç ortaya çıkar. Buna karşılık, sözleşmeyle bağlılık ilkesi de zaman içinde yeniden değerlendirilmiş ve bu ilkeye yüklenen anlam zaman içerisinde yumuşatılmıştır. Bu bakımdan sözleşmeyle bağlılık ilkesinin anlamı ve kapsamı, sözleşme adaleti ilkesi ile birlikte değerlendirilmesi gereken bir ilke haline gelmiştir. Dolayısıyla klasik anlamda değerlendirecek olursak, sözleşmeyle bağlılık ilkesi ise sözleşme adaleti ilkeleri birbirine karşıt konumda iken, zaman içerisinde bu iki ilke birlikte değerlendirilen ve birbirini tamamlayan ilkeler halinde gelmiştir.

Sözleşmeler hukukuna hakim olan ilkelere birisi olan sözleşmeyle bağlılık ilkesi, her hal ve şart altında, sözleşmenin içeriğine uyulması anlamına gelmektedir³³. Bu ilkeye göre, sözleşmenin tarafları, özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmeye her hal ve şart altında uymaya mecburdurlar. Dolayısıyla zaman içinde değişen şartların, sözleşmenin bir tarafını ne denli zor duruma düşürürse düşürsün, hiçbir önemi olmaz³⁴.

Sözleşmeyle bağlılık ilkesinin kökleri Roma hukukuna dayanır ve ortaya çıkışı itibariyle ahlaki bir ilke niteliği taşır³⁵. Sözleşmenin taraflar arasında bir kanun niteliği taşıdığı Roma hukuku da kişiye dilediği kimse ile sözleşme yapma konusunda özgürlük tanır. Buna karşılık sözleşmenin taraflar arasında bir kanun niteliği taşımasının anlamı, geçerli olarak bir sözleşme yapıldıktan sonra, taraflar açısından bir zorunluluğun doğmasıdır ki bu zorunluluk da verilen söze sadık kalınmasıdır. Bu anlamda verilen söze sadık kalma yani pacta sunt servanda, sözleşmeyle bağlılık ilkesini oluşturur.

Roma hukukunda sözleşmeyle bağlılık ilkesine hayat veren sözleşmenin bağlayıcı gücü, sözleşme hiç veya gereği gibi ifa edilmediği durumlarda devletin gerekirse zor kullanarak sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine getirilmesini sağlamasıyla

³³ Flume, 1979: 605; Merz, 1962: Art. 2 ZGB, Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Nr. 20; Bischoff, 1983: 7; Baumann, 1998: Art. 2 ZGB, Nr. 453; Wiegand, 2000: Art. 18 OR, Nr. 97; Edis, 1993: 312.

³⁴ Baysal, 2017: 7 vd.

³⁵ Baysal, 2017: 7.

işlerlik kazanır³⁶. Sözleşmeyle bağlılık ilkesi her ne kadar ahlaki bir zorunluluk olarak ortaya çıksa da, sözleşme özgürlüğünün de bir gereğidir. Sözleşme özgürlüğü ilkesi, ancak sözleşmeyle bağlılık ilkesinin gereği gibi işletilmesi ile işe yarar, fonksiyon icra eder. Aksi halde, sözleşmenin ifası sadece tarafların isteğine bağlı olursa, hukuki güvenlik de sarsılmış olur³⁷. Bu yönüyle sözleşmeyle bağlılık ilkesi, işlem güvenliğine hizmet etmektedir.

Sözleşmeyle bağlılık ilkesinin pozitif hukukta düzenlenen sözleşme özgürlüğü ilkesinin gereği olmasının bir diğer fonksiyonu ise tarafları belirli konularda düşünmeye sevk etmesidir. Taraflar sözleşme yaparken tüm ihtimalleri hesaba katmalı, ortaya çıkabilecek olumsuz durumlara karşı önceden tedbirlerini almalıdır. Buna karşılık her sözleşme ilişkisi belirli bir takım riskler içerir. Ancak sözleşme, taraflar arasında belirli hükümler altında bir bağlanma olduğu için bir anlamda geleceği görmeyi de gerektirir. Sözleşme ilişkisi içerisine giren taraflar ileride meydana gelme ihtimali bulunan rizikoları hesaba katmalı ve bunların gerçekleşmesi halinde rizikoya hangi tarafın katlanacağına ilişkin düzenleme yapmaları gerekir. Aksi halde bilgisizlikleri veya tedbirsizlikleri nedeniyle öngörmeleri beklenen bir hususu öngörememişlerse bu tedbirsizliklerinin sonuçlarına katlanmaları gerekir³⁸. Bundan dolayı sözleşmeyle bağlılık ilkesi uyarınca sözleşmede üstlenilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi gerekliliği, tarafları bu konuda düşünmeye ve muhtemel rizikolara ilişkin tedbirler almaya iter. Dolayısıyla sözleşmeyle bağlılık ilkesi sadece ahlaki bir ilke değil, aynı zamanda hukuki bir ilke olarak değerlendirilmektedir³⁹.

1.1.3.2. Sözleşmeyle Bağlılık İlkesinin Yeniden Anlamlandırılması

Sözleşmeyle bağlılık ilkesi, her ne kadar sözleşme özgürlüğünün bir gereği ve hatta onun fonksiyon icra edebilmesi açısından var olması gereken zorunlu bir ilke konumunda olsa da zaman içerisinde özellikle sözleşme adaleti ve hakkaniyetten kaynaklanan sebeplerle yumuşatılmaya ve yeniden yorumlanmaya ihtiyaç duymuştur⁴⁰. Zira sözleşme kurulduğu zamanda mevcut olan şartlar, ekonomik, siyasi, toplumsal veya başkaca nedenlere bağlı olarak değişebilir. Sözleşme yapıldıktan sonra hal ve şartlarda bir değişiklik meydana gelirse elbette klasik anlamda sözleşmeyle bağlılık ilkesinin gereği olarak bu değişiklik bir önem arz etmez. Zira sözleşmenin tarafları, öncelikle düşünerek hareket etmeli ve ileride oluşabilecek değişiklikleri değerlendirmelidir. Buna karşılık, sözleşme kurulduğu andaki hal ve şartlar öyle

³⁶ Bischoff, 1983: 8.

³⁷ Bischoff, 1983: 8; Oftinger, 1939/40: 230.

³⁸ Akyol, 1995: 77.

³⁹ Bischoff, 1983: 8. Hatta bu ilke sadece hukuki değil, ekonomik ve toplumsal anlam da taşımaktadır. Verilen sözlere sadık kalmak, her alandaki işlemlerin temelini teşkil eder. Bu konuda Bk.. Gürsoy, 1950: 7.

⁴⁰ Gürsoy, 1950: 7; Feyzioğlu, 1978: 7.

surette değişebilir ki bu hallerde sözleşmeyle bağlılık ilkesinin sıkı sıkıya uygulanması, adaletsiz sonuçlara yol açabilir. Özellikle önceden öngörülmesi mümkün olmayan bir olayın meydana gelmesi neticesinde sözleşmedeki edimler arasındaki denge ilişkisinin aşırı oranda bozulması halinde, artık borçludan sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder.

Her şeyden önce, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin en önemli fonksiyonu, yukarıda da belirttiğimiz işlem güvenliğini sağlamasıdır. Bu fonksiyonu nedeniyle, sadece ahlaki bir ilke olmaktan çıkıp hukuki, ekonomik ve toplumsal anlamlar da kazanır. Ancak hal ve şartların değişmesi sonucunda somut sözleşmedeki edim ve karşı edim arasındaki dengenin bozulması söz konusu olursa, edimlerin aynen ifa edilmesinin beklenmesi, işlem güvenliğine, sözleşme adaletine ve hakkaniyete aykırı olur. Bu nedenle sözleşmeyle bağlılık ilkesi zaman içerisinde yumuşatılmış ve sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan değiştiği bazı hallerde sözleşmeye müdahale edilmesine imkan tanınmıştır⁴¹.

Ancak yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin yeniden anlamlandırılması ve değerlendirilmesi ihtiyacı, bu ilkenin bertaraf edilmesi gerektiği anlamına gelmemektedir. Zira sözleşmeyle bağlılık ilkesi, sözleşme hukukunun temel ilkelerinden birisidir ve işlem güvenliğinin sağlanması önemli fonksiyonlar icra eder. Eğer hal ve şartların sonradan değişmesi nedeniyle sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi sözleşmeyle bağlılık ilkesine aykırı bir durum olarak mütalaa edilirse, sözleşme hukukuna da aykırı bir durum ortaya çıkmış olur⁴². Bir yandan sözleşmeyle bağlılık ilkesi sözleşmelerin aynen uygulanmasını gerektirirken, diğer yandan sözleşme adaleti ilkesi sözleşmedeki edimlerin, tarafların gerçek iradelerinden çok farklı şekilde ifa edilmemesini gerektirir. Dolayısıyla burada sözleşmeyle bağlılık ilkesi ile sözleşme adaleti ilkeleri arasında bir zıtlık meydana gelmektedir⁴³. Bu durumda yapılması gereken, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin içeriği yeniden anlamlandırılarak, tabiri caizse yumuşatılması ve gerektiği hallerde sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi imkanı tanınmasıdır.

Bu kapsamda, sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi ile bu ilke arasında her ne kadar bir çatışma bulunmasa da, belirli bir oranda aykırılık olduğu da kabul edilmelidir. Zira sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi durumu, sözleşmeyle bağlılık ilkesine aykırı bir durumdur. Zira taraflar her hal ve şart altında sözleşmede üstlenmiş oldukları yükümlülükleri

⁴¹ Gerçekten de sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan değiştiği bazı hallerde sözleşmeye müdahale edilmesine imkan tanıyan kanuni düzenlemeler bulunmakla birlikte, böyle bir kanuni düzenleme olmasa dahi, farklı hukuki temellere dayanarak, sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesinin kabul edildiği sistemler de var olmuştur.

⁴² Bischoff, 1983: 26.

⁴³ Kaplan, 1987: 114.

yerine getirmek zorundadırlar. Bu aykırılığın sözleşmeyle bağlılık ilkesine getirilen, sosyal devlet anlayışından kaynaklanan bir istisna olarak kabul edilmesi gerekir⁴⁴. Nasıl ki sosyal devlet anlayışında, sözleşme taraflarından birisinin zayıf durumda olduğu durumlarda devlet sözleşme özgürlüğü ilkesini sınırlıyorsa, burada da buna benzer bir durum söz konusudur. Diğer bir deyişle, hal ve şartların değişmesi nedeniyle edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması, sözleşmenin taraflarından birisi aleyhine güç dengesinin bozuk olması haline benzer bir durumdur ve her ikisinde de sosyal devlet anlayışından kaynaklanan bir istisna getirilmelidir. Bu istisnanın sözleşme kurulurken zayıf olan tarafın korunması açısından ortaya çıkış şekli genel işlem koşulları iken, hal ve şartların sonradan değişmesi neticesinde de sözleşmenin içeriğine müdahale olur.

Eğer sözleşmeyle bağlılık ilkesinin sıkı bir şekilde uygulanması, adaletli ve hakkaniyetli bir sonuç doğurmayacaksa, bu durumda sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi ve değişen şartlara uyarlanması gerekir. Bu müdahalenin kabul edilmesi sözleşmeyle bağlılık ilkesi ile zıt bir durum doğurmaz; ancak bir anlamda aykırılık teşkil eder. Bu aykırılığın sosyal devlet ilkesi ve somut sözleşme adaletinin sağlanması ilkelerinden kaynaklanan bir istisna olarak düşünülmesi gerekir. Diğer bir deyişle sosyal devlet ilkesi ve adaleti sağlamak için yapıldığı için, hukuken geçerli bir istisna olarak kabul edilmelidir⁴⁵.

1.1.3.3. Aşırı İfa Güçlüğü ile Sözleşmeyle Bağlılık İlkesi Arasındaki İlişkinin Hukuki Temelleri

Sözleşme kurulduktan sonra, sözleşmenin içeriğine ilişkin hal ve şartların değişmesinden dolayı edimler arasındaki denge ilişkisinin önemli ölçüde bozulması veya taraflardan birisinin aşırı ifa güçlüğüne düşmesi söz konusu olabilir. Bunun neticesinde sözleşmenin kurulduğu anda mevcut olan ve taraflarca önemli sayılan bazı hususlarda esaslı değişiklikler meydana gelebilir. Böylelikle sözleşmenin kurulduğu zamanda mevcut olan şartlarla sonradan ortaya çıkan şartlar artık birbirine uymaz. Diğer bir deyişle sözleşme kurulduğu anda var olan sözleşme gerçekleri ile sonradan ortaya çıkan sözleşme gerçekleri arasında bir uyumsuzluk söz konusu olur. Buna karşılık sözleşme adaleti uyarınca sözleşme kurulması anı ile ifa edilmesi anı arasında bir uyum bulunması gerekir. Hal ve şartların sonradan önemli ölçüde değişmesi halinde edimler arasındaki denge ilişkisi ve uyum da çökmüş olur⁴⁶.

⁴⁴ Roth, 2003: Nr. 509; Oğuzman ve Öz, 2018: 450; Eren, 2016a: 437; Kılıçoğlu, 2016: 180.

⁴⁵ Eren, 2016a: 437.

⁴⁶ Bischoff, 1983: 15; Arat, 2006: 29; Eren, 2016a: 481.

Bu husus özellikle kira ve hizmet sözleşmesi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşme ilişkilerinde söz konusu olur⁴⁷. Keza eser sözleşmesi gibi uzun süreli sözleşmelerde de aynı sorun gerçekleşebilir. Sabit bir fiyat üzerinden eser yapımını üstlenen yüklenici, aynı şartlarla belirli aralıklarla mal teslimini yüklenen satıcı, uzun süreli kira sözleşmesi düzenleyen ve kira parasının değiştirilmeyeceğini üstlenen kiralayan elbette bu sözleşme ilişkilerine girerek belirli bir riski de üstlenir. Fakat sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olağanüstü durum değişiklikleri sonucunda bu kişilerden edimlerini yerine getirmelerini beklemek, diğer bir deyişle sözleşmeyle bağlı kalmalarını talep etmek, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederse sonuç ne olur? Meseleyi biraz daha somutlaştırmak gerekirse, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan yüksek enflasyon nedeniyle satıcı açısından malın, yüklenici açısından inşaat malzemesinin pahalılaşması hatta bunların sağlanmasının dahi aşırı derecede zorlaşması veya kiralayan açısından kira parasının enflasyon karşısında zamanla sembolik bir rakam haline gelmesi halinde aynı şartlarla sözleşmeye bağlı kalınmalı mıdır yoksa sonradan meydana gelen bu değişiklikler neticesinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması, satış veya eser ya da kira bedelinin artırılması talep edilebilecek midir?

Bu örneklerde de görüldüğü üzere sonradan meydana gelen önemli değişiklikler neticesinde sözleşmedeki edimler arasındaki denge ilişkisi önemli ölçüde bozulur. Burada söz konusu olan durum, sözleşme kurulduğu andaki “gerçekler” ile sonradan ortaya çıkan gerçekler birbiri ile çelişir ve taraflardan birisi bundan dolayı mağdur olur. Buna karşılık sözleşmeyle bağlılık ilkesinin bir gereği olarak borçlunun sözleşmeyle bağlı kalması, şartlar sonradan aleyhine olarak değişse bile edimini aynen ifa etmesi gerekir. Nitekim borçlu ahde yani sözleşmeyle vermiş olduğu söze vefa göstermelidir. Ancak sözleşmeyle bağlılık ilkesine tabiri caiz ise “tek gözlükle bakmak”, borçlu aleyhine adil olmayan durumların ortaya çıkması halinde dahi aşırı derecede güçleşmiş olan edimi aynen yerine getirmesinin beklenmesi, hakkaniyet ve dürüstlük kurallarına aykırılık teşkil eder⁴⁸.

Özellikle savaş, kıtlık, isyan, deprem, ekonomik kriz, doğal afet, yüksek enflasyon gibi borçlunun öngöremediği ve çoğu zaman da karşı koyamadığı olayların olumsuz etkilerini tek başına yüklenmesi taraflar arasındaki eşitlik ilkesine de aykırılık oluşturur.

Sözleşmenin kurulduğu andaki gibi muhafaza edilmesini şartların değişmesi nedeniyle uyarlanmamasını şart koşan sözleşmeyle bağlılık ilkesi ile, şartların sonradan değişmesi halinde sözleşmenin uyarlanması gerektiğine yönelik ilkeler birbirleri ile bir çatışma halindedir. Nitekim bu ilkelerden birisi şartlar değişse dahi sözleşmenin geçerliliğini koruyarak sözleşmelerin istikrarını ve sözleşmelere duyulan güveni korurken, diğeri

⁴⁷ Eren, 2016a: 481.

⁴⁸ Eren, 2016a: 481.

sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanıp edimler arasındaki denge ilişkisinin yeniden kurulmasını ve böylece somut sözleşme adaletini korur⁴⁹.

Aşırı ifa güçlüğü hallerinde sözleşmelerin değişen şartlara göre uyarlanmasına hemen hemen her hukuk sisteminde imkan tanınır. Buna karşılık bu uyarlamanın hukuki temelini ne olduğuna ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Uyarlamanın hukuki temeline yönelik farklı teorilerin yanında bir de bu kavramın sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeyle bağlılık ilkesi ile olan ilişkisinin ne olduğuna ilişkin de farklı görüşler⁵⁰ mevcuttur. Bu bakımdan şartların değişmesi nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasının sözleşmeyle bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil ettiğine ilişkin görüşlerin yanında, bunun sözleşmeyle bağlılık ilkesine bir aykırılık oluşturmadığı ve farklı kapsamlarının olduğu da ileri sürülür. Bu nedenle, hal ve şartların değişmesi nedeniyle sözleşmeye yapılan müdahalenin sözleşmeyle bağlılık ilkesi ile olan ilişkisinin dogmatik bakımdan da açıklanması gerekir⁵¹.

Doktrindeki bir görüşe⁵² göre, sözleşmeye müdahale edilmesi, temelde sözleşmeyle bağlılık ilkesine aykırılık oluşturur. Ancak bu aykırılık, kaynağını "sosyal devlet" ilkesinden alan bir istisnadır. Çünkü sosyal devlet ilkesi uyarınca taraflardan biri aleyhine güç dengesinin bozuk olduğu hallerde, devletin sözleşme özgürlüğünü sınırlandırması söz konusu olur. Bu anlamda, sözleşme kurulduğu sırada zayıf konumda olan tarafın "genel işlem şartları" temelinde korunması, buna ilişkin önemli bir örnektir. Edimler arasındaki denge ilişkisinin sonradan sözleşmenin bir tarafı aleyhine aşırı oranda bozulmasında veya aşırı ifa güçlüğü hallerinde de buna benzer bir sonuç ortaya çıkar. Zira denge ilişkisinin bozulması ya da aşırı ifa güçlüğü halinde, borcun icra organları tarafından devlet eliyle yerine getirilmesi söz konusu olur. Bu durumda, sözleşmenin aynen ifa edilmesinde ısrar eden ve borçludan borcunu yerine getirmesini talep eden taraf, diğer taraf üzerinde devletin gücünü kullanarak güçlü konuma getirilir. Oysa sosyal devlet anlayışına göre sözleşmede bir tarafın güçlü konumda olmasından faydalanarak karşı tarafı istismar etmesi korunamaz. Bu durumda, sözleşmeyle bağlılık ilkesi daha üst konumda önceliği olan "sosyal adalet ilkesi" ile çatışma içine girer. Bu nedenle sözleşme kurulduğu andaki hal ve şartların sonradan değişmesi nedeniyle sosyal adalet ilkesi uyarınca hâkimin sözleşmeye müdahale etmesi gerekir. Hâkimin yapacağı bu müdahale, sözleşmeyle bağlılık ilkesine aykırılık oluştursa da, sosyal devlet ilkesi gereğince yapıldığı için, hukuken geçerli olacak bir istisnadır. Böyle bir

⁴⁹ Keller ve Schöbi, 1988: 254; Jaggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 571; Bischoff, 1983: 31; Eren, 2016a: 482; Kaplan, 1987: 112 vd.

⁵⁰ Bu konudaki görüşler için bk.. Hohloch, 2004: Nr. 16, 22; Schulze, 2005: § 275 BGB, Nr. 6; Bischoff, 1983: 27; Sulzer, 2002: 130; Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 200.

⁵¹ Bischoff, 1983: 26; Sulzer, 2002: 129.

⁵² Belling, 1996: 907; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 16, 22; Schulze, 2005: 2005: § 275 BGB, Nr. 6.

müdahalenin sözleşmeye bağlılık ilkesiyle çatıştığı fakat onun geçerli bir istisnası olduğu Türk doktrinde de kabul edilmektedir⁵³.

Buna karşılık bu görüş doktrinde eleştirilere de uğramıştır. Bu eleştirilere göre sözleşmeyle bağlılık ilkesine getirilen istisnalar ancak kanundan veya sözleşmeden kaynaklanabilir. Buna karşılık ilk görüş bu ilkeye temelini kanundan veya sözleşmeden almayan başka bir istisna getirir. Dolayısıyla sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanmasının sosyal devlet ilkesinden kaynaklanan bir istisna olduğu görüşü, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasını genel nitelikte bir hükümle düzenlemeyen hukuk sistemleri bakımından kabul edilemez. Bunun yanında sözleşmeyle bağlılık ilkesine sosyal adalet ilkesinden kaynaklanan bir istisna getirmek, ister istemez bu iki ilke arasında bir hiyerarşinin olduğu anlamına gelir. Ancak sözleşme hukukunda adalet ilkesi sözleşmeyle bağlılık ilkesinden ve bunun hizmet ettiği işlem güvenliğinden daha üstün bir ilke de değildir. Her ikisi de aynı değerde olan sözleşme hukukunun iki temel ilkesidir⁵⁴.

Sözleşmenin uyarlanmasının sözleşmeyle bağlılık ilkesinin istisnasını oluşturduğu görüşüne karşı çıkan görüş uyarınca, bir borç ilişkisinde eşitlik ilkesi gereğince, zayıf konumda olan borçlunun korunmasına benzer nitelikte borçlunun korunması gibi bir ilke getirmek, daha doğru bir deyişle aşırı ifa güçlüğüne düşen borçlunun bu durumunu sözleşme kurulurken zayıf konumda olan tarafın korunması ile bir tutmak da kabul edilemez. Bu nedenle sosyal adalet ilkesi uyarınca sözleşmeyle bağlılık ilkesine bir istisna getirmek isabetli olmayacaktır⁵⁵. Dolayısıyla sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların değişmesi nedeniyle aşırı ifa güçlüğü söz konusu olursa sözleşmeye müdahale edilmesinin sözleşmeyle bağlılık ilkesine istisna oluşturduğu görüşünün, bu müdahalenin gerekçesini açıklamak konusunda yetersiz olduğu savunulmuştur⁵⁶.

Doktrinde ileri sürülen diğer bir görüşe⁵⁷ göre ise, aşırı ifa güçlüğünde ya da edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halinde sözleşmeye müdahale edilmesi, hiçbir zaman sözleşmeyle bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmaz. Zira böyle bir müdahale, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin kapsamının ve geçerlilik alanının dışındadır. Çünkü sözleşmeyle bağlılık ilkesi, sözleşmenin içeriğine her türlü hal ve şartta uyulmasını gerektirir. Diğer bir deyişle, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin geçerlilik ve uygulama alanı, sözleşmenin içeriği ile sınırlıdır. Bu nedenle sözleşmenin içeriği haline gelmeyen bir husus ile ilgili olarak sözleşmeyle bağlılık ilkesinden bahsedilmesi de mümkün değildir.

⁵³ Eren, 2016a: 437 vd; Kılıçoğlu, 2016: 180.

⁵⁴ Bischoff, 1983: 27; Sulzer, 2002: 130.

⁵⁵ Bischoff, 1983: 27.

⁵⁶ Topuz, 2009: 26 vd.

⁵⁷ Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 200; Bischoff, 1983: 27; Sulzer, 2002: 130.

Sözleşmenin içeriği kavramı ise, öncelikle tarafların iradelerine ve tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümlerine göre belirlenir. Sözleşme kurulduğu andaki hal ve şartların sonradan değişmesi nedeniyle ortaya çıkan duruma ilişkin sözleşmede her hangi bir düzenleme bulunmuyorsa ve aynı zamanda tamamlayıcı nitelikteki hükümler de somut olaya uygulanamıyorsa, yani yasal ve sözleşmesel olarak risk dağılımına ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa, bu durumda ortada hâkim tarafından doldurulması gereken bir sözleşme boşluğu vardır. Çünkü böyle bir durumda, meydana gelen duruma(aşırı ifa güçlüğü veya edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması) ilişkin sözleşmede, tarafların nasıl hareket etmesi gerektiği, hangi edimlerin yerine getirilmesinin gerektiği, birbirlerine karşı hangi taleplerinin olabileceği gibi sorulara, verilecek bir cevap bulunmaz. Daha doğrusu meydana gelen rizikoya hangi tarafın, ne oranda katlanacağına ilişkin bir hüküm bulunmaz. Bu nedenle, sözleşmede boşluk bulunan noktalara sözleşmeyle bağlılık ilkesinin uygulanmasından bahsedilemez. Bu görüşe göre sonradan hal ve şartların değişmesi nedeniyle sözleşmede yeni duruma ilişkin bir tedbir veya risk dağılımına ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa ve ayrıca kanunda da tamamlayıcı nitelikte bir hüküm yoksa bu konuda bir sözleşme boşluğu söz konusu olur. Sözleşmede boşluk bulunan noktalar hakkında sözleşmeyle bağlılık ilkesinin uygulanması mümkün değildir; zira bu noktalar sözleşmenin içeriğine dahil değildir. Dolayısıyla, sözleşmeye yapılan müdahale, sözleşmeyle bağlılık ilkesine aykırılık oluşturmayaacağı gibi bir çatışma içerisine de girmez⁵⁸.

Kanımızca sözleşme kurulduğu anda var olan hal ve şartlar sonradan esaslı bir şekilde değişirse, bundan mağdur olan tarafın sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmesi bir anlamda sözleşmeyle bağlılık ilkesine aykırılık oluşturur. Bu gibi durumlarda tarafların öngörmedikleri ve öngörmelerinin de beklenmediği olaylar meydana gelir ve edimler arasındaki denge ilişkisi aşırı oranda bozulur. Tarafların söz konusu olayın meydana gelmesi halinde sorunun nasıl çözüleceği, rizikoya hangi tarafın katlanacağı gibi hususlara ilişkin bir düzenleme yapmaları halinde şüphesiz bu rizikolar sözleşmenin içeriği haline geldiği için bir boşluktan söz edilemez. Ancak sözleşmede veya kanunda risk dağılımına ilişkin bir düzenleme bulunmaması halinde bir sözleşme boşluğu söz konusu olur. Bu boşlukların hakim

⁵⁸ Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 200; Sulzer, 2002: 130. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, bazı hallerde sözleşmede bir hususa ilişkin düzenleme yapmazlar. Bu durum tarafların bilgisizliklerinden, tedbirsizliklerinden veya başka bir nedenden de kaynaklanmış olabilir. Taraflarca öngörülmemiş olan ve öngörülmesinin de beklenmeyeceği hususlara ilişkin olarak sözleşmede bir düzenleme yapılması çoğu zaman mümkün değildir. Bu gibi hallerde sözleşmede bir boşluk söz konusu olur. Bu boşluk hakim tarafından tamamlayıcı hükümler ile, eğer böyle bir hüküm yoksa örf ve adet hukuku kurallarıyla ve bu da yoksa hukuk yaratmak suretiyle tamamlanacaktır. Bu bakımdan tarafların sözleşme müzakereleri sırasında üzerinde hiç durmadıkları, tartışma konusu dahi etmedikleri hususlar objektif yan noktaları oluşturur. Bk.. Kocağa, 2008: 81.

tarafından doldurulması, diğer bir deyişle sözleşmenin tamamlanması, aynı zamanda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sonucunu da doğurur.

Ancak hal ve şartların değişmesi ile söz konusu olan sözleşme boşluklarının her zaman sözleşmenin içeriğine dahil olmadığını söylemek kanımızca isabetli olmaz. Bu meselenin en tipik örneği Çavdar Kaydı Davası (Roggenklausel Fall)⁵⁹ olarak bilinen olaydır. Söz konusu olayda taraflar sözleşmede kira artış oranını çavdar fiyatlarındaki artışa endekslemişlerdir. Buna karşılık ilerleyen zamanlarda çavdar fiyatları hükümetin müdahalesi ile sabitlenmiş ve bu nedenle kira artış oranına ilişkin sözleşmedeki düzenleme amaçsız hale gelmiştir. Bu durumda sözleşmede taraflar risk dağılımına ilişkin bir düzenleme yapmışlar (kira artış oranı olarak çavdar fiyatlarındaki artışı belirlemişler) fakat şartların sonradan değişmesi ile bu düzenleme amaca hizmet edemez hale gelmiştir. Bu olayda kira artış oranı, taraflarca düzenlemiş olduğundan şüphesiz sözleşmenin içeriği haline gelmiştir. Buna rağmen sözleşmeyle bağlılık ilkesinin gereği olarak edimlerin mevcut haliyle ifa edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Bu durumda sözleşmeye müdahale edilmesi ve değişen şartlara uyarlanması gerekir. Bu olayda tarafların gerçek iradelerine bakılacak olursa, sözleşmedeki kira artış oranı konusunda çavdar fiyatlarındaki artışın temel alınacağı sonucuna varılır. Ancak tarafların farazi iradeleri ise paranın alım gücündeki değişikliklerden kaynaklanan zararın giderilmesi amacıyla sözleşmede bir kira artış oranı belirlenmesidir. Bu nedenle tarafların sözleşmede çavdar fiyatlarını esas aldıkları ve bu hususun sözleşmenin içeriği haline geldiği gerekçesiyle sözleşmeyle bağlılık ilkesinin uygulanması, tarafların farazi iradelerine de aykırılık teşkil eder.

Bu örnekte de görüleceği gibi şartların sonradan öngörülemez surette değişmesi nedeniyle sözleşmeyle bağlı kalmak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu gibi durumlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ise şüphesiz sözleşmeyle bağlılık ilkesine aykırılık oluşturur. Bu husus sözleşme adaleti ilkesinden kaynaklanan bir istisna şeklinde düşünülmelidir.

1.2. Aşırı İfa Güçlüğü

Sözleşmeyle bağlılık ilkesi (pacta sunt servanda) uyarınca ne pahasına olursa olsun sözleşmeler sürdürülmeli ve tarafların edimleri söz verildiği şekilde yerine getirilmelidir. Bu ilke her durumda geçerliliğini koruduğu gibi sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların olağan surette değişmesi halinde de geçerliliğini korur⁶⁰. Dolayısıyla borçlunun durumunda

⁵⁹ Roggenklausel Fall: BGH 03.07.1981, BGHZ 81, 135, (143)

⁶⁰ Koller, 2006: Nr. 613; Von Tuhr ve Escher, 1978: 95; Jäggi ve Gauch, 1980: Nr. 633.

bir ağırlaşma meydana gelmiş olsa da kural olarak yapılması gereken sözleşmenin içeriğine herhangi bir müdahalede bulunmamak ve borçludan edimini ifa etmesini talep etmektir⁶¹.

Usulüne uygun olarak yapılmış olan sözleşmelerde taraflar edim ve karşı edim dengesini kurarlar ve bu edimlerin kapsamını belirlerler. Bu itibarla taraflar TBK m. 27'deki sınırlamalara uyarak sözleşmenin içeriğini serbestçe belirlerler. Kural olarak her sözleşmenin kuruluşunda taraflarca kabul edilmiş olan bir dengenin bulunduğu kabul edilir⁶². Buna karşılık sözleşmenin kurulmasından sonra taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de mümkün olmayan bazı olaylar neticesinde sözleşmeyle bağlı kalmak borçlu açısından çekilemez hale gelebilir⁶³. Bu durumlarda edimin ifası mümkün iken (diğer bir deyişle edimin ifası imkansız değilken) borçlu açısından aşırı mali yükümlülükler oluşturur ve bu şartlar altında edimin ifasını talep etmek dürüstlük kuralına aykırı hale gelir. Bu gibi durumlarda aşırı ifa güçlüğünden bahsedilir.

Aşırı ifa güçlüğü genel olarak sözleşme kurulduğu sırada var olan hal ve şartların sonradan değişmesi nedeniyle borçludan borcunu yerine getirmesinin beklenememesidir. Diğer bir deyişle sözleşme kurulduktan sonra öyle bazı olaylar (örneğin bir savaşın patlak vermesi gibi) meydana gelebilir ki, sözleşmede tarafların edimleri arasındaki denge aşırı oranda bozulur; borçlunun borcunu yerine getirmesi ya aşırı derecede zorlaşır ya da aşırı oranda ek mali yükümlülükler getirir⁶⁴. Sözleşme kurulduktan sonra savaşlar, ekonomik krizler, devalüasyonlar, mevzuattaki değişiklikler veya doğal afetler gibi “kişi üstü” nitelikte, öngörülemeyen ve önemli değişiklikler neticesinde borçludan edimini ifası beklenemiyorsa, ortada aşırı ifa güçlüğü vardır⁶⁵.

Örneğin oyun salonu olarak kiralanan bir dükkâna sonradan yapılan genel bir yasak nedeniyle belediye tarafından ruhsat verilmemesi⁶⁶, savaş seferberliği ilan edilmesi⁶⁷, satın alınan bir mala ilişkin ihracat yasağı getirilmesi nedeniyle ülkeye sokulamaması⁶⁸ veya kötü hava koşulları nedeniyle edimin yerine getirilememesi⁶⁹ gibi hallerde hal ve şartların değişmesi nedeniyle borçludan sözleşmeyle bağlı kalmak beklenemez. Bunun bir diğer sonucu ise, hal ve şartların değişmesi nedeniyle edimler arasındaki denge ilişkisinin

⁶¹ Von Tuhr ve Escher, 1978: 95; Becker, 1941: Nr. 16; Keller ve Schöbi, 1988: 248; Oser ve Schönenberger, 1929: Nr. 7; Weber, 2000: Nr. 120; Wiegand, 1996: Nr. 14.

⁶² Tekinay vd., 1993: 784, Eren, 2016a: 499, Oğuzman ve Öz, 2018: 566.

⁶³ Burcuoğlu, 1995: 11; Serozan, 2000a: 1015; Gauch vd., 2003: Nr. 1297.; Jäggi ve Gauch, 1980: Nr. 620; Keller ve Schöbi, 1988: 254; Kramer ve Schmidlin, 1986: Nr. 272; Merz, 1962: Nr. 184; Wiegand, 1996: Nr. 95; Von Tuhr ve Escher, 1978: 95; Becker, 1941: Nr. 16; Oser ve Schönenberger, 1929: Nr. 7.

⁶⁴ Aepli, 1991: Nr. 31; Barth, 1958: 20; Becker, 1941: Nr. 16; Bucher, 1988: 248.

⁶⁵ Bischoff, 1983: 181.

⁶⁶ BGE 116 II 514.

⁶⁷ ZBJV 50, 1914, Nr. 2, s. 537.

⁶⁸ BGE 44 II 414.

⁶⁹ BGE 114 V 336 ff.

borçlunun aleyhine bozulmasıdır⁷⁰. Esasen aşırı ifa güçlüğü'nün oluşması, iki taraflı sözleşmelerde edim ve karşı edim arasındaki dengenin bozulmasına da neden olur. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü'ne örnek oluşturan olayların hepsinde aynı zamanda edimler arasındaki dengenin bozulması da söz konusu olur.

Esasen edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ile aşırı ifa güçlüğü kavramları birbirinden farklıdır. Buna karşılık aşırı ifa güçlüğü'nün gerçekleştiği çoğu olayda aynı zamanda edimler arasındaki denge ilişkisi de bozulmuş olur. Bu durumun klasik örneklerden birisini oluşturan Menkul Kıymetler Borsası-Zürih Davasında⁷¹ Rogenmoser, Mayıs 1929'da Zürich'te halen inşaatı devam eden menkul kıymetler borsası binasını yıllık 150.000 İsviçre Frankı kira bedeli ile kiralar. Ancak devam eden yıllarda ekonomik sıkıntılar ve krizler nedeniyle kiracı beklediği geliri elde edemez ve aşırı ifa güçlüğü'ne düşer. Bu durumda kriz ortamında sözleşmedeki edim-karşı edim arasında büyük bir fark oluşmuş ve edimler arasındaki denge de bozulmuştur.

Sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişikliklerin aşırı ifa güçlüğü'ne yol açmasını somut bir olayla incelemek gerekirse, bu konudaki klasik örneklerden birisi Taşocağı-Sarnen Davasıdır⁷². Bu olayda Rapperswil Belediyesi, Sarnen'deki Spiller taş ocağından 120 vagon taş bloğu satın alır. Ancak taş bloklarının çıkarılması esnasında çalışma yapılan katmanların jeolojik durumu ile ilgili eksik bilgiden dolayı bir kaza yaşanır ve büyük beton blokların yerinden oynaması söz konusu olur. Bunun neticesinde sözleşmede taahhüt edilen çapta (8/10 metre) ve kalitede taş çıkarılması oldukça maliyetli bir hale gelir. Taş ocağı şirketi deneme sondajı ve benzeri yöntemlerle çalışma yapılan arazinin jeolojik durumu hakkında araştırma yapmış fakat eldeki imkanlar, olumsuz jeolojik durumun varlığını tespit etmeye imkan vermemiştir.

Aşırı ifa güçlüğü hallerinde borçlunun edimini yerine getirmesi, dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisinden beklenmeyen bir çaba ve masraf gerektirir. Örneğin bu olayda borçlunun borcunu yerine getirmesi (taş blokların üretimi) için daha fazla malzeme, daha fazla personel ve daha fazla mesaiye ihtiyacı vardır. Ayrıca borçlu her türlü teknik malzeme ve personele sahip olsa da yaşanan olaydan dolayı sözleşmeyi süresinde yerine getirmesi mümkün olmayacak; en azından fazladan süreye ihtiyaç duyacaktır. Uygulamada aşırı ifa güçlüğü nedeniyle borçludan borcunu yerine getirmesinin beklenemeyeceği haller, genellikle “borçlunun durumunun oldukça ağırlaşması” olarak özetlenebilir. Ancak bazı hallerde,

⁷⁰ Gauch vd., Nr. 3157; Bischoff, 1983: 133 f.; Jäggi ve Gauch, 1980: Nr. 654; BGE 46 II 171; BGE 69 II 145; BGE 26 II 549.

⁷¹ “Börsengebäude-Zürich-Fall”: BGE 59 II 372 ff; BGE 60 II 205 ff.; BGE 61 II 259 ff.

⁷² “Steinbruch-Sarnen-Fall”: BGE 57 II 508 ff.

önceden öngörülemeyen olaylardan dolayı borçlunun borcunu “süresinde” yerine getirememesi de söz konusu olabilir. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü hallerinde borçlunun ekonomik durumunun bozulması ile borcun ifasının gecikmesi halleri çakışır⁷³.

Bazı hallerde ise aşırı ifa güçlüğüne, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olaylar neticesinde “maliyetlerin artması” yol açar. Bu gibi hallerde borçlunun edimini yerine getirmesi ek masraflara, süreye ve mesaiye neden olmaz; meydana gelen olaydan dolayı maliyetler aşırı derecede artar ve borçlu sözleşmedeki bedel üzerinden bu sözleşmeyle bağlı kalamaz. Örneğin Kuriwata ipeği davasında⁷⁴ durum bu şekildedir. Söz konusu olayda Bavier şirketi, kilogramı 7 frank üzerinden 1500 kilogram kuriwata ipeği satın almıştır. Ancak yaşanan fırtına ve sel taşkınları nedeniyle o seneki hasadın neredeyse tamamı yok olmuş ve bunun neticesinde maliyetler yükselmiş, ipek fiyatları aşırı şekilde artmıştır. Görüldüğü üzere burada sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen olaylar neticesinde borçlunun ekonomik durumunda bir ağırlaşma meydana gelmez; borcunu yerine getirmesi için kendisinden aşırı bir çaba beklenmez. Burada söz konusu olan şey sonradan meydana gelen olaylar neticesinde maliyetlerin artması ayrıca ekonomik olarak daha büyük bir fırsatın kaçırılmasıdır (Opportunitätskosten). Nitekim bu olayda satıcı söz konusu fırtınanın gerçekleşmesinden sonra üçüncü kişilerle yapacak olduğu sözleşmelerde ipeği daha yüksek fiyattan satacak ve daha fazla kar elde edecek iken halihazırda maliyetinin çok daha altında satış yapacaktır.

Bu açıklamalardan yola çıkarak aşırı ifa güçlüğü kavramını; “sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartlarda meydana gelen değişiklikler neticesinde imkansız olmayan bir borcun ifasının talep edilmesi halinde, ifa amacıyla borçlunun katlanmak zorunda olduğu fedakarlığın, karşılığında elde edeceği edime nazaran aşırı fazla hale gelmesi” şeklinde tanımlayabiliriz⁷⁵.

1.3. Edimler Arasındaki Denge İlişkisinin Bozulması

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler, her iki tarafın da talep hakkı sahibi(alacaklı) ve ifada bulunmakla sorumlu(borçlu) olduğu sözleşmelerdir. Burada her iki taraf da birbirine karşı asli bir edim (borç) yüklenir ve taraflardan birisinin edimi, diğerinin ediminin sebep ve karşılığını oluşturur. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edimler arasında tam anlamıyla bir karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi; edimlerin birbiriyle değiştirilmesi söz konusu

⁷³ Karş. Erdin, 1997: Nr. 55.

⁷⁴ Kuriwata Seiden-Fall: BGE 27 II 211 ff

⁷⁵ Benzeri tanımlar için Bk.. Tercier vd., 2016: Nr. 758a; Pichonnaz, 1997: 171.

olur⁷⁶. Bu sözleşmelerin konusu genellikle bir tarafın yapma veya vermek şeklindeki maddi edimine karşılık gelmek üzere diğer tarafın para ödenmesine ilişkin bir maddi ediminden oluşur.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki bir tarafın maddi edimine karşılık olarak diğer tarafın para ediminin arasında tam anlamıyla bir eşitlik söz konusu olmasa da, bu edimlerin aynı değerinde kabul edilmesi söz konusudur. Diğer bir deyişle, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki edimlerin aynı değerinde kabul edilmesinin anlamı bu edimlerin eşit olduğu değil, maddi edim ile para ediminin karşılıklı olarak bir denge içerisinde olduğudur.

Tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmede edimler arasında bir denge olduğunun kabul edilmesi, objektif ve sübjektif temellere oturtulabilir. Serbest piyasa şartlarının bulunduğu bir ortamda objektif olarak bir dengenin belirlenmesi mümkündür. Örneğin, sözleşmenin yapıldığı ülkenin piyasalarındaki şartlar incelendiğinde, piyasa fiyatı ile sözleşmede belirlenen fiyat birbiri ile örtüşüyorsa, sözleşmenin her bir tarafı kendi edimine karşılık olarak uygun miktarda karşı edim elde eder ve adil bir durum söz konusu olur⁷⁷. Bu durumda ekonomik ölçülere ve hukuk düzenine göre piyasa fiyatı, sözleşmede edimler arasında bir denge olup olmadığının objektif olarak belirlenmesi açısından önem arzeder.

Piyasa fiyatı üzerinden kararlaştırılan edimler objektif olarak dengeli olarak kabul edilse de, bu konuda tarafların düşünceleri ve içinde bulundukları durum açısından da aynı yargının söylenmesi her zaman mümkün değildir. Zira bazı hallerde sözleşmede belirlenen edimler, piyasa koşullarına göre objektif olarak dengeli görünse de, taraflar açısından sübjektif bir denge söz konusu olmaz. Örneğin kriz ortamında piyasa koşullarına göre adil görünen bir fiyat, taraflar açısından adil olmayabilir⁷⁸. Hatta bu durumun tam tersinin gerçekleşmesi de mümkündür. Nitekim özellikle kişisel duyguların ön planda olduğu bazı hallerde, piyasa şartlarına göre objektif olarak edimler arasında bir denge bulunmasa da, taraflar açısından sübjektif olarak bir dengenin bulunduğu kabul edilebilir. Örneğin, taraflardan birisinin tarihi değeri olan bir eşyayı ne pahasına olursa olsun elde etmek istediği bir durumda, satış fiyatı piyasa fiyatının çok üzerinde kararlaştırılabilir.

Sözleşme kurulması anında, edimler arasında gerek objektif olarak gerek sübjektif olarak bir dengenin bulunup bulunmadığı, hukuk düzeninin ilgilendiği bir durum değildir. Zira sözleşmeler hukukunda genel ilke sözleşme özgürlüğü ilkesidir. Bu ilkenin gereği olarak taraflar sözleşmenin içeriğini ve bu kapsamda edimlerin arasındaki dengeyi diledikleri gibi

⁷⁶ Kılıçoğlu, 2016: 32; Oğuzman ve Öz, 2018: 45; Karahasan, 2003: 105; Eren, 2016a: 194; Oser ve Schönenberger, 1929: 105.

⁷⁷ Klinke, 1983: 120; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: 451; Bischoff, 1983: 147.

⁷⁸ Zimmermann, 1979: 138.

belirleyebilirler. Burada edimler arasında objektif veya sübjektif bakımdan bir denge olup olmaması sözleşmenin geçerliliğine etki etmez⁷⁹.

Bununla birlikte, her ne kadar sözleşme kurulması anında edimler arasında bir denge ilişkisinin varlığı kabul edilse de, sözleşme kurulduktan sonra şartların değişmesi halinde, edimler arasındaki dengenin de bozulması söz konusu olabilir. Bu durumda işlem temelinin çökmesi teorisinin özel bir görünüm türü olan edimler arasındaki dengenin bozulması söz konusu olacak ve şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmenin içeriğine müdahale edilebilir.

Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması kavramı, BGB § 313' de düzenlenen işlem temelinin çökmesi teorisinin kapsamında değerlendirilen bir durumdur. Alman hukukunda edimler arasındaki dengenin bozulmasına örnek olarak hukuki, ekonomik veya siyasi nedenlerle maddi edim ile para edimi arasındaki dengenin taraflardan birisi aleyhine sonradan bozulduğu durumlar gösterilebilir⁸⁰. Ancak edimler arasındaki dengenin bozulmasından bahsedebilmek için, yukarıda da belirttiğimiz üzere, öncelikle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin bulunması gerekir.

İsviçre hukukunda ise edimler arasındaki dengenin bozulması halinde sözleşmeye müdahale edilmesi imkânını tanıyan genel nitelikli bir kanun hükmü bulunmamaktadır⁸¹. Ancak bu kavram, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması veya bu anlama gelmek üzere clausula rebus sic stantibus kavramıyla açıklanır.

Alman hukukunda sözleşmedeki maddi edim ile para edimi arasındaki dengenin bozulduğu durumlar, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması olarak nitelendirilirken, maddi edim borçlusunun aleyhine gelişen durumlar ise aşırı ifa güçlüğü anlamında değerlendirilir⁸².

Bu durumda, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesi ve maddi edim borçlusunun borcunu ifa etmesini aşırı derecede zorlaştırdığı durumlar aşırı ifa güçlüğü kapsamına girer. Aslında aşırı ifa güçlüğü kavramına ilişkin verilen örneklerin çoğu aynı zamanda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasına da örnek teşkil eder. Dolayısıyla aşırı ifa güçlüğü de bir anlamda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasını içerir.

Bununla birlikte aşırı ifa güçlüğü kavramı ile edimler arasındaki dengenin

⁷⁹ Eren, 2016a: 377; Hübner, 1990: 600; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: 449; Schmitz, 1945: 36; Bischoff, 1983: 147.

⁸⁰ Kegel, 1953: 150; Chiotellis, 1981: 125; Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 251; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 147 vd; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 29; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 237.

⁸¹ Oftinger, 1939/40: 246; Schmitz, 1945: 10; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 190; Jaggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 595; Bischoff, 1983: 177.

⁸² Kegel, 1953: 151; Larenz, 1963: 78; Emmerich, 2005: § 313 BGB, Nr. 47; Bu kavramı “ekonomik imkansızlık olarak nitelendiren görüşler için Bk.. Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 68; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 229.

bozulmasının farklı kavramlar olarak değerlendirilmesinin altında yatan neden, aşırı ifa güçlüğü'nün Alman hukukunda “ekonomik imkânsızlık” kapsamında değerlendirilmesidir.

Gerçekten de doktrinde, borcun ifasının dürüstlük kuralları gereğince borçludan beklenilemeyeceği halleri, imkânsızlık kavramı geniş yorumlanarak ekonomik imkansızlık (wirtschaftliche Unmöglichkeit) olarak değerlendirilmiştir⁸³. Bu kapsamda edimin gerçek anlamda imkânsızlaşmayıp, ifa edilmesinin, borçludan beklenemeyecek derecede ağırlaşması hallerinde aşırı ifa güçlüğü olarak nitelendirilen durumlarda da imkânsızlığın söz konusu olduğu savunulmaktadır⁸⁴. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere, aşırı ifa güçlüğü kavramı ile imkânsızlık birbirinden ayrılmalıdır. Çünkü söz konusu kavramlara uygulanacak hükümler yanında, ortaya çıkan hukukî sonuçlarda da farklılıklar vardır. Bu sebeple, aşın ifa güçlüğü hallerine imkânsızlık hükümlerini uygulanamaz. Aksi halde böyle bir durumda, borçlu borçtan hukuken kurtarılmış olur. Oysa borçlu için karşı tarafa borcunu ifa etmesi sonucunda elde edeceği menfaat daha önemli olabilir. Bunu gözetecek olan, sözleşmeye müdahale edecek olan hakimdir.

Aşırı ifa güçlüğü objektif imkânsızlık da değildir. Çünkü aşırı ifa güçlüğü'nde edimin ifası mümkündür. Ancak söz konusu borcun ifası borçludan beklenemez bir hal almıştır. Oysa objektif imkânsızlık halinde edimin ifası ne borçlu ne de bir başkası tarafından yerine getirilebilir⁸⁵. Aynı şekilde aşırı ifa güçlüğü subjektif imkânsızlık da değildir. Çünkü subjektif imkânsızlık borçludan kaynaklanan bir sebeple edimin ifasının mümkün olmaması sonucunda ortaya çıkar. Oysa aşırı ifa güçlüğü, borçlu dışında gerçekleşen bir olay sebebiyle ortaya çıkmaktadır⁸⁶.

Sonuç olarak, edimin ifası mümkün olmakla birlikte, söz konusu borcun yerine getirilmesi borçlunun ekonomik durumunu ağırlaştırıyorsa, aşın ifa güçlüğü söz konusu olur. Aşırı ifa güçlüğü'nde mevcut durum ile sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar birbirini tutmamaktadır. Gerçekten de, borçlu dışında meydana gelen, savaş, deprem, aşın enflasyon gibi sebeplerle borcun ifası dürüstlük kuralı gereğince borçludan beklenemez bir hale gelmişse, aşın ifa güçlüğü oluşur. Çünkü böyle bir durumda borçlu, edimin ifasını

⁸³ Heinrichs, 2004: § 275, Nr. 7; BGH 90, 292; von Tuhr ve Peter, 1979: 560; Tekinay vd., 1993: 906; Tunçomağ, 1976: 469; Tandoğan, 2010: 397; Dural, 1976: 17.

⁸⁴ Dural, 1976: 17; von Tuhr ve Peter, 1979: 560.

⁸⁵ Bischoff, 1983: 128; Bucher, 1988: 468; Guhl vd., 2000: § 7, Nr. 19; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18, Nr. 312; Jauernig (Vollkommer), 2003: vor § 275, Nr. 17; von Tuhr ve Escher, 1974: 95 vd.; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18, Nr. 600; Gauch ve Schluep, 1995: Nr. 3299-Nr. 3153; Koller, 2006: Nr. 854.

⁸⁶ Bischoff, 1983: 128; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 191; Gauch ve Schluep, 1995: Nr. 3302; Guhl vd., 2000: § 7, Nr. 19; von Tuhr ve Peter, 1979: 269.

gerçekleştirebilmek için, elde edeceği karşı edimle kıyaslanamayacak ölçüde masraf ve emek sarf etmek zorunda kalır⁸⁷.

Örneğin bir fabrika, ürettiği ürünlerin satımını konu alan bir sözleşme yapmış ancak ürünler teslim edilmeden önce, ekonomik krizden dolayı maliyetin artmasıyla maddi edim yükümlülüğü yerine getirmek için ihtiyaç duyduğu parasal veya emek gücünün artması halinde böyle bir borcu ifa etmesi güçleşmiştir. Bu durumda borçlu borcunu ancak, daha önce satmış olduğu kimselerle görüşüp, aynı malı onlardan geri satın alması sonucunda ifa edebilir. Bu da aşırı derecede ifayı güçleştiren bir durumdur.

Şu halde Alman hukukundaki genel kabul gören görüş⁸⁸ sözleşme kurulduktan sonraki şartların değişmesi ile sözleşmede para edimini yerine getirmekle yükümlü taraf aleyhine bir değişiklik olması halinde edimler arasındaki denge bozukluğu oluşmakta iken, maddi edim borçlusu aleyhine değişen bir durumun varlığında ise aşırı ifa güçlüğü oluşur. Ancak bu ayırım, şartlar ve sonuçları bakımından herhangi bir fark içermez. Zira hem edimler arasındaki dengenin bozulması hem de aşırı ifa güçlüğü halinin dogmatik temeli olarak işlem temelinin çökmesi teorisi geçerlidir. Dolayısıyla her iki durumda da BGB § 313 uyarınca sözleşmeye müdahale edilmesi imkânı doğar. Kaldı ki, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu durumlar da bir aşırı ifa güçlüğü doğurabilir. Bu nedenle sırf aşırı ifa güçlüğü kavramı tarihsel gelişim sürecinde ekonomik imkânsızlık kavramı içinde değerlendirilmiş olması, bu iki kavramın birbirinden tamamıyla farklı olduğu sonucunu doğurmaz. En nihayetinde her iki durum da işlem temeli içerisinde değerlendirilir.

İsviçre hukukunda ise yukarıda da belirttiğimiz üzere, edimler arasındaki dengenin bozulması ve aşırı ifa güçlüğü kavramları farklı olarak ele alınmamış ve “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması” veya “clausula rebus sic stantibus” kavramlarıyla açıklanmıştır⁸⁹. Ancak bu kavram, her ne kadar aşırı ifa güçlüğü ve edimler arasındaki dengenin bozulmasını da kapsamakta ise de, bundan daha geniş anlamda kullanılır. Bu kapsamda, sözleşmedeki amacın boşa çıkması hali de clausula rebus sic stantibus’un içeriğine dâhil olup, bu hallerde de sözleşmeye müdahale imkânı doğar.

⁸⁷ Guhl vd., 2000: § 7, Nr. 19; Bischoff, 1983: 126 vd.; Bucher, 1988: 418; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 19-22, Nr. 256; Gauch ve Schluep, 1995: Nr. 635.

⁸⁸ Larenz, 1963: 78 vd; Chiotellis, 1981: 125; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 147 vd; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 47 vd; Flume, 1979: 508; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 396 vd; Schulze, 2005: § 313 BGB, Nr. 23.

⁸⁹ Oftinger, 1939/40: 245; Schmitz, 1945: 13; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 181 vd; Gauch vd., 2003: Nr. 1280 vd;., Art. 18 OR, Nr. 95; Schwenger, 2006: Nr. 35; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 346 vd.

İKİNCİ BÖLÜM

GENEL OLARAK UYARLAMA SEBEPLERİ

2.1. Genel Olarak

Sözleşmelerin kuruldukları zamandaki hal ve şartların, siyasi, ekonomik veya toplumsal vs. nedenlerle değişmesi mümkündür. Bu durum ise, edimler arasındaki denge ilişkisini bozabilir ve işlem güvenliğini sağlamaktan uzaklaşabilir, adaletsiz sonuçlar doğurur. Her hukuk sisteminde bu tür durumlarda sözleşme adaletini sağlamak amacıyla sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesine imkan tanıyan çok sayıda kanuni düzenleme veya görüş mevcuttur.

Türk hukuku açısından bu durum “aşırı ifa güçlüğü” kavramı ile düzenlenmekte iken, Kıta Avrupası ve Anglo-Sakson Hukuk Sistemleri farklı hukuki temellerle de olsa, sözleşmeye müdahale edilmesi gerektiğini kabul etmişler ve bu müdahalenin dogmatik temellerini açıklayan teoriler geliştirmişlerdir. Mukayeseli hukukta farklı hukuk sistemleri bu konuda farklı teoriler geliştirmiş olmakla birlikte, bu teorilerin ortak noktası, yapılan müdahalenin sözleşmeyle bağlılık ilkesine bir aykırılık teşkil etmemesi, daha doğrusu bunun hukuken geçerli bir istisnasını oluşturduğu konusuna dikkat etmeleridir. Zira sözleşmeyle bağlılık ilkesi ile çatışma içerisine giren bir durum tüm sözleşme hukuku ile de çatışma içerisine girer.

Sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan değişiklikler nedeniyle taraflardan birisinin mağdur olması söz konusu olabilir. Bu durumun en klasik örnekleri aşırı ifa güçlüğü ve edimler arasındaki dengenin bozulması durumlarıdır. Bu hallerde sözleşmenin akıbetinin ne olacağı, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin sıkı sıkıya uygulanıp uygulanmayacağı hususları konusunda farklı hukuk sistemlerinde farklı teoriler söz konusu olur. Ancak genel olarak sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması ve çalışmamız kapsamında aşırı ifa güçlüğü hallerinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının temel amacı, sözleşme adaletinin sağlanması düşüncesi ve en başta var olan edimler arasındaki dengenin ve taraflar arasındaki risk dağılımının yeniden tahsis edilmesidir⁹⁰.

Dolayısıyla kanımızca da sözleşme kurulduktan sonra şartların değişmesi ve borçludan borcunu mevcut haliyle ifa etmesinin beklenememesi durumunda yapılması gereken, irade özerkliği ilkesi ve bunun sonucu olan sözleşmeyle bağlılık ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmamak, değişen koşullar nedeniyle tarafların sözleşmeden bekledikleri yararın muhafaza

⁹⁰ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20, Nr. 2; Serozan, 2007: 341; Baysal, 2017: 29; Eren, 2016a: 482.

edilmesi ve sözleşme adaletinin yeniden sağlanması amacıyla sözleşmeye müdahale edilmesidir. Hal ve şartların değişmesi nedeniyle tarafların sözleşmeden bekledikleri menfaatleri sarsılmış, sözleşmenin kurulması anında taraflar arasında kurulan risk dağılımı sözleşme adaletine aykırı hale gelmiş ise, sözleşmenin uyarlanması suretiyle sözleşmeden beklenen menfaatler ve sözleşme adaleti korunmalıdır. Bu bakımdan, hangi hukuk sisteminde olursa olsun, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması kabul edilmiş ise, bir bakıma bunun anlamı, önceden öngörülemez şekilde bozulan sözleşme adaletinin yeniden sağlanmasının amaçlanmış olmasıdır.

Burada mevcut olan diğer bir amaç ise, zayıf tarafın korunması ilkesidir. Nitekim sözleşme kurulduktan sonra edimler arasındaki denge ilişkisi öylesine değişmiş olabilir ki, borçludan edimi ifa etmesinin istenmesi, ekonomik olarak mahvolmasına neden olabilir. Bu hallerde, taraflar arasındaki menfaat dengesine müdahale edilmesi gerekir. Ancak sözleşmenin zayıf tarafının korunması ilkesi, sözleşmenin uyarlanmasının asıl amacını teşkil etmez. Burada doğrudan değil, dolaylı olarak ortaya çıkan bir sonuç söz konusu olur. Nitekim sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması çoğu zaman mağdur olan tarafın menfaatine olan sonuç doğurur. Diğer bir deyişle, sözleşmenin uyarlanması ile bozulan risk dengesinin yeniden sağlanması çoğu zaman sözleşmenin zayıf tarafının dezavantajlı konumunu düzeltir.

Aşırı ifa güçlüğü ile ilgili olarak mukayeseli hukukta geliştirilen teorilerin hemen hemen hepsinin çıkış noktası şudur: Eğer sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olağanüstü durumlar nedeniyle, borçludan edimin ifa edilmesinin talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırı düşüyorsa sonuç ne olmalıdır? Bu durumda öncelikle yapılması gereken araştırma sözleşmede veya kanunda sözleşmenin uyarlanması ile ilgili yani risk dağılımına ilişkin bir hükmün bulunup bulunmadığıdır. Taraflar sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir düzenleme yapmışlarsa veya kanunda risk dağılımına ilişkin bir hüküm bulunuyorsa bu hükümler öncelikle uygulanır. Böyle bir düzenleme ne sözleşmede ne de kanunda söz konusu değilse ya da meydana gelen değişiklik sözleşmesel ve kanuni risk dağılımını da aşacak nitelikte ise (çavdar kaydı örneğinde olduğu gibi) bu durumda mağdur olan taraf lehine bir uyarlama yapılması ve bu uyarlamanın bir hukuki temele oturtulması gerekir.

Bu bakımdan tarihsel gelişim içerisinde ilk olarak geliştirilen teori, klasik teori olarak da adlandırılan *clausula rebus sic stantibus* ilkesidir. Buna karşılık Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi geliştirilmiştir. Anglo-Sakson Hukuk Sistemlerinde ise farklı bir yol izlenmiş ve frustration teorisi ile bu ihtiyaç karşılanmaya çalışılmıştır. Ancak bu teorilerin geliştirilmesine en büyük katkıyı sağlayan neden, yaşanmış olan iki dünya savaşı ve bu savaşların getirdiği büyük yıkım ve ekonomik sıkıntılar olmuştur. Bu açıdan aşırı ifa güçlüğü

hallerinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması ve sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi ilk olarak uygulamadaki ihtiyacın karşılanması amacıyla içtihatlarla kabul edilmiş olup sonradan bir hukuki temele oturtulmuştur.

Buna karşılık hangi hukuk sistemi içerisinde yer alırsa alsın, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kabul edilmiş ise, bunun temel amacı sözleşme adaletinin sağlanmasıdır. Buna karşılık sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin olarak geliştirilen teorilere karşı yapılan eleştirilerin odak noktası ise, işlem güvenliği ilkesinin zedelenmesidir.

2.2. Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi

2.2.1. Klasik Anlamda Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi

2.2.1.1. Genel Olarak

Roma hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusu ve bu itibarla *clausula rebus sic stantibus* ilkesi her ne kadar tarihsel açıdan Roma hukuku ile ilişkilendirilse de, hukuk sistemi açısından tam bir kabul bulamamıştır. Bu ilke Romalı hukukçulardan ziyade daha çok Romalı filozoflar tarafından savunulmuş ve desteklenmiştir. Bu durumun altında yatan hukuki ve sosyal sebeplerin daha iyi anlaşılabilmesi için, Roma hukukundaki sözleşme özgürlüğü ilkesinin içeriğine ve kapsamına kısaca değinmek gerekir.

Roma hukukunda sözleşme özgürlüğüne ilk kanunlaştırma hareketi olarak kabul edilen 12 Levha Kanunu'nda rastlanır. Buradaki düzenlemelere bakacak olursak, “Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nupatissit, ita ius est” ifadesi ile sözleşme özgürlüğüne işaret edildiğini görürüz⁹¹. Buna göre sözleşmelerin kurulması için hiçbir şekle gerek olmadığı, eğer taraflar arasında bir yükümlülük kuruluyorsa; bir mülkiyetin devri söz konusu oluyorsa, sözleriyle nasıl beyanda bulunmuşlarsa o şekilde hükmolunur. Böylece Roma hukukunda sözleşme özgürlüğü kanunlaşma hareketlerinde de kabul edilmiştir. Buna karşılık günümüz anlamındaki gibi kişilerin diledikleri şekilde ve tipte sözleşme yapabilme özgürlüklerine sahip olmaları, Roma hukukunda söz konusu değildir zira Roma hukukunda *ius civile*'de düzenlenmiş olan sözleşmelerin dışında taraflarca yapılan diğer sözleşmeler hukuki korumadan yoksundur. Bu bakımdan sınırlı sayı ilkesi geçerlidir⁹². Gaius ve Justinianus'un *Institutiones*'inde sözleşme tipleri sözlü, yazılı, rızai ve aynı sözleşmeler olarak dört grupta incelenir.

Clausula rebus sic stantibus, kelime anlamı itibarıyla, “şartlar aynı kalmak kaydıyla” anlamına gelir ve sözleşmenin geçerliliğinin, kurulduğu andaki hal ve şartlara bağlı olması

⁹¹ Tahiroğlu ve Erdoğan, 2003: 37; Kocshaker ve Ayiter, 1993: 205; Arsebük, 1953: 381.

⁹² Kuntalp, 2013: 9; Küçükalçın, 2004: 104; Rado, 2018: 158.

anlamında kullanılır⁹³. Bu ilkeye göre sözleşmeler, taraflar arasında kurulduğu andaki hal ve şartların sonradan değişmeyeceği koşuluna bağlı olarak yapılır. Sözleşme kurulduğu andaki şartlar sonradan önemli surette değişirse, sözleşme sona erdirilebilir⁹⁴. Clausula rebus sic stantibus, bir hukuk ilkesidir ve temelinde adalet düşüncesi olan ve birden fazla hükümden kıyas yoluyla üretilmiştir⁹⁵. Genel olarak bu ilkeden anlaşılması gereken, şartlar olduğu gibi kaldığı müddetçe sözleşmenin taraflar açısından bağlayıcı olması, mevcut şartlar sonradan esaslı surette değişirse, sözleşmenin bağlayıcılığının sona ermesidir. Bu ilkenin tarihsel gelişimi içerisindeki ilk hali ise “*conventio omnis intelligitur rebus sic stantibus*” olup, kelime anlamı “her anlaşma, şartların daha sonra da aynı kalmasıyla varlığını sürdürür” şeklinde tanımlanır⁹⁶.

Clausula rebus sic stantibus ilkesinin özel hukuktaki anlamı bu olmakla beraber, uluslararası hukukta da geçerli olan diğer bir yönü daha vardır. Bu anlamda, uluslararası örf ve adet hukukunda bir antlaşmanın yapıldığı andaki koşullarda esaslı bir değişiklik olması durumunda, antlaşmanın uygulanmasını durdurma veya askıya alma kararı için bir gerekçe teşkil etmektedir. Örneğin, 2. 12. 1922 tarihli Lozan Antlaşması görüşmelerinde Türkiye, kapitülasyonların kaldırılması talebine gerekçe olarak clausula rebus sic stantibus ilkesini göstermiş ve “bir antlaşmanın yapılmasına yol açan şartlardaki değişiklik, onun iptaline yol açmalıdır” şeklinde yorumlanmıştır⁹⁷.

Rebus sic stantibus ilkesi etkisini, sözleşmeden sonraki zamanlarda ortaya çıkarmaktadır. Diğer bir deyişle, sözleşme yapılırken halihazırda mevcut olan değişiklikler bu ilke anlamında dikkate alınmaz. Ayrıca şartların değişmesi sözleşmenin uygulanmış olan hükümlerini değil, henüz uygulanmamış olan hükümlerini etkiler. Dolayısıyla bu ilke ileriye etkilidir.

Clausula rebus sic stantibus ilkesini “hal ve şartlar sonradan değişirse sözleşmeyle bağlı kalınmayacaktır” şeklinde tanımlamak, bu ilkeye oldukça geniş bir uygulama alanı sağlamaya yol açar. Nitekim sözleşme kurulduğu anda var olan hal ve şartlar her zaman belirli ölçülerde değişir. Diğer bir deyişle “değişmeyen tek şey değişimin kendisidir”. Buna karşılık hal ve şartların değiştiği her durumda sözleşmeyle bağlı kalınmayacağını kabul etmek sözleşmeyle bağlılık ilkesini tamamen bertaraf eder. Bu nedenle clausula rebus sic stantibus

⁹³ Bullington, 1927: 170.

⁹⁴ Fikentscher, 1971: 3; Oftinger, 1939/40: 246; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 181.

⁹⁵ Sungurbey, 1984: 101; Edis, 1993: 314; Kaplan, 1987: 162; Eren, 2016a: 437.

⁹⁶ Andritoi, 2011: 228.

⁹⁷ Ayhan, 2018: 20.

ilkesi, sözleşmeyle bağlılık ilkesine önemli ölçüde zarar vereceği ve bu suretle hukuki güvenliği ortadan kaldıracığı gerekçesiyle oldukça eleştirilere uğramıştır⁹⁸.

2.2.1.2. Tarihsel Gelişimi

Her ne kadar *clausula rebus sic stantibus* ilkesinin tarihi açıdan nerede ve ne zaman ortaya çıktığı konusunda bir belirsizlik söz konusu ise de, doğuşu Roma hukuku ile ilişkilendirilmektedir. Roma hukukunda sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesi, sözleşmeye müdahale edilmesini gerektiren bir neden olarak görülmez. Bu nedenden olsa gerektir ki, bu mesele ile hukukçular değil, Cicero gibi filozoflar daha ziyade meşgul olmuşlardır⁹⁹.

Klasik dönemde hal ve şartların değişmesi nedeniyle sözleşmelerin uyarlanması genellikle “hakkaniyet = *aequitas*” kavramıyla açıklanmıştır. Kelime anlamı yaklaşık olarak hakkaniyete tekabül eden *aequitas*, aslında tam olarak karşıt konumdaki talepler arasında uyum ya da karşıt menfaatler arasında denge kurulmasını ifade eder¹⁰⁰. O dönemdeki genel görüşe göre adaletten (*iustitia*, *iustum*) farklı olarak hakkaniyet (*aequitas*) esaslı bir erdem olarak görülmez. Ancak Cicero, hakkaniyeti adaletin en önemli vasıflarından biri olarak kabul eder. Hatta, adaletin taşınması gereken zorunlu iki özelliğini insafli ve hakkaniyetli olmak şeklinde açıklayarak, insafli ve hakkaniyetli olmayan adaletin, adaletsizlik olacağını belirtir.

Cicero bu yöntemi kullanırken Aristoteles’ ten, Platon’ dan ve Stoacı okuldan etkilenmiştir¹⁰¹. Ona göre bir hukuk kuralı, somut olaya ne kadar katı uygulanırsa, ortaya çıkan sonuç da bir o kadar adaletsiz ve hakkaniyete aykırı olur. Bu bakımdan hakkaniyet¹⁰² şartlarda değişik olması durumunda, sözleşmenin ortadan kalkmasını öngören *rebus sic stantibus*un da dayanak noktasını oluşturur.

Bir diğer Roma hukukçusu Marcellus ise, açıkça *clausula rebus sic stantibus*tan bahsetmese de başta hukuki meseleler olmak üzere her durumda hakkaniyetin göz önünde bulundurulması gerektiğini savunmuş ve toplum vicdanının sahip olduğu adalet anlayışına uymayan kuralların değiştirilerek yeni kurallar getirilmesini tavsiye etmiştir. Bunun yanında, bir hukuki meselede taraflardan birinin sahip olduğu hakkı kullanmasının adaletsiz bir sonuç

⁹⁸ Larenz, 1963: 11; Fikentscher, 1971: 7; Görk, 1995: 7; Buna karşılık bu ilkenin sadece uluslararası hukukta geçerliliğini koruduğu ve uluslararası örf ve adet hukuku kuralı olarak düşünülmesi gerektiğini savunan görüşler de mevcuttur. Bk. Haarman, 1979: 21.

⁹⁹ Topuz, 2009: 23.

¹⁰⁰ Van Zyl, 1983: 108.

¹⁰¹ Van Zyl, 1983: 111.

¹⁰² Van Zyl, 1983: 118.

doğurabileceğini “summum ius summa iniuria (en büyük hak, en büyük haksızlık olabilir)” şeklinde açıklamıştır¹⁰³.

Bu teorinin Roma hukuku kökenli olduğunun ispatı açısından ileri sürülen Seneca’nın De Beneficiis’indeki ifade ise,

“alioqui quicquid mutatur, libertatem facit de integre consulendi, et meam fidem liberat (bir kişiyle ilgili olarak bir şey değiştirilirse, anlaşmanın tümü konusunda özgür olunur ve ben iradem konusunda özgür olurum)”

“tacite enim inesse haec conventio stipulationi vetur: si in eadem causa maneat (bu sözleşme içinde örtülü olarak şu anlaşmanın bulunduğu görülür: eğer aynı şartla kalırsa)”

16. yüzyılda clausula rebus sic stantibus daha da çok ifade edilmeye başlanmış, uygulama alanı daha da genişletilmiştir¹⁰⁴. 17. yüzyıl ile birlikte bu ilke üzerinde daha çok durulmuş ve ortak hukuk tarafından formüle edilmiştir¹⁰⁵. Hatta 1794 tarihli Prusya Umumi Memleket Kanununda (Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten-ALR) clausula rebus sic stantibus ilkesi kanunlaştırılmıştır¹⁰⁶.

2.2.1.3. Rebus Sic Stantibus’ a Yönelik Eleştiriler

Clausula rebus sic stantibus, geniş bir uygulama alanına sahip olmasından dolayı işlem güvenliği ilkesini ortadan kaldırdığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilere uğramıştır. Bu eleştirilerdeki genel fikir, “hal ve şartların haksız ve katlanılamaz şekilde değiştiği durumlarda bu ilkenin uygulanması şöyle dursun; sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan değiştiği her durumda sözleşmeyle bağlı kalınamayacak olması, sözleşmeyle bağlılık ilkesine ve hukuki güvenliğe büyük ölçüde zarar verir” şeklindedir¹⁰⁷. Gerçekten de, bu ilkeye göre sözleşmeler, kurulduğu andaki hal ve şartlar aynı kalmak kaydıyla geçerli olacak, diğer bir deyişle sözleşmelerin geçerliliği, böyle bir zımni kayda bağlı olur. İlkeye adını veren Latince “clausula” kelimesi bu zımniliğe işaret eder ve ifade edilmeyen ancak öyle olduğu varsayılan koşul anlamına gelir.

Günümüzde clausula rebus sic stantibus, sözleşmelerin geçerliliğini kurulduğu andaki durumların değişmemiş olması zımni şartına bağlayan gerçek anlamını yitirmiştir. Buna karşılık, tarihsel anlamda bu ilkeye karşılık gelmemekle birlikte, hal ve şartların değişmesi

¹⁰³ Ayhan, 2018: 34.

¹⁰⁴ Köbler, 1991: 30.

¹⁰⁵ Larenz, 1963: 11; Bischoff, 1983: 175; Köbler, 1991: 31.

¹⁰⁶ Bischoff, 1983: 175. Clausula rebus sic stantibus’un ALR’de düzenlenmiş olması, Prusya kodifikasyonunun tabi hukuk temelli olması ile yakın ilişkilidir. Nitekim ALR’ nin oluşmasına en büyük katkıda bulunan Svarez tabi hukuk okulunun temsilcisi olup, Roma hukukunun kendi hukuk sistemlerinin temeli olarak muhafaza edilmesini savunmuştur. Bk.. Kuru, 1958: 103.

¹⁰⁷ Gürsoy, 1950: 12; Bischoff, 1983: 175; Fikentscher, 1971: 7

sebebiyle sözleşmeye müdahale edilmesi kavramı, rebus sic stantibus ile de ifade edilmektedir.

2.2.1.4. Değerlendirme

Clausula rebus sic stantibus Roma hukukundan bu güne değişen şartların sözleşmeye yaptığı etki konusunda geliştirilen teorilerin içerisinde kulağa en çok aşina olandır. Kökeni bakımından Roma hukukunda yer bulsa da esasen 14. yüzyıl kilise hukuku(Canon Law) tarafından geliştirmiştir¹⁰⁸.

Aslında, usulüne uygun olarak kurulan sözleşmeler, Fransız Medeni Kanunu'un meşhur 1134. maddesinin 1. paragrafına göre tarafların kanunuysa da bu, her halükarda uygulanacak bir kural olduğu anlamına gelmez. Kanunlar revizyona, boşluk doldurmaya ve yaratıcı bir yoruma konu olabilir. Neden “sözleşme kanunu” için de aynısı olmasın? Buna karşılık sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusu başta aşırı ifa güçlüğü halleri olmak üzere oldukça karmaşık bir kavramdır. Bir yandan sözleşmeyle bağlılık ilkesinin gereği olarak sözleşmelerin kurulduğu haliyle geçerli olacağı hususu, diğer yandan hal ve şartların sonradan değişmesi halinde mağdur taraf lehine sözleşme adaletinden kaynaklanan bir uyarlama hakkı tanınması gerektiği, mevcut kavramı daha da karmaşık hale getirir. 19. yüzyıl ünlü Fransız hukukçu Georges Ripert der ki: “Bir sözleşmeyi nihayete erdirmek için bir anlamda geleceğe ilişkin öngöründe bulunulması gerekir. Sözleşme, geleceğe ilişkin bir öngörüdür. Ama bireyler bazen öngöründe bulunamaz veya sözleşmelerindeki şartların her bir olası değişimini öngörmek istemeyebilirler”¹⁰⁹.

Özellikle Fransa'da uzun yıllardır bu konuyu tartışan George Ripert, hal ve şartların değişmesi nedeniyle sözleşmedeki edimler arasındaki dengenin bozulması halinde, beklenmedik değişikliklere göre sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilmesini belirtir¹¹⁰.

Bu bakımdan Roma hukuku anlamında clausula rebus sic stantibus'un anlamını şu şekilde özetleyebiliriz: “Her sözleşme muhakkak hukuki sonuçlarını doğuracaktır; şartlar aynı kalmak kaydıyla”.

Roma medeni hukukunda değişen şartların hesaba alınma fikri ilk olarak Glossa Potest ad D 12 4 8 (Quod Servius)'ta görünür. Burada tartışılan konu¹¹¹, boşanma halinde çeyizlerin iade edilmesi ile ilgilidir. Roma hukukunda kural olarak, nişanın bozulması halinde evlilik amacıyla verilen çeyizler erkeğe geri verilirdi. Fakat evlenecek çiftlerin reşit olmaması halinde bu kuralın geçerli olup olmadığı tartışılmıştır. Neratius'a göre çeyizlerin iadesi kuralı

¹⁰⁸ Pichonnaz, 2011: 125.

¹⁰⁹ Pichonnaz, 2011: 125.

¹¹⁰ Pichonnaz, 2011: 126.

¹¹¹ Pichonnaz, 2011: 133.

sadece evlenen çiftlerin reşit olması halinde geçerli olur. Ancak bu durumda, taraflar reşit hale gelene kadar çeyizlerin iade edilmesi imkanı olmayacaktır. “Si istud potest, extendatur (ut dialectici dicunt) quamdiu uterque vivit, etiam misso repudio non esset repetitio. Nam semper possibile est quod fiat hoc matrimonium. Sed certe nos non extendimus: Sed secundum praesens iudicamus et rebus sic se habentibus loquimur: ut (D. 45,1,137,4)”.

Her ne kadar bu konu doğrudan sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile alakalı olmasa da olayda karar verecek olan hakimin gelecekte koşullarda meydana gelecek olan değişikliği (tarafların reşit hale gelmesi) hesaba katarak karar vermesi hususu clausula kapsamında değerlendirilmiştir.

Başta aşırı ifa güçlüğü halleri olmak üzere, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişikliklerin sonucunda borçludan borcunu ifa etmesinin beklenememesi hallerinde sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesine imkan sağlayan teorilerin en eskisi, clausula rebus sic stantibus teorisi. Bu bakımdan clausula, hem sözleşmenin uyarlanması konusunda ilk olarak geliştirilen teori olma özelliğini hem de sonradan geliştirilen teorilere de tarihsel köken teşkil etme özelliği taşır. Buna karşılık, clausula rebus sic stantibus Roma hukuk sisteminde kabul edilmiş bir kurum olmaktan ziyade, genellikle filozoflar tarafından tartışılmış ve ileri sürülmüştür. Nitekim, Cicero, Aquinolu Thomas, Seneca gibi düşünürler, pacta sunt servanda (sözleşmeyle bağlılık) ilkesine bağlılık esas olmakla birlikte, buna sıkı sıkıya bağlı kalmanın her zaman mümkün olmadığını ve hakkaniyetin gerektirdiği hallerde bu ilkenin dahi yumuşatılmasının gerektiğini savunmuşlardır¹¹².

Bu bakımdan sözleşmeyle bağlılık ilkesinin her halükarda sıkı sıkıya uygulanmasının hakkaniyete ve adalete aykırı sonuçlar doğurabileceğinin en belirgin örneğini Cicero’nun De Officiis isimli eserindeki şu ifadeden¹¹³ de anlayabiliriz: “Akıllı bir kişi sana kılıcını emanet etmiş ise sonradan delirmiş bir şekilde gelip emanet ettiği kılıcını geri isterse, kılıcı o kişiye vermemek gerekir. Eğer verilirse bu kusurlu bir hareket olur.” Keza Aquinolu Thomas da pacta sunt servanda ilkesinin durumun gereğine göre yumuşatılması gerektiğini savunmuş ve şu ifadelerde bulunmuştur: “Kişi vermiş olduğu söze sadık kalmalı ve sözünü tutmalıdır. Buna karşılık kişinin sözünü tutmaması koşulların değişmesine bağlı tutulmuş ise, sadakatsiz sayılamaz”¹¹⁴.

Buna karşılık clausulanın asıl gelişimi postglossatörler döneminde olmuştur ki süreç olarak Ortaçağ dönemine rastlar. Bu bakımdan filozofların önünü açtığı clausula rebus sic

¹¹² Zimmermann, 1979: 579 vd.

¹¹³ Zimmermann, 1979: 579.

¹¹⁴ Köbler, 1991: 29.

stantibus düşüncesinin devamı olarak bir teori geliştirilmiştir¹¹⁵. Esasen burada belirtmekte fayda var ki, clausula rebus sic stantibus ilkesinin etkin bir şekilde savunulmaya başladığı 15. yüzyılda Pandekt hukukun etkisi de yadsınamaz. Nitekim 12. yüzyılın başlarında Avrupa’da görülen 12. yüzyıl Rönesans (Proto-Renaissance) akımı ile birlikte İtalya-Bologna’da Roma hukuku çalışmaları ile bir kültürel hareketlilik yaşanmış ve bunun neticesinde ise Ortaçağ’ın sonlarında başlayıp 19. yüzyılda gerçekleşen kanunlaştırma hareketlerine kadar etkisini sürdürmüştür. Bu akımın temelini oluşturan Roma hukukunun iktibas, ortak hukuk (ius commune) olarak ifade edilmiş, Doğu Roma İmparatoru Iustinianus’un kanunlaştırma hareketi olan Corpus Iuris Civilis’ in en önemli bölümünü oluşturan Digesta’nın adından hareketle Pandekt Hukuk (ius pandectarum) olarak ortaya çıkmıştır¹¹⁶.

Bu bakımdan 16. yüzyıldan itibaren Roma hukukunun Alman kültürünün baskın olduğu ülkelerde doktrin ve uygulamanın benimsemesi ile almış olduğu şekli olan Pandekt hukukun clausula rebus sic stantibus ilkesinin etkinleşmesine olan katkısı büyüktür. Zira 15. yüzyılda bu ilkenin etkili savunucularından olan Bartolus ve Baldus da Pandekt hukukun kurucuları arasında yer almaktadır¹¹⁷.

2.2.2. Modern Anlamda Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi

2.2.2.1. Genel Olarak

İsviçre hukukunda Alman hukukundan farklı olarak işlem temeli teorisi kabul edilmemekte; şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesi gerekliliği, her ne kadar gerçek anlamında kullanılmasa da clausula rebus sic stantibus kavramıyla isimlendirilmektedir. Bununla beraber, şartların sonradan değişmesi sonucunda sözleşmeye müdahale edilmesinin hukuki temeline ilişkin olarak çok sayıda görüş ortaya atılmıştır. Ancak bu görüşlerden hiçbirisi Alman hukukundaki işlem temeli teorisi gibi bağımsız bir kurum değildir¹¹⁸.

Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin olarak İsviçre hukukunda genel nitelikte bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu durumda bir hukuki soruna ilişkin olarak pozitif hukukta herhangi düzenlemenin öngörülmemiş olması, doktrinde "gerçek boşluk" olarak nitelendirilmektedir. Dolayısıyla aşırı ifa güçlüğüne ilişkin olarak pozitif hukukta, bu anlamda bir kanun boşluğu vardır¹¹⁹. Ancak, İsviçre hukukunda hâkim olan görüş günümüzde kanun boşluğu konusunda

¹¹⁵ Zimmermann, 1979: 579; Bischoff, 1983: 175; Köbler, 1991: 24.

¹¹⁶ Koschaker ve Ayiter, 1993: 27; Tahiroğlu ve Erdoğan, 2003: 75; Çelebican, 2000: 51.

¹¹⁷ Tahiroğlu ve Erdoğan, 2003: 84; Çelebican, 2000: 78.

¹¹⁸ İsviçre hukukunda savunulan görüşler, Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu içerisindeki kurumların ya doğrudan doğruya ya da kıyasen uygulanması gerektiğine ilişkindir. Bu konuda Bk.. Topuz, 2009: 85 vd.

¹¹⁹ Bischoff, 1983: 73.

esas itibariyle Canaris'in tanımını temel almaktadır. Canaris'e göre, kanun boşluğu, pozitif hukukun tamamı dikkate alındığında bir hukuki düzenlemeye ihtiyaç duyulmasına rağmen, buna ilişkin düzenlemenin kanun koyucu tarafından eksik bırakılmasıdır. Diğer bir deyişle, pozitif hukukun tamamı dikkate alındığında, kanun koyucudan belli bir konuda düzenleme yapması beklenmesine karşın, kanun koyucunun bilinçli olarak istemeyerek veya unutarak ya da öngörmeyerek bu konuya ilişkin herhangi bir düzenleme yapmamasıdır¹²⁰.

Burada çözülmesi gereken sorun, aşırı ifa güçlüğü bakımından böyle bir kanun boşluğunun olup olmadığıdır. Bu sorun, ancak kanunun tamamı dikkate alınarak çözümlenebilir. Aşırı ifa güçlüğü durumlarına ilişkin olarak, yukarıda da ifade edildiği üzere, İsviçre pozitif hukukunun tamamı dikkate alındığında, sözleşme kurulduktan sonra koşullarda değişiklik olması halinde sözleşmenin değişen durumlara uyarlanmasına ilişkin genel bir ilke çıkarılamaz.

Bundan başka, *clausula rebus sic stantibus* teorisinin tarihi geçmişi dikkate alındığında, bu öğretiye ilişkin en yoğun tartışmalar 19. yy' da yaşanmış olmasına rağmen, bu teori, tıpkı Almanya'da Alman Medeni Kanunu'nun kanunlaşmasında olduğu gibi, İsviçre'de de İsviçre Borçlar Kanunu'nun kanunlaşması sürecinde dikkate alınmamıştır. Dolayısıyla, tüm bu nedenlerle, aşırı ifa güçlüğü durumlarının pozitif hukukta genel nitelikte bir düzenlemeye tabi kılınmamasını, bir kanun boşluğu olarak değil; aksine, kanun koyucunun bilerek susması olarak kabul etmek gerekir¹²¹. Diğer bir deyişle burada söz konusu olan kanun koyucunun, şartların sonrada değişmesi halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin bir hukuki düzenleme yapma düşüncesi bulunmamaktadır ki bu durumda yukarıda belirttiğimiz anlamıyla bir kanun boşluğu yoktur.

2.2.2.2. Clausula Rebus Sic Stantibus Kapsamında İleri Sürülen Görüşler

2.2.2.2.1. İmkansızlık Görüşü

İsviçre hukukunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusundaki nispi imkansızlık görüşünün geliştirilmesinin altında yatan nedenler, Alman Hukuku ile aynıdır.

Alman hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması ihtiyacı günden güne kendisini belli ettiği ekonomik sıkıntıların yaşandığı süreçte Alman mahkeme kararlarında, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ihtiyacını karşılamak üzere, aşırı ifa güçlüğü durumu, “ekonomik imkansızlık” kavramı içerisinde incelenmiş ve İmparatorluk Mahkemesi, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmemesi gerektiği yönündeki sert tutumunu değiştirmek zorunda kalmıştır. Bu nedenle Alman Medeni Kanunu'nun sistemi

¹²⁰ Canaris, 2001: 29.

¹²¹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 627 vd; Bischoff, 1983: 71.

içerisinde buna ilişkin açık bir düzenlemenin olmamasından dolayı, mahkeme, borca aykırılığın temel kurumu olan imkânsızlık kurumuna yöneltmiştir. Mahkeme, imkânsızlığa ilişkin düzenlemeleri geniş anlamda yorumlayarak şartların değişmesi halinde sözleşmeye müdahale edilmesini sağlama yoluna gitmiş ve bu amaçla ekonomik imkânsızlık öğretisini geliştirmiştir¹²².

Clausula rebus sic stantibusun kabul edilmemesi ve sözleşmelerin değişen şartlara karşı uyarlanması karşısında sert bir tutum sergilenmesi İsviçre hukuku açısından da geçerlidir. İsviçre Federal Mahkemesi, 20. yy'ın başlarında dahi, clausula rebus sic stantibus teorisini ve şartların değişmesi durumunda sözleşmenin uyarlanmasının taraflara tanınmış bir hak olduğunu reddetmiş, aksi bir karar verilebilmesi için, sözleşmede bu durumun taraflarca açık ve hiçbir şüpheye yer bırakmaksızın düzenlenmesini aramıştır¹²³. Ancak Birinci Dünya Savaşı sonrasında yaşanan ekonomik sıkıntılardan İsviçre de nasibini almış ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına karşı olan sert tutumunu değiştirmek zorunda kalmıştır. Bu bağlamda İsviçre hukukunda da Alman hukuku ile paralel olarak imkansızlık görüşü önem kazanmıştır.

İsviçre Federal Mahkemesi' nin kararlarında gelişen imkansızlık görüşü, genellikle dürüstlük kuralına dayandırılmıştır. Buna göre sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar borçlu için ekonomik bakımdan tümüyle başka bir edim haline gelecek şekilde değişirse, yani, şartların değişmesine bağlı olarak dürüstlük ilkesi dikkate alındığında edimin ifası artık borçludan beklenemiyorsa, borçlunun edimi tamamen veya kısmen sona erer¹²⁴. Zira borçluya isnat olunamayan haller nedeniyle borcun ifası mümkün olmazsa, borç sona erer (OR Art. 119).

Gerçekten de borçlunun sorumluluktan kurtulduğu sonraki imkansızlık ile sözleşmelerin kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesi arasındaki benzerlik yadsınamaz¹²⁵. Öncelikle her iki durumda da önceden görülemeyen ve iki tarafa da isnat edilemeyen bir gelişme söz konusudur. Bu benzerlik nedeniyle imkansızlık hükümlerinin bu durumlara kıyasen uygulama görüşü benimsenmiştir. Bu kapsamda ifanın borçlu için çok daha güç hale gelmesi de imkansızlık kapsamına alınmıştır¹²⁶. Gerçek imkansızlıktan teknik anlamda farklı olan bu durum nispi imkansızlık kavramı aracılığıyla yapılmıştır; ifa ekonomik yönden öyle zorlaşmıştır ki artık talep edilemez hale gelmiştir.

¹²² Larenz, 1963: 76; Kegel, 1953: 151; Rüthers, 1997: 17; Köbler, 1991: 92 vd.; Emmerich, 2005: § 27, Nr. 9 vd.

¹²³ BGE 28 II 246, (252); BGE 43 II 170 (176); 44 II 519, (526).

¹²⁴ Bk., BGE 45 II 386, s. 398.

¹²⁵ Nitekim, TBK' da "aşırı ifa güçlüğü" m. 138 hükmünde "imkansızlık" altında düzenlemek suretiyle, bir ölçüde imkansızlık görüşünden etkilenmiş gözükmektedir.

¹²⁶ Wiegand, 1996: Art. 97 OR N. 14.

Aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeye müdahale edilmesinin dogmatik temelinin imkansızlık kavramıyla açıklanmasının en önemli nedeni, her iki kurumda da borçlunun sorumlu olmadığı bir nedenle edim ifa edilememesidir. Nitekim, sözleşmenin kurulmasından sonra ve fakat ifadan önce, edim imkânsız hale gelmişse, "sonraki imkânsızlık (nachträgliche Unmöglichkeit)" söz konusu olur bu durum, ifanın gerçekleşmesine engel olur¹²⁷. Burada söz konusu olan objektif imkansızlıktır. Ancak edim, üçüncü kişiler tarafından yerine getirilebilirken, sadece borçlu bunu yerine getiremiyorsa, imkânsızlık sübjektiftir.

Edim, borçlu tarafından yerine getirilememekte iken, başkaları tarafından ifa edilmesi mümkün ise sübjektif imkânsızlık söz konusu olur¹²⁸. Bu kapsamda sübjektif imkansızlık bir anlamda borçlunun kişisel nedenlerle borcu ifa edememesi anlamına gelirken, diğer anlamda da ekonomik güçsüzlüğünü ifade eder¹²⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aşırı ifa güçlüğü ile imkânsızlık müessesesi birbirinden farklıdır. Çünkü söz konusu kavramlara uygulanacak hükümler yanında ortaya çıkan hukukî sonuçlarda da farklılıklar vardır. Zira aşırı ifa güçlüğü halinde edimin ifası mümkündür. Ancak, söz konusu borcun ifası borçludan beklenemez bir hal almıştır. Bu durumda dürüstlük kuralına göre, hâkim, sözleşmenin uyarlanmasına veya sona erdirilmesine karar verebilir. Buna karşılık, imkânsızlık halinde, özellikle objektif imkânsızlıkta edimin ifası ne borçlu ne de bir başkası tarafından yerine getirilebilir¹³⁰. Ancak sübjektif imkânsızlık kavramı, edimin sadece borçlu açısından imkânsız, başkaları tarafından ifasının mümkün olması sebebiyle aşırı ifa güçlüğü ile yakın ilişki içerisindedir. Bu nedenle doktrinde bir görüş aşırı ifa güçlüğü ile imkânsızlığı birbirine benzer nitelikte kabul etmektedir¹³¹.

Baskın konumda olan diğer bir görüşe göre ise aşırı ifa güçlüğü kavramı ile imkânsızlık birbirinden ayrılmalıdır. Çünkü söz konusu kavramlara uygulanacak hükümler yanında, ortaya çıkan hukukî sonuçlarda da farklılıklar vardır. Bu nedenle, aşırı ifa güçlüğü hallerine imkânsızlık hükümleri uygulanamaz. Aksi halde böyle bir durumda, borçlu borçtan hukuken kurtarılmış olur. Oysa somut olayın özelliklerine göre borçlunun borcunu ifa etmesi, taraflar arasındaki menfaat dengesine göre daha adaletli olabilir. Bu durumu gözetecek olan, sözleşmeye müdahale edecek makam, yani hâkimdir. Ayrıca borçlunun ekonomik yönden karşılaştığı aşırı ifa güçlüğü, özellikle para sıkıntısı, ifa imkânsızlığı ile karıştırılmamalıdır.

¹²⁷ Gauch ve Schluep, 1995: Nr. 3126; Heinrichs, 2004: § 275, Nr. 76; Becker, 1941: Art. 97, Nr. 11; Oser ve Schönenberger, 1929: Art. 20, Nr. 3.

¹²⁸ von Tuhr ve Escher, 1974: 94; Guhl vd., 2000: § 7, Nr. 19; Gauch ve Schluep, 1995: Nr. 3128; Bucher, 1988: 248; Honsell vd., 2003: Art. 97, Nr. 10; Oser ve Schönenberger, 1929: Art. 97, Nr. 3; Medicus ve Lorenz, 2010: AT., Nr. 372; Larenz, 1963: 98.

¹²⁹ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 19-22, Nr. 256; Gauch ve Schluep, 1995: Nr. 634.

¹³⁰ Bischoff, 1983: 128; Hübner, 1990: 432; Bucher, 1988: 418; Schmitz, 1945: 162; Seichter, 1971: 82; Koller, 2006: Nr. 854; Barth, 1958: 22; Gürsoy, 1950: 27.

¹³¹ von Tuhr ve Escher, 1974: 135; Wiedemann, 1990: 510.

Ancak, zor durumda olan borçlu, şayet şartları varsa, dürüstlük kuralına veya irade sakatlığı ya da temel hatası nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hallerine dayanabilir¹³².

Yukarıda belirtilen nedenlerle, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmelere müdahalede bulunmak amacıyla imkânsızlık kavramını geniş anlamda yorumlamak anlamsız olacak, ayrıca bu kurumun zedelenmesine yol açacaktır. Bu nedenle imkansızlık görüşü, İsviçre Hukukunda kabul görmemiştir¹³³.

2.2.2.2.2. Temel Hatası

Genel olarak Türk hukukunda olduğu gibi, İsviçre hukukunda da sözleşmenin kurulması için tarafları harekete geçiren belirli düşüncelerin (saiklerin) yanlış olduğunun ortaya çıkması, kural olarak hukuken önemsizdir; esaslı hata sayılmazlar. Ancak OR Art. 24/I (4) hükmü uyarınca, “sözleşmenin temeli” haline gelmiş olan saiklerde yanılma, bu şekilde değerlendirilmesi dürüstlük kuralına uygun düştüğü takdirde esaslı yanılma olur. Bu durumda aşırı ifa güçlüğü kavramında Alman hukuku ve Türk hukukunun işlem temeli yaklaşımının yanında bir de sözleşmenin temeli (notwendige Grundlage des Vertrages) kavramı ortaya çıkmaktadır. Bu durumda, sözleşmenin temeli kavramı ile işlem temeli kavramı arasındaki ilişki, doktrinde oldukça tartışılmıştır. Bu tartışmanın diğer bir boyutu ise, sözleşme temeli haline gelen bir hususta hata olması halinde, yani temel hatası durumunda, sözleşmenin içeriğine müdahale yapıp yapılamayacağıdır.

Bir görüşe göre işlem temelinin çökmesi teorisi ile sözleşme temeline hata, birbirini tamamlayan kavramlardır. Buna göre, temel hatası için iki unsurun varlığı gerekir. Bunlardan birincisi, taraflardan birinin düşmüş olduğu hata, sözleşme temeli durumunda olmalıdır. İkincisi ise, hataya düşüldüğü iddia edilen unsurun sözleşmenin temeli olarak değerlendirilmesinin dürüstlük kuralına uygun olmasıdır. Bu durumda işlem temelinin çökmesi teorisindeki işlem temeli haline gelen durumlarla, sözleşme temeli olarak değerlendirilen hususlar aynı hususlardır¹³⁴.

Yine bu görüş uyarınca OR Art. 24/I(4) hükmünün şartların değişmesine bağlı olarak ortaya çıkan denge bozulması ve aşırı ifa güçlüğü hallerine de uygulanması gerekir. Zira

¹³² Bischoff, 1983: 128; Bucher, 1988: 468; Guhl vd., 2000: § 7, Nr. 19; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18, Nr. 312; Jauernig, 2003: vor § 275, Nr. 17; von Tuhr ve Escher, 1974: 95 vd.; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18, Nr. 600; Gauch ve Schluep, 1995: Nr. 3299-Nr. 3153; Koller, 2006: Nr. 854;

¹³³ Oftinger, 1939/40: 245; Merz, 1942: 415a; Schmitz, 1945: 27; Schlageter, 1945: 59; Rieder, 1951: 84; Barth, 1958: 22 vd.; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 191; von Büren, 1964: 390 vd.; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 600; Bischoff, 1983: 128 vd.; Schmiedlin, 1985: 137; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 312; Keller ve Schöbi, 1988: 168.

¹³⁴ Guhl vd., 2000: § 16, Nr. 10.

sözleşme kurulduğu sırada tarafların sözleşmenin temeli olarak kabul ettikleri hususlardaki esaslı hataları ile yine işlem temeli kabul edilen hususların sonradan esaslı surette değişmesi arasında bir farkın olmaması gerekir. Taraflar sözleşmenin temeli olarak kabul ettikleri hususları sözleşme kurulurken hatalı varsaydıkları için sözleşmenin iptaline gidilebilirken; yine tarafların işlem temeli olarak kabul ettikleri hususların sırf "sözleşmenin kurulma anında olmadığı" gerekçesiyle aynı hukuki sonuca tabi tutulmaması kabul edilemez. Her ikisinde de şartlar, tarafların düşündüklerinden farklı olarak gelişmiştir. Dolayısıyla da menfaat durumları aynıdır¹³⁵.

Temel hatasına hukuki düzenlemelerin aşırı ifa güçlüğüne uygulanması gerektiği görüşü, iradenin oluşumu ve gerçekleşme zamanı bakımından farklı olmaları nedeniyle isabetli değildir. Öncelikle, temel hatası sözleşmenin kurulması aşamasında meydana gelir; iradenin oluşumu ile ilgili bir durumdur. Aşırı ifa güçlüğü ise, sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan öngörülemez şekilde değişmesi ile söz konusu olur. Bu tür öngörülemez durumlar, tarafların iradelerinden de bağımsız olarak gerçekleşir. Dolayısıyla, şartların değişmesinden dolayı edimini ifa etmesi dürüstlük kuralı çerçevesinde kendisinden beklenmeyen tarafın irade sakatlığına dayanması ve böylelikle sözleşmeyi tek taraflı olarak sonlandırması mümkün değildir¹³⁶.

Aşırı ifa güçlüğü hallerine temel hatasına ilişkin hükümlerin uygulanması görüşüne karşı getirilen ikinci eleştiri ise hatanın, esas itibarıyla geçmişteki ve günümüzdeki meselelere ilişkin olup, geleceğe ilişkin meseleler ile ilgilenmemesidir. Hâlbuki aşırı ifa güçlüğüne ilişkin durumlar, şartların sonradan değişmesine bağlı olarak ortaya çıkmaktadır. Dolayısıyla, geleceğe ilişkindir. Bu nedenle, aşırı ifa güçlüğü halleri temel hatasına konu olamaz¹³⁷.

Her ne kadar aşırı ifa güçlüğü durumunda sözleşmeye müdahalede bulunabilmek için, tarafların, şartların sonradan değişeceğini öngörmemiş olması şartı aransa da, İsviçre doktrininde bazı yazarlar öngörülebilir olduğu sürece gelecekte ortaya çıkan durumların da hatanın konusunu oluşturabileceğini savunur¹³⁸. İsviçre Federal Mahkemesi de bazı içtihatlarında, tarafların ileride gerçekleşeceğine kesin gözüyle baktıkları (dolayısıyla öngörmüş oldukları) durumlarda, fiyat artışları istisna olması kaydıyla, hata olarak kabul etmiştir¹³⁹.

¹³⁵ von Tuhr ve Escher, 1974: 565.

¹³⁶ Topuz, 2009: 89.

¹³⁷ Bischoff, 1983: 144; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 304; Schmiedlin, 1985: 133; Gauch vd., 2003: Nr. 804; Erzurumluoğlu, 1970: 58; Erman, 1979: 48; Kocayusufoğlu vd., 2016: § 20, Nr. 1; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18, OR, Nr. 610.

¹³⁸ Kramer ve Schmidlin (Becker), 1986: Art. 23 OR, Nr. 9; Bucher, 1988: 204 vd; von Büren, 1964: 231.

¹³⁹ BGE 91II 275, s. 280.

Kramer ise, sözleşme kurulduğu anda var olan hal ve şartların sonradan değişebileceği yönünde tarafların somut bir düşünceye sahip olması halinde OR Art. 24/I(4) hükmünün uygulanarak sözleşmenin iptal edilmesinin önünde hiçbir teorik engel bulunmadığını savunur. Ancak, hal ve şartların sonradan değişmesiyle ortaya çıkan yeni duruma ilişkin tarafların somut düşünceleri yok ise, bu durumda mesele clausula rebus sic stantibus'un uygulama alanına girer¹⁴⁰.

Buna karşılık doktrindeki hakim görüşe göre, hata hiçbir zaman geleceğe ilişkin durumlarda söz konusu olamaz. Zira hata eksik bilgiyi, diğer bir deyişle gerçek hakkında hiçbir düşüncenin olmadığı durumları kapsar. Gerçek hakkında hiçbir şekilde kesin bir bilgiye sahip olma imkânının bulunmadığı gelecek hakkında ise eksik bilgi değil, herhangi bir kesin bilgiye sahip olmamak söz konusudur. Geleceğe ilişkin durumlar, beklenilebilir, tahmin edilebilir, öngörülebilir hatta yanlış hesaplanabilir, ancak asla kesin olarak bilinemez. Bu nedenle, sözleşme kurulduktan sonra şartların, tarafların öngörmediği şekilde değişmesi, hukuki anlamda hatanın konusu olamaz. Bu konu, “yanlış düşünce hatadır; ancak, yanlış tahmin, hiçbir şekilde hata değildir” şeklinde özetlenebilir¹⁴¹.

Temel hatasına ilişkin düzenlemelerin aşırı ifa güçlüğüne uygulanmamasının bir diğer nedeni de, bu iki kavramın sonuçları bakımından ortaya çıkar. Zira temel hatasının hukuki sonucu sözleşmenin iptali iken, aşırı ifa güçlüğünün hukuki sonucu, sözleşmenin uyarlanması, bunun mümkün olmaması halinde sözleşmenin taraflarına dönme veya fesih hakkının tanınmasıdır. Dolayısıyla her iki kurum hukuki sonuçları bakımından da farklıdır¹⁴².

İsviçre doktrininde savunulan bir diğer görüş¹⁴³ ise, aşırı ifa güçlüğünü temel hatası ile açıklamaktan ziyade, temel hatasına bizatihi clausula rebus sic stantibus rejiminin uygulanmasının gerektiğidir. Buna göre ileride gerçekleşecek olaylarla ilgili olarak hata olması oldukça zordur; hata ancak bilginin olduğu yerlerde olur.

2.2.2.2.3. Dürüstlük Kuralına Dayanan Görüş

İsviçre hukukunda hakim görüş, sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesi sonucu sözleşmeye müdahale edilmesine dayanak bakımından dürüstlük ilkesini temel almaktadır¹⁴⁴. Bu görüşe göre, bir borç ilişkisinde borcun nasıl ifa edilmesi gerektiği,

¹⁴⁰ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Nr. 58. Aynı yönde Bk.. Kramer ve Schmidlin (Schmidlin), 1986: Art. 23 - 27 OR, Nr. 199.

¹⁴¹ Oftinger, 1939/40: 245; Siegwart, 1924: 142; Merz, 1942: 421; Schmitz, 1945: 29; Rieder, 1951: 73; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 194; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 610; Bischoff, 1983: 144; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 304.

¹⁴² Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 610.

¹⁴³ Tercier vd., 2016: Nr. 804.

¹⁴⁴ Oftinger, 1939/40: 247; Schmitz, 1945: 37 vd; Weber, 2000: 75.

başlangıçta tam olarak belirlenemeyebilir. Önceden taraflarca öngörülemeyen durumlar da bu kapsamdadır. Bu kapsamda ZGB Art. 2/I hükmü, hakların kullanılmasında ve borçların ifasında kişinin davranışlarının genel sınırını çizmektedir. Bu bağlamda, İsviçre hukukunda kural olarak sözleşmeye bağlılık ilkesi hâkim olsa da, bu ilkenin de üzerinde olan dürüstlük ilkesine göre; hâkim, başta edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının neden olduğu önceden öngörülemeyen durumlar olmak üzere, aşırı ifa güçlüğü hallerinde sözleşmeye müdahale etmelidir¹⁴⁵.

İsviçre Federal Mahkemesi, yukarıda ifade ettiğimiz gibi, sözleşmeye müdahale ihtiyacını gidermek amacıyla hukuki temel olarak nispi imkânsızlığı kabul ettiği kararlarının önemli bir kısmında, bu görüşünü, çoğunlukla dürüstlük ilkesi ile gerekçelendirmiştir. Ancak daha sonra imkansızlık görüşünden vazgeçerek, şartların değişmesi durumunda sözleşmeye müdahalenin dogmatik temeli olarak sadece dürüstlük ilkesini kabul etmiştir. Mahkemeye göre, şartların değişmesi durumunda dürüstlük ilkesine göre sözleşmenin aynen ifasının beklenilmez olması nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmelidir¹⁴⁶.

İsviçre hukukunda dürüstlük kuralını savunan bazı yazarlar, sözleşmenin uyarlanması konusunda hakkın kötüye kullanılması yasağına da dayanmıştır¹⁴⁷. Önceden görülemez değişiklikler sonucu sözleşmedeki edimler arası dengenin bozulmasına rağmen, taraflardan birinin ifa talebinde ısrar etmesi hakkın kötüye kullanılması sayılabilir. Buna göre sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan önceden görülemez değişiklikler sonucunda edim ve karşı edim arasındaki denge aşırı ölçüde bozulmuş ise, buna rağmen talebinde ısrar eden sözleşme tarafı İMK 2/II uyarınca hakkını kötüye kullanmış sayılmalıdır.

Hakkın kötüye kullanılması görüşü doktrinde¹⁴⁸ eleştirilmiştir. Bu görüşe göre hakimin yapacağı uyarılmanın, hakkın kötüye kullanılması kuralına dayandırılmasına gerek yoktur. Hakkın kötüye kullanılması kuralı ancak bir hakkın kullanılmasının engellenmesini sağlayabilir; yani uyarılama sorununa kapsayıcı bir çözüm getiremez.

Bischoff'a¹⁴⁹ göre ise değişen koşulların sözleşmeye etkisi hususunda kanunda veya sözleşmede risk paylaşımına ilişkin bir düzenleme yoksa, sözleşmenin hakim tarafından uyarılmasına ilişkin mağdur tarafın ilkesel bir hakkı yoktur; bu husus bütünüyle hakimin takdir yetkisine dahildir. Değişen koşullara ilişkin adaletli bir risk dağılımı kuralı bulunmuyorsa, bu gibi riskleri hükme bağlamak için İMK m. l'den faydalanılabilir. Bu hüküm

¹⁴⁵ Merz, 1942: 508; Keller ve Schöbi, 1988: 255; Egger, 1930: 169; Widmer, 1971: 53 vd.; Deschenaux, 1986: 65; von Tuhr ve Escher, 1974: 171.

¹⁴⁶ BGE 59 II 372, 78; BGE 97 II 390, 398; BGE 101 II 17,19.

¹⁴⁷ Sulzer, 2002: 205; Wiegand, 1996: Art. 18 ORN. 123 vd.

¹⁴⁸ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 646.

¹⁴⁹ Bischoff, 1983: 177 vd.

hakime kanun koyucu gibi davranarak (modo legislatoris) mevcut olan kanun boşluğunu doldurma yetkisi tanımaktadır. Bu bakımdan sözleşmesel risk alanları dışında yer alan riskler clausula'nın uygulama alanına düşmektedir, bu nedenle de clausula rebus sic stantibus, Bischoff'a, göre niteliği itibarıyla bir kanun boşluğu doldurma işlemi olmak zorundadır.

İsviçre hukukunda geçmiş dönemlerde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temelini hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandıran içtihatlar da mevcut idi¹⁵⁰. Bu konuda Federal Mahkemenin tutumu sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olağanüstü bir değişiklik neticesinde borçlunun edimi ifa etmesi aşırı zorlaşmış ise, sözleşmeye aynen uyulmasını talep eden alacaklının, bu hakkını kötüye kullanmış olacağı yönünde idi. Ancak sözleşmenin uyarlanmasını hakkın kötüye kullanılması yasağına dayandıran görüşler ciddi eleştirilere uğramıştır¹⁵¹. Bu eleştirilerin odak noktası, hakkın kötüye kullanılması yasağının sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması imkanı vermemesidir. Bu bakımdan güncel içtihatlarda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli dürüstlük kuralı olarak benimsenir¹⁵².

2.2.2.2.4. Sözleşme Boşluğu Görüşü

Doktrinde bir görüşe göre, aşırı ifa güçlüğü durumunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, hakimin sözleşmedeki boşlukları doldurması durumunun özel bir görünüş şeklidir¹⁵³. Zira sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması için gereken şartların varlığı halinde, sonradan meydana gelmiş sözleşme boşluğu söz konusu olur¹⁵⁴. Bu durumda, hâkimin kendi koyduğu kurallara göre sözleşmeyi yeni duruma uyarlaması, ancak, ne kanunun ne de sözleşmenin uyarlama hususunda bir hüküm içermemesi halinde söz konusu olabilir¹⁵⁵.

Özellikle İsviçre doktrininde de yaygın olarak kabul edildiği üzere, sözleşmenin içeriğinde değişen şartlara ilişkin bir uyarlama kaydı bulunmuyorsa, sözleşmenin yorumlanmasıyla da böyle bir kaydın varlığını tespit edilemiyorsa sözleşmede boşluk vardır.

¹⁵⁰ BGE 97 II 390; BGE 135 II 295.

¹⁵¹ Jäggi ve Gauch, 1980: Nr. 626; Kramer ve Schmidlin, 1986: Nr. 327.

¹⁵² BGE 127 III 300.

¹⁵³ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18, Nr. 526, 620; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18, Nr. 322, 325; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2, Nr. 220.

¹⁵⁴ Akyol, 1995: 37 vd; Işıқтаç, 2007: 352. Hâkimin sözleşmedeki boşluğu doldurarak sözleşmeyi uyarlayacağı yönünde bk.. Schönle, 1993: 432 vd; Arat, 2006: 126, 129; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18, Nr. 591.

¹⁵⁵ “Sözleşmenin yorumlanması ve hatta sözleşmedeki boşluğun doldurulması sözleşmede yer alan denkleştirici adalet esasına bağlıdır. Larenz’ e göre sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında tamamlayıcı yorum değil düzeltici yorum kullanılacaktır”. Bk.. Larenz, 1963: 203. Karşı görüşte olan Tunçomağ, Larenz’in bu durumda düzeltici yorum ile bağlantı kurmasını eleştirmiş, sadece tamamlayıcı yorumun söz konusu olduğunu belirtmiştir. Bk.. Tunçomağ, 1966: 902 vd.

Bu tür boşluklara doktrinde “uyarlama boşluğu” yahut “intibak boşluğu” denmektedir¹⁵⁶. Uyarlama boşluğu halinde sözleşmede, sözleşme koşullarının sonradan taraflardan biri için katlanılamayacak derecede bozulması halinde, ortaya çıkacak rizikoya kimin katlanacağına ilişkin bir boşluk vardır. Yasal veya sözleşmesel bir uyarlama kuralı mevcut değilse, bu durumda uyarlamanın gerekli olup olmadığı ve bunun nasıl olacağına karar verme yetkisi hâkimindir¹⁵⁷. Hâkim sözleşmeyi tamamlayarak, düzelterek veya sona erdirerek uyarlamayı gerçekleştirebilir. TMK m. 4’te ifade bulan hâkimin takdir yetkisi, uyarlamayı ne şekilde gerçekleştireceğine ilişkin seçiminde hâkime dayanak oluşturur. Ancak sözleşmede uyarlama kaydının mevcut olması halinde artık bir boşluktan bahsedilemez.

Esasen İsviçre hukukunda uyarlamanın sözleşme boşluklarının hakim tarafından doldurulması faaliyeti olduğu yönündeki görüşlerin kaynağı, OR 373/II’deki eser sözleşmesindeki götürü bedelin hakim tarafından değişen şartlara uyarlanması hükmüdür. Buna göre sözleşme kurulması sırasında öngörülmeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan olağanüstü durumların meydana gelmesi, eser sözleşmesinin götürü bedel üzerinden yapılmasını engeller veya son derece zorlaştırırsa, yüklenici hakimden sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edebilir. Bu hükmün uygulama alanı bulabilmesi için meydana gelen durumun taraflarca öngörülmemiş veya göz önünde tutulmamış olması gerekir ki, bunun sonucu olarak sözleşmede bu duruma ilişkin bir düzenleme de yapılmamıştır. Bundan dolayı hakimden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmek, aslında hakimin doldurmaya yetkili olduğu bir boşluğun var olduğunu kabul etmek anlamına gelir¹⁵⁸.

Sonuç olarak İsviçre hukukunda birtakım yazarlarca kabul edildiği üzere, “hâkimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması” hâkimin sözleşmeyi tamamlamasının özel bir görünüm şeklidir¹⁵⁹.

¹⁵⁶ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18, N. 591; Bu konuda Kaplan, “intibak boşluğu” ifadesini kullanır. Kaplan, 1987: 129. “...Sözleşmenin yeni durumlara uyarlaması yapılırken önce sözleşmede, daha sonra kanunda bu hususta intibak hükümlerinin bulunup bulunmadığına bakılır. Sözleşmede ve kanunda hüküm bulunmadığı takdirde sözleşmenin değişen hal ve şartlara uydurulmasının gerekip gerekmeyeceği incelenir. Bazen de sözleşmede olumlu ve olumsuz intibak kaydı bulunmakla beraber, bu kayda dayanarak 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 bir nispetsizlik çıkmışsa uyarlama yine yapılmalıdır. İşlem temelinin çöküşüne ilişkin uyuşmazlıkların giderilmesinde kaynak olarak Medenî Yasanın 1,2 ve 4. maddelerinden yararlanılacaktır. İşlem temelinin çöktüğünün dikkate alınması dürüstlük kuralının gereğidir. Diğer bir anlatımla, durumun değişmesi halinde sözleşmede ısrar etmek dürüstlük kuralına aykırı bir tutum olur. Değişen durumların sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur...” Yarg. 13. HD, 24.10.1994, 6791/9014, (kazancı)

¹⁵⁷ Winiger, 2003: Art. 18, s. 119.

¹⁵⁸ Tercier vd., 2016: 974.

¹⁵⁹ Wiegand, 1996: OR Art. 18 N. 59; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 N. 220 vd; Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 Nr. 639; Bischoff, 1983: 59 vd.

2.2.2.3. Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi Uyarınca Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması

İsviçre hukukunda Clausula rebus sic stantibus, sözleşmelerin değişen hal ve şartlara uyarlanmasına imkan veren bir teoridir. Kanunda açıkça düzenlenmeyen bu teori doktrinde ve içtihatla geliştirilmiştir¹⁶⁰. Bu teori uyarınca sözleşmenin içeriğine herhangi bir müdahalede bulunabilmek için öncelikle sözleşme kurulduğu andaki hal ve şartların değişmiş olması gerekir¹⁶¹. Bununla birlikte değişen hal ve şartlar belirli bir yoğunluk derecesinde sözleşmeyi etkilemelidir. Sözleşme ilişkisinin bu değişimden etkilenmesinin en önemli görünüş biçimi, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasıdır¹⁶². Sözleşmenin kurulması ile ilk başta var olduğu var sayılan edimler (edim-karşı edim) arasındaki denge ilişkisinin sonradan hal ve şartların değişmesinin etkisiyle bozulması, en temelinde edim ve karşı edim arasında dürüstlük kuralına aykırı bir uyumsuzluk olması gerekir¹⁶³. Buna karşılık edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmuş olduğunun somut olarak ne anlama gelmesi gerektiği ile ilgili, Federal Mahkeme'nin farklı değerlendirmeleri vardır. Federal Mahkeme bazı kararlarında¹⁶⁴ edimler arasındaki uyumun objektif olarak önemli ölçüde bozulmuş olmasının yeterli olacağını benimserken, bazı kararlarında ise alacaklının edimin yerine getirilmesi konusunda ısrar etmesinin açıkça hakkın kötüye kullanılması teşkil edecek şekilde edimler arasındaki dengenin bozulmuş olması gerektiğini aramıştır¹⁶⁵.

Aşırı ifa güçlüğüne neden olabilecek olay grupları genellikle savaş, ekonomik kriz, paranın devalüasyonu¹⁶⁶, mevzuat değişiklikleri, doğal afetler ve sosyal felaketler gibi toplumun tümünü etkileyen genele hitap eden olaylardır¹⁶⁷. Bu bakımdan meydana gelen olaylar bakımından genel ve öngörülemez nitelikte olması aranır. Ancak istisnai hallerde toplumun tümünü tehdit etmeyen fakat öngörülemez nitelikte olan yerel felaketler (örneğin fabrika yangını¹⁶⁸) gibi hallerde de aşırı ifa güçlüğünün kapsamına girer.

Her ne kadar işlem temelini çökmesi teorisi İsviçre hukukunda kabul görmese de, Alman içtihatlarında işlem temelini çökmesi bakımından yapılan tespitlerin benzerleri

¹⁶⁰ Baumann, 1998: Nr. 443.

Gauch vd., Nr. 1297; Jäggi ve Gauch, 1980: Nr. 620; Keller ve Schöbi, 1988: 254; Kramer ve Schmidlin, 1986: Nr. 272; Merz, 1962: Nr. 184; Wiegand, 1996: Nr.95.

¹⁶¹ BGE 97 II 398 f; BGE 100 II 349, BGE 122 III 98, Keller ve Schöbi, 1988: 257,

¹⁶² BGE 127 III 305; Kramer ve Schmidlin, 1986: Nr. 346; Wiegand, 1996: 106.

¹⁶³ “Edimler arasındaki denge ilişkisinin ciddi derecede bozulması” ve “edim-karşı edim arasında ciddi uyumsuzluk” kriterleri için Bk.. BGE 59 II 378; BGE 107 II 348; Jäggi ve Gauch, 1980: Nr 620.

¹⁶⁴ BGE 127 III 306; . BGE 104 II 317.

¹⁶⁵ BGE 122 III 98; BGE 107 II 348; BGE 101 II 19; BGE 97 II 398. Ayrıca BGE 100 II 349: “Eğer sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişikliklerden dolayı sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde borçludan edimin ifası beklenemiyorsa, edimler arasındaki denge ilişkisi bozulmuştur.”

¹⁶⁶ BGE 127 III 300; BGE 57 II 596; BGE 57 II 368; BGE 54 II 314; BGE 51 II 303; BGE 48 II 242.

¹⁶⁷ Bischoff, 1983: 181

¹⁶⁸ BGE 122 III 97.

İsviçre hukukunda da söz konusudur. Örneğin Federal Mahkeme, sonradan meydana gelen değişikliğin taraflarca öngörülemeyen olup olmadığının tespitinde sözleşmenin süresini dikkate alır. Federal Mahkemeye göre sözleşmenin kurulması ile şartların değişmesi arasındaki süre ne kadar uzun ise değişiklik o kadar öngörülemeyendir. Buna karşılık bu süre ne kadar kısa ise, değişiklik o derece öngörülebilirdir¹⁶⁹.

Aynı şekilde işlem temelinin çökmesi için yapılan edimler arasındaki dengesizliğin oranlanması, Federal Mahkeme kararlarında da söz konusu olur. Nitekim Federal Mahkeme bir kararında sözleşmedeki edimin yerine getirilebilmesi için gereken masrafların % 60 artması halinde sözleşmenin uyarlanması gerektiğine hükmetmiştir¹⁷⁰.

Uyarlamada öncelikle göz önünde bulundurulması gereken husus sözleşme hükümleridir. Bunun yanında tamamlayıcı hukuk kuralları ise ikinci sırada göz önünde bulundurulmalı; tarafların farazi iradeleri ise üçüncü sırada göz önünde bulundurulmalıdır¹⁷¹. Buna karşılık hakim sözleşmeyi uyarlarken bu durumları sadece göz önünde bulundurur; bunlarla sınırlı olarak karar vermez. Nitekim hakim sözleşmeyi kendi takdirini kullanarak uyarlar¹⁷².

Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya uyarlama bir taraf açısından katlanılamaz olması halinde borçlu sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir. Sürekli borç ilişkilerinde ise bunun yerini fesih hakkı alır. Bu konuda mahkeme kararına gerek olmayıp, tek taraflı bir irade beyanı ile bu hak kullanılabilir¹⁷³.

2.2.2.4. Değerlendirme

İsviçre hukukunda sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasının hukuki temeli açısından Alman hukukundan ciddi görüş ayrılıkları mevcuttur. Ayrıca İsviçre hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması açısından doktrinde bir terim birliği de yoktur. İsviçre Hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda somut bir teorinin olmamasının sonucu olarak bu kurum farklı terimlerle açıklanmaya çalışılmıştır. Bu kapsamda sözleşmenin düzeltilmesi, sözleşmenin uyarlanması, emprevizyon terimlerinin yanı sıra, sıklıkla "clausula rebus sic stantibus" sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını ifade etmek üzere kullanılır.

Yukarıda açıklandığı üzere, clausula rebus sic stantibus bugün hukuki açıdan önemini korumaktadır. Ancak hukuki temel olarak, sözleşmede yer alan koşulların değişmeyeceğine

¹⁶⁹ BGE 127 III 300.

¹⁷⁰ BGE 60 II 205.

¹⁷¹ BGE 127 III 307

¹⁷² BGE 127 III 307

¹⁷³ BGE 48 II 125.

ilişkin bir zımni şartı kabul eden bu teori artık bu anlamda geçerli değildir. İsviçre hukukunda da, bu terim sıklıkla kullanılmakla beraber, hukuki temeller aşağıda görüleceği gibi oldukça farklıdır. Bu nedenle İsviçre hukukunda da, değişen şartlara uyarlanmanın bu kavram adı altında düşünülmesinin sakıncalarına dikkat çekilmiştir¹⁷⁴.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına imkan veren doktrindeki görüşler ve içtihatlar, sözleşmenin uyarlanmasını farklı hukuki temellere dayandırır¹⁷⁵. Bu görüşler içerisinde en ilgi çekici olanı ve çalışmamız bakımından önem arz eden görüş, sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının sözleşmedeki boşlukların tamamlanması faaliyeti olduğunu savunan görüştür¹⁷⁶. Bu bakımdan İsviçre'de baskın görüş¹⁷⁷ sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını, sözleşmenin tamamlanması sorunu olarak ele almaktadır; sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması sözleşmede bulunan uyarlama(intibak) boşluğunun doldurulması suretiyle olur (gerichtliche Vertragsanpassung=Vertragserganzung).

Bu görüşlerde belirtilen husus, sözleşmenin uyarlanmasından önce ilk olarak sözleşmenin taraflarının farazi iradelerinin araştırılması gerektiğini, eğer farazi iradeye ulaşılamıyorsa veya herhangi bir nedenle farazi iradenin araştırılması gerekmiyorsa (mesela farazi iradelerin yorumu sonucunda hakkaniyete ve dürüstlük kuralına aykırı bir sonuca ulaşıyorsa) bu durumda sözleşmenin hakimin dürüstlük kuralına göre kendi koyacağı kurallara göre uyarlanması gerektiğidir. Burada hakimin kendi koyacağı kurallarla sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması, sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulması faaliyetidir¹⁷⁸. Sözleşmede uyarlamaya ilişkin bir boşluk olduğu ve bu boşluğun hakim tarafından doldurulmasının gerektiğini savunan bu görüşe göre, sözleşmedeki boşluk yeni ortaya çıkan durumun taraflarca öngörülememesinden kaynaklanır. Koşulların sonradan değişmesi ile oluşan durumun, taraflarca sözleşmenin kuruluşu aşamasında göz önüne alınmamış ve bu nedenle de düzenlenmemiş bir durum olmasının neticesinde bir uyarlama boşluğu (Anpassungslücke) doğar. Sözleşmelerin uyarlanması ise sonradan ortaya çıkan bu boşluğun

¹⁷⁴ Pichonnaz, 1997: N. 1378; Guhl vd., 2000: § 38 Nr. 25.

¹⁷⁵ Honsell vd., 2003: Art. 1-529.

¹⁷⁶ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 25; Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 116; Gauch vd., 2003: Nr. 1293; Huguenin-Jacobs, 2006: Nr. 289.

¹⁷⁷ Gauch vd., 2003: Nr. 1261; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 533.

¹⁷⁸ Kaplan, 1987: 129 -130; Eren, 2016a: 440-441; Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 N. 593; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 297, Nr. 322; Wiegand, 1996: OR Art. 18 Nr. 116; Gauch vd., 2003: N. 1293; Yargıtay da bazı kararlarında sözleşme boşluğu görüşünü kabul eder. YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599 "Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (MK m. 1) Bu yöntemle sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi yahut değişen şartlara uyarlanması denilir." (Kazancı); Aynı yönde bir başka karar için, bk.. Yarg. 14. HD. 06.07.2006, YKD s. 698-701.

hakim tarafından doldurulmasıdır ve bu boşluk genel olarak sözleşme boşluklarının tamamlanmasında olduğu gibi hareket edilerek doldurulmalıdır¹⁷⁹.

Buna karşılık, sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulması suretiyle uyarlama yapılması, olağan sözleşme boşluklarının doldurulması faaliyetinden ayrılan nitelikli bir boşluk doldurmaktır; zira burada koşulların değişmesi ile sonradan meydana gelen bir uyarlama boşluğu vardır ve hâkimin amacı sözleşmeyi tamamlamaktan ziyade sözleşmeyi düzeltmektir. Sözleşmenin uyarlanması faaliyetinde bulunurken hakim hem uyarlama boşluklarını doldurur hem de sözleşmedeki edimler arasındaki denge ilişkisini yeniden sağlayarak sözleşmeyi düzeltir; bu nedenle “düzeltici bir boşluk doldurma”nın olduğu kabul edilmelidir.

Bu uyarlama boşluğunun ne zaman ve nasıl doldurulması gerektiği doktrinde¹⁸⁰ belirtilmiştir. Sözleşmede veya kanunda, olumsuz bir uyarlama hükmü söz konusu ise artık bir uyarlama boşluğundan bahsedilemez. Diğer bir deyişle yasal veya sözleşmesel risk dağılımına göre koşullarda meydana gelen değişikliklerden dolayı sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmayacağına ilişkin olumsuz uyarlama hükümleri getirilmek suretiyle çözüme ulaşıyorsa, bu durumda bir uyarlama boşluğundan bahsedilemez. Buna karşılık somut olaydaki özellikler göz önünde bulundurularak yapılacak olan değerlendirmede sözleşmenin uyarlanmasının kabul edilmesi gerekebilir. Bu husus yukarıda da açıklamış olduğumuz “uyarlama kayıtlarının yorumlanması” sorunudur. Nitekim sözleşmenin hiçbir şekilde değişen şartlara uyarlanmayacağına ilişkin olumsuz uyarlama kayıtları da sözleşmenin içeriğine ilişkin bir düzenlemedir ve bu nedenle bu kayıtların da uyarlanması söz konusu olabilir. Aynı şekilde sözleşmenin uyarlanmayacağına ilişkin bir kanuni düzenleme olması halinde yine de hakkaniyetin gerektirdiği hallerde sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olduğunun kabul edilmesi gerekir.

Bu kapsamda hakim her ne kadar yasal ve sözleşmesel risk dağılımına göre sözleşmenin uyarlanmayacağına ilişkin düzenlenmesine rağmen daha adaletli bir sonuç doğuracağından dolayı uyarlamaya karar vermek isterse, öncelikle bu kuralı bertaraf edebilmek için hakkın kötüye kullanılması kuralında yola çıkabileceği İsviçre hukukunda savunulur. Sözleşmede ortaya çıkan yeni duruma ilişkin bir hüküm yoksa, hakim uyarlama boşluğunu doldururken sözleşmede yer alan risk dağılımı ilkelerini dikkate alarak bunları kıyas yoluyla genişletip ortaya çıkan yeni duruma göre boşluğu doldurabilir. Sözleşmede

¹⁷⁹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR N. 591-594; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR N. 297 ve N. 322; Wiegand, 1996: Art. 18 ORN. 116; Gauch vd., 2003: N. 1293.

¹⁸⁰ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR N. 591-594; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR N. 297 ve N. 322; Wiegand, 1996: Art. 18 ORN. 116; Gauch vd., 2003: N. 1293.

olaya uygulanabilecek herhangi bir risk paylaşımı ilkesi bulunmuyorsa, hakim dürüstlük kuralına uygun şekilde tarafların farazi iradelerine ulaşmaya çalışır¹⁸¹. Bu kapsamda hakim, tarafların sözleşmenin kuruluşu aşamasında, sonradan değişen bu koşulları bilselerdi ne şekilde hareket ederlerdi sorusuna cevap arayarak sözleşmedeki bu boşluğu doldurur.

Hakim sözleşmede yer alan uyarlama boşluğunu doldururken, somut sözleşme ilişkisini de dikkate almalı ve bu boşluğu tarafların farazi iradelerine göre doldurmalıdır.

Sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulması suretiyle sözleşmenin uyarlanması sırasında hakimin faaliyetleri genel olarak “tamamlayıcı yorum” olarak ifade edilir¹⁸². Bu durumda tamamlayıcı yorum ile sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulmasında tarafların farazi iradelerinin araştırılması büyük önem taşır. Fakat bunun için sözleşmenin yazılı ve yazılı olmayan içeriğinden(diğer bir deyişle ruhundan) sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin bir dayanak noktasına ulaşılması gerekir. Ancak sözleşmenin içeriğinden çıkarılacak bir dayanak noktasının varlığı halinde tarafların farazi iradelerine dayanan tamamlayıcı yorum faaliyetlerinde bulunulabilir¹⁸³.

Sonuç olarak bu görüşe göre sözleşmenin içeriğinden uyarlamaya ilişkin bir dayanak noktası çıkarılması mümkün değil ise artık tarafların farazi iradelerinden yola çıkan sözleşmenin tamamlayıcı yorumundan bahsedilmez. Bu durumda sözleşme hakim tarafından dürüstlük kuralı çerçevesinde verilecek hüküm uyarınca uyarlanır. Bu kapsamda hakimin sözleşmeyi uyarlarken kullanacağı araçların içerisine somut olaydaki özellikler, tarafların karşılıklı menfaatleri ve sözleşmenin amacı, işin mahiyeti gibi hususlar girer. Esasen sonradan değişen koşullar karşısında dürüstlük kuralı gereği taraflar bir araya gelip soruna çözüm bulmalıdırlar; nitekim dürüstlük kuralı değişen koşullar neticesinde tarafların yeniden müzakere etmesini gerektirir. Bu gerçekleşmediği takdirde hakimin hukuksal sonuçları belirlemesi söz konusu olur. Hâkimin sözleşmede yer alan uyarlama boşluğunu doldurması işlevinden çıkan en önemli sonuç, hakimin bunu yaparken sözleşme bağlamında hareket etmesidir. hakimin kararına dayanak olarak alabileceği hususlar, somut sözleşme ilişkisi ile bağlantılı hususlardır. Görüldüğü üzere bu görüş sözleşmenin uyarlanması için sözleşmenin içinde bir dayanak noktası aramaktadır.

Buna karşılık İsviçre hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli bakımından sözleşme boşluğu görüşü ile dürüstlük kuralı görüşü arasında sıkı bir ilişki

¹⁸¹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR N. 591-594.

¹⁸² Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR N. 591-594.

¹⁸³ Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 N. 593; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 297, Nr. 322; Wiegand, 1996: OR Art. 18 Nr. 116 vd.

vardır¹⁸⁴. Ancak gözden kaçırmamak gerekir ki, yukarıda incelediğimiz sözleşme boşluğu görüşünü savunan yazarlar da, sözleşmede yer alan uyarlama boşluğunun tamamlanmasının dürüstlük kuralı uyarınca yapılmasını belirterek, sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelinde dürüstlük kuralını göz ardı etmezler. Buna karşılık sözleşmedeki uyarlama boşluğunun doldurulması suretiyle uyarlama yapılması sırasında hakimin dürüstlük kuralı çerçevesinde karar vermesi beklenirken, bu görüş taraftarlarınca, sözleşmede yer alan uyarlama boşluğunun doldurulmasının gerekçesi bizatihi dürüstlük kuralı olarak değerlendirilir¹⁸⁵. Sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan değişiklikler sonucunda mağdur olan taraftan sözleşmeye o şekilde devam etmesinin beklenmesi dürüstlük kuralına aykırı olacak ise sözleşme uyarlanmalıdır.

İsviçre doktrininde, Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini açıklayan görüşler içerisinde kabul edildiğini söylemek mümkün değildir¹⁸⁶. Nitekim İsviçre hukukuna göre işlem temelinin çökmesi teorisi, bir Alman hukuku teorisi olarak değerlendirilir. Özellikle Bischoff bu teoriyi kesin bir dille reddedip, İsviçre sözleşme hukukunun yapısına aykırı bulur ve hukuk güvenliğini tehdit eder nitelikte görür. Hatta Alman hukukundan farklı olarak, "işlem temeli" kavramının İBK m. 24'de düzenlenmiş olmasını da, görüşünü destekleyen bir gerekçe olarak sunar¹⁸⁷.

İsviçre hukukunda, işlem temelinin çökmesi kavramı kural olarak Alman hukuku bağlamında kullanılır ve İsviçre doktrininde kabul edilen görüşlerle ortak yönlerinin bulunması nedeniyle zaman zaman bunlarla birlikte anılmaktadır. Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin sadece sözleşmelerin uyarlanmasını değil, temel hatasını da (BGB § 313/II) kapsadığı; oysa İsviçre hukukunda bunların ayrı kurumlar olduğu, sadece teorik temellerinin büyük ölçüde benzer olduğu da belirtilir. Gerçekten de, Alman işlem temelinin çökmesi teorisi, İsviçre-Türk hukukundan farklı olarak, işlem temeli haline gelen temel tasavvurların boşa çıkması hallerinde de uyarlamaya imkan tanıyarak temel hatasını da kapsar. Bu kapsamda temel hatası Alman hukukunda işlem temelinin baştan eksikliği olarak (Fehlen der Geschäftsgrundlage) ifade edilir. İşlem temelinin baştan eksikliği açısından da uyarlama sonucu geçerlidir; oysa İsviçre-Türk hukukunda bir irade bozukluğu hali olan temel hatasının sonucu sözleşmenin uyarlanması değil iptal edilebilirliktir.

¹⁸⁴ Honsell vd., 2003: Art. 2 ZGB Nr. 19; Bischoff, 1983: 191; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 181 vd.

¹⁸⁵ Bk.. Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 591-594; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 297 ve N. 322; Wiegand, 1996: Art. 18 OR Nr. 116; Gauch vd., 2003: Nr. 1293; Pichonnaz, 1997: Nr. 1395.

¹⁸⁶ Wiegand, 1996: Art. 18 OR Nr. 97.

¹⁸⁷ Bischoff, 1983: 202.

Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanının İsviçre hukukuna göre daha geniş çaplı olması da, bu görüşün İsviçre'de kabul edilmeyişin bir başka gerekçesidir. Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi sadece sosyal felaket niteliğindeki olaylarla sınırlanmamıştır¹⁸⁸.

İsviçre hukukunda ileri sürülen bu görüşlerin Türk hukuku açısından önemi ve etkisi mutlaka göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak doktrin ve içtihatlar da sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda İsviçre sisteminden ayrıldığımızı dikkat etmek gerekir. Nitekim İsviçre'deki gelişimin aksine, Türk hukuk öğreti ve uygulaması Alman işlem temelinin çökmesi teorisini reddetmemiş aksine TBK m. 138'de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temeli olarak kabul etmiştir.

Başta aşırı ifa güçlüğü olmak üzere sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda Türk hukuku ile İsviçre hukukunun ayrıldığı nokta, yani bu sorunun kanuni düzenlemeyle çözüme kavuşması, İsviçre doktrininin de gözünden kaçmamıştır. Nitekim sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda kanuni düzenleme yapılması yönündeki eğilim İsviçre açısından da geçerlidir. Bu doğrultuda borçlar kanunu reform çalışmalarında sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin düzenlemeler yapılmıştır. Bu husus reform çalışmasında (Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil) madde 19'da "Koşulların Değişmesi (Veränderung der Umstände)" başlığı altında düzenlenmiştir. Söz konusu düzenlemeye göre *"Koşullarda meydana gelen öngörülemez bir durum değişikliği nedeniyle sözleşmenin taraflarından birisinden borcunu ifa etmesinin beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, hakim sözleşmenin uyarlanmasına veya sona erdirilmesine karar verebilir"*¹⁸⁹.

Tasarı 'da yer alan hükmün niteliği itibarıyla İsviçre hukukunda geliştirilen "clausula rebus sic stantibus teorisi" nin uygulamada ve doktrinde ileri sürülen görüşlerden faydalanılarak oluşturulduğunu söyleyebiliriz¹⁹⁰.

Görüldüğü üzere, söz konusu düzenleme uyarınca sözleşme yapıldıktan sonra koşullarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmenin taraflarından birinin borcunu ifa etmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecek ise, hakim sözleşmenin uyarlanmasına veya sona erdirilmesine karar verebilir.

Bu bakımdan Tasarıdaki "şartların değişmesi halinde sözleşmenin içeriğine müdahale"nin şartlarından ilki sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların değişmesidir. Bu

¹⁸⁸ Wiegand, 1996; Art. 18 OR Nr. 97; Bischoff, 1983: 202 vd.

¹⁸⁹ "OR 2020, Art. 19: Haben sich die Umstände nach Vertragsabschluss zu Lasten einer Partei in unvorhersehbarer Weise derart verändert, dass ihr nach Treu und Glauben die Erfüllung der Verpflichtung nicht mehr zumutbar ist, kann das Gericht den Vertrag anpassen oder aufheben".

¹⁹⁰ Bk.. Vogt, 2013; OR 2020 Art. 19, Nr. 10.

değişikliklerin niteliği itibariyle olağanüstü değişiklikler olması gerektiği düzenlemenin lafzından anlaşılamamaktadır. Bu bakımdan herhangi bir durum değişikliği sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi açısından yeterli olur. Ancak durum değişiklikleri, niteliği itibariyle öngörülemez nitelikte olmalıdır.

Tasarıda düzenlenen bir diğer husus ise, hem BGB § 313 düzenlemesi hem de TBK m. 138'de söz konusu olan “ifanın beklenemezliği” nin kabul edilmiş olmasıdır. Nitekim bu husus düzenlemenin lafzından da anlaşılmaktadır. Bu kapsamda koşullarda meydana gelen değişiklik neticesinde borçludan borcunu ifa etmesinin dürüstlük kuralı çerçevesinde beklenemez olması aranmaktadır. Elbette burada sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi talebinde bulunma hakkı, sadece sözleşmede borçlu olarak bulunan tarafa verilen bir hak değil, sözleşmenin her iki tarafının da kullanabileceği bir haktır.

Reform çalışmasındaki düzenlemenin Türk hukukunda düzenlenen aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138 hükmünden ayrıldığı noktaların başında ise, uyarlama talep etme hakkının niteliğine ilişkindir. Nitekim aşağıda inceleneceği üzere, Türk hukukuna göre aşırı ifa güçlüğü hallerinde hakimden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etme hakkı söz konusu olup, değişen şartlara uyarlama talebi hakimden istenebilecek olan ve bu nedenle yenilik doğuran bir dava hakkı niteliği taşıyan bir haktır. Bu doğrultuda hakim uyarlamaya ilişkin olarak verdiği karar ise inşai bir karar niteliğindedir. Buna karşılık hakim sözleşmenin uyarlanmayacağına ilişkin kararı ise bir tespit hükmü niteliğindedir. Bundan başka hakim sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bulunmaz; sözleşmeden dönme veya fesih hakkının kullanılması taraflardan birinin irade beyanı ile oluşur. Dolayısıyla hakimden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etme hakkı ile uyarlamanın mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması niteliği itibariyle farklı haklardır. Ayrıca Türk hukukunda TBK m. 138 hükmünden de anlaşılacağı üzere uyarlama birincil olarak söz konusu olup, uyarlamanın mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme veya fesih söz konusu olur. Buna karşılık Reform çalışmalarındaki düzenlemeye göre ise, hakim sözleşmeyi uyarlaması veya sona erdirmesinden bahsedilmektedir. Bu bakımdan sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması veya sona erdirilmesi hakim tarafından gerçekleştirilir.

Söz konusu çalışma ile ilgili tartışmalar halen devam etse de, başta aşırı ifa güçlüğü halleri olmak üzere sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasına kanunen imkan tanınmasını sağlayan bir düzenlemenin İsviçre hukukunda da geçerli olması kanımızca isabetli olacaktır.

2.3. İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi

2.3.1. Genel Olarak

Alman hukukunda aşırı ifa güçlüğü kavramı, tarihsel gelişim içinde iki ana başlık altında toplanmıştır. Bunlardan ilki, aşırı ifa güçlüğüne yol açan şartların sonradan değişmesi halinde, tarafların gerçek iradelerini temel alan görüşlerdir ki bunlar Windscheid'in kayıt teorisi ve Oertmann'ın işlem temeli teorisidir. İkinci başlık ise, aşırı ifa güçlüğü'nün belirlenmesini, taraf iradelerinden bağımsız olarak, şartların değişmesi kavramını temel alan teorilerdir. Esasen bu iki başlık altında toplanan görüşlerin bu şekilde ayrılmasının nedeni, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeline objektif bir nitelik kazandırma çabasıdır. Zira ilk sırada gelen yazarlar aşırı ifa güçlüğü'nün tespitinde tarafların iradelerine yer vermek suretiyle sübjektif bir ölçüt getirmişlerdir. Buna karşılık taraflarca öngörülme-yen her hususun gerçekleşmesi halinde uyarlamanın kabulü, bu kavramın sınırlarını alabildiğine genişletir. Bu nedenle hal ve şartların değişeceğini öngörmenin beklenemez olması da gerekir. Bu durumda da objektif bir ölçüt söz konusu olur ve ne somut sözleşme tarafları ne de ilgili iş çevresindeki dürüst ve makul üçüncü bir kişi tarafından öngörülemeyecek olan değişiklikler bu kapsama girer.

Bu görüşlerden işlem temelinin çökmesi teorisi, uzun yıllar boyunca Alman doktrini ve mahkeme kararlarında tanınmış ve üzerinde uzun tartışmalar yapılmıştır. Nihayetinde 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe giren Alman Borçlar Hukuku Reformu Kanunu (Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) madde 313 hükmü (BGB § 313) ile kanunlaştırılmıştır. Esasen BGB' nin Avrupa Birliği yönergelerinin iç hukuka aktarılması çalışması olan Reform Kanunu, birçok köklü değişiklik içermesinin yanında, işlem temelinin çökmesi teorisini kanunlaştırması nedeniyle, aşırı ifa güçlüğü kavramına ilişkin Türk hukukuna model kanun olma özelliği taşımaktadır. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğüne ilişkin Alman hukukundaki halihazırdaki durumun daha iyi anlaşılması için, tarihsel gelişimi içerisinde ileri sürülen görüşlere de yer verilmesi gerekir.

2.3.1.1. Tarihsel Gelişim

2.3.1.1.1. Windscheid'in Kayıt (Voraussetzung) Teorisi

Alman hukukunda sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesi durumunda sözleşmeye müdahale edilmesinin hukuki temeli olarak klasik anlamdaki rebus sic stantibus ilkesi genel bir kabul görmemiş ve haklı eleştirilere uğramıştır. Ancak zaman içerisinde yaşanan savaşlar ve ekonomik sıkıntılar nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ihtiyacı giderek kendisini hissettirmiş fakat bu konuda uygulamadaki ihtiyacı

karşılamaya yönelik bir teori de söz konusu olmamıştır. Sözleşmenin uyarlanması hukuki bir temele oturtulması fikrini Windscheid tekrar dile getirilmiş ve kayıt (Voraussetzung) teorisini geliştirmiştir¹⁹¹.

Windscheid'in "voraussetzung" olarak ifade edilen teorisindeki kayıt kavrama, sözleşme kurulurken irade açıklamasında bulun tarafın bu iradesi yorumlanarak ulaşılır. Dolayısıyla tarafların iradeleri ön planda tutulur. Windscheid'e göre kayıt kavramı, irade açıklamasının hangi nedenle yapıldığına ilişkin olan ancak kendisine hukuki sonuç bağlanmadığı için önemsiz kabul edilen "saik" kavramı ile, kendisine hukuki sonuç bağlanan ve bu nedenle önemli olan "koşul" kavramı arasında bulunmaktadır. Burada kayıt, iradeyi belirleyen etmenlerden birisidir ve irade açıklamasının bir parçasıdır; ancak kişi irade açıklamasını açıkça kayda bağlamaya gerek duymamıştır. Buna karşılık kişi, gerçek hayattaki durum ile kayıt olarak tasavvur ettiği durumun uygun olması kaydıyla hukuki işleme girer. Bu durumda ortada kayıt olarak tabir edilen ve kişinin iradesini etkileyen bir tasavvur söz konusudur; fakat bu irade koşula bağlı hukuki işlemlerdeki gibi bir "koşula" bağlanmamıştır¹⁹².

Kayıt olarak tasavvur edilen durumlar, sözleşme ilişkisine giren taraf açısından koşula benzemektedir; ancak bu durumlar açıkça koşula bağlanmamıştır. Bir düşüncenin koşula bağlanması için bu düşüncenin gerçekleşmesi veya gerçekleşmemesi konusunda kişinin bir şüphesi bulunur. Bir şüphe söz konusu olduğu içindir ki, kişi bu düşüncesini sözleşmede koşula bağlar. Bu durumda kayıtlar, kişinin sözleşme yaparken gerçekleşmesi hususunda şüpheye düşmediği, dolayısıyla hukuken koşul haline gelmeyen fakat gerçekleşeceğini bilseydi sözleşme ilişkisine girmeyecek olduğu durumlardır. Bu nedenle tarafların hukuki ilişkinin halihazırdaki ve gelecekteki durumu ile ilgili düşüncelerini oluşturan kayıtlar, sözleşmeye bir koşul olarak konmamış olsa da önemlidir¹⁹³.

Windscheid'in teorisine göre kayıtlar, koşul haline ulaşmamış tasavvurlar olmakla birlikte, irade açıklamasının nedenini oluşturan saiklerden de farklıdır. Zira saikler, kişinin hangi nedenden dolayı sözleşme yapmak istemesi ile ilgilidir. Buna karşılık kayıt niteliğindeki düşünceler ise, bu durum var olmaksızın sözleşme yapmak istenmemesi ile

¹⁹¹ Windscheid'in bu teorisi, her ne kadar Alman Hukukunda pek itibar görmemiş olsa da, Oertmann'ın işlem teorisi görüşünün doğmasına önemli katkılarda bulunmuştur. Türk hukukunda ise, bu teoriye karşılık gelmek üzere, doktrinde farklı tanımlamalar kullanılmıştır. Bu konuda Topuz "kayıt teorisi" kavramını kullanırken, Serozan ve Baysal "gerek" teorisini kullanmaktadır. Bk.. Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20, Nr 1; Baysal, 2017: 39; Topuz, 2009: 26; Edis ise bu konuda kayıt anlamına karşılık gelmek üzere "Voraussetzung" kavramını kullanmaktadır. Bk.. Edis, 1973: 65. Her ne kadar "gerek" kavramı da terimsel olarak doğru bir tespit olmakla birlikte, koşul ve saik kavramları arasındaki farkın daha iyi anlaşılması açısından çalışmamızda "kayıt" kavramını kullanmayı tercih ediyoruz.

¹⁹² Windscheid ve Kipp, 1906: 256; Windscheid, 1850: 9.

¹⁹³ Windscheid, 1850: 163; Gürsoy, 1950: 15; Topuz, 2009: 26; Baysal, 2017: 40.

ilgilidir. Kaydın irade açıklamasının bir parçası olmasını ve iradeyi belirleyen etmenlerden biri olmasını sağlayan özelliği de budur. Kaldı ki, saiklerin sözleşmenin karşı tarafınca bilinip bilinmemesi önemli olmayıp, hukuken de önem arz etmez. Buna karşılık, kayıt haline gelen tasavvurların muhatap tarafından bilinebilir olması gerekir. Diğer bir deyişle, bir düşüncenin sözleşmenin taraflarından biri açısından kayıt olarak kabul edilebilmesi için, bu kayıt gerçekleşmeksizin bu kişinin hukuki işleme katılmayacağını, karşı tarafça bilinebilir olması gerekir. Burada önemli olan, irade açıklamasında bulunan tarafın iradesi yorumlandığında, kayıt özelliği arzeden durumun gerçekleşmeyeceğini bilmesi halinde, bu irade açıklamasında bulunmayacağını anlaşılmıştır¹⁹⁴.

Yukarıda açıkladığımız üzere, kayıt ile koşul arasındaki farklardan biri de, koşulların gerçekleşeceği konusunda hukuki işlemin tarafının bir şüpheyne sahip olduğu ve bu nedenle koşulun ileri sürülmüş olduğudur. Ortada bir olayın gerçekleşeceğine dair şüphe bulunmasından dolayıdır ki, kişi bu durumu kayıt olarak düşüncesinde saklı tutmaz ve bir koşul haline getirerek açıkça irade açıklamasında bulunur. Tasavvur halindeki kayıtlar ise bir koşul şekline gelmemiş olduğu için, irade açıklamasında bunlardan bahsedilmez. Bu nedenle tasavvurların beklendiği gibi gerçekleşmemesi halinde ortaya çıkan durum her ne kadar irade açıklamasında bulunan kişinin gerçek beyanına uygun olsa da, onun asıl iradesine uygun değildir. Windscheid'e göre bu durumda görünüşte hakkaniyet söz konusu olsa da, gerçekte bir haksızlık söz konusu olur ve irade açıklamasında bulunan taraf bu iradesi ile bağlı olmaz¹⁹⁵.

Sözleşme ilişkisi içerisine giren tarafın irade açıklamasına etki eden fakat gerçekleşmesi hususunda bir şüphe duymamasından dolayı koşula bağlamadığı fakat karşı tarafça bilinebilir olan kayıtların ne olabileceğini somut bir örnekle açıklamakta fayda var. Bu hususta en meşhur örnek "taç giyme davaları (coronation cases)" olarak bilinen olaydır. Söz konusu olayda¹⁹⁶ taç giyme merasimi için yapılan geçit törenini izlemek için caddeye manzarası olan balkonlar yüksek fiyattan kiraya verilir. Fakat tören sonradan iptal edilir ve kiracının çok yüksek bir fiyatla yapmış olduğu sözleşmede beklediği menfaat gerçekleşmez, diğer bir deyişle kiracı bakımından sözleşme amaçsız kalır. Bu olayda tarafların gerçek iradeleri söz konusu balkonun kiralınmasıdır. Ancak yüksek fiyat üzerinden yapılan bu sözleşmenin geçit törenini izlemek için yapıldığı ve bu tören olmasaydı bu sözleşmenin yapılmayacağı, en azından yüksek fiyat belirlenmeyeceği her iki tarafça da bilinebilir haldedir. Burada kiracının irade açıklamasında "kayıt" olarak tasavvur ettiği nokta geçit

¹⁹⁴ Windscheid, 1850: 162 vd.

¹⁹⁵ Windscheid, 1850: 279.

¹⁹⁶ Krell vs Henry (1903) 2 KB 740 s. 752.

töreninin gerçekleşmesidir. Ancak bunun gerçekleşmeyeceği konusunda bir şüphe duymadığı için açıkça belirtmek ve bir koşul haline getirmek söz konusu değildir. Buna rağmen bu kayıtların gerçekleşmeyecek olması halinde kişi sözleşme ilişkisine girmeyecektir. Ayrıca bu husus sözleşmenin karşı tarafınca da bilinmektedir.

Windscheid'in kayıt teorisi, tasavvur olarak düşünülen durumlar ile, kişiyi sözleşme yapmaya iten neden olan saikler ve sözleşmede ileri sürülen koşullar arasında belirgin bir ayrım içermemesi nedeniyle haklı eleştirilere uğramıştır. Bu eleştirilerdeki ortak nokta, kayıt olarak düşünülen beklentilerin gerçekleşmediği her halde sözleşmenin sona erdirilmesinin bu teorenin sınırlarını oldukça geniş ve belirsiz hale getireceği, bu suretle işlem güvenliğine zarar vereceğidir¹⁹⁷. Ayrıca bu teoride açıklanmaya muhtaç olan bir diğer mesele, koşulların sonradan değişmesi nedeniyle aşırı ifa gücüne neden olacak bir olayın, irade açıklamasında bulunan kişi tarafından kayıt olarak hiç düşünülmemiş olması halinde ne olacağıdır¹⁹⁸.

Her ne kadar Windscheid' in teorisi ciddi eleştirilere maruz kalmış ve Alman kanun koyucusu tarafından da kabul görmemiş olsa da, bu teorenin eksiklerini tamamlamak amacıyla Oertmann, işlem temeli teorisini geliştirmiştir. Bu doğrultuda kayıt teorisi, işlem temelinin çökmesi teorisinin gelişme sürecine önemli bir katkıda bulunmuştur.

2.3.1.1.2. Oertmann'ın İşlem Temeli (Geschäftsgrundlage) Teorisi

Clausula rebus sic stantibus ilkesi işlem güvenliği ilkesine önemli ölçüde zarar vermesi gerekçesiyle Alman hukukunda kabul görmemiş, Windscheid' in geliştirmiş olduğu kayıt teorisi de, taraf iradesini ön planda tutması ve kayıt haline gelen tasavvurların sözleşmenin karşı tarafınca bilinebilir olması gibi belirsiz unsurlar içermesi nedeniyle haklı olarak eleştirilmiş ve hemen hemen hiç uygulama alanı bulmamıştır. Buna karşılık Birinci Dünya Savaşının getirmiş olduğu sıkıntılar nedeniyle siyasi, ekonomik ve sosyal krizler ortaya çıkmış, buna bağlı olarak yüksek enflasyon, kur değişiklikleri, ekonomik alanda getirilen çeşitli yasaklar piyasaları derinden sarsmıştır. Böyle bir ortamda, Alman Medeni Kanunu'nda açık bir düzenleme bulunmamasına rağmen, hal ve şartların değişmesi nedeniyle sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin bir düzenleme ihtiyacı günden güne önem kazanmıştır. İşte bu ortamda Oertmann'ın "işlem temelinin çökmesi teorisi" ile sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temeline ilişkin tartışmalar yeniden gündeme gelmiştir.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Oertmann'ın işlem temeli teorisi, Windscheid'in kayıt teorisine yöneltilen eleştirilerden yola çıkılarak geliştirilmiştir. Oertmann "işlem temeli" ni kişinin hangi nedenle irade açıklamasında bulunduğunu gösteren saikler olarak nitelendirir.

¹⁹⁷ Larenz, 1963: 6.

¹⁹⁸ Windscheid' in teorisine ilişkin eleştirilerle ilgili ayrıntılı bilgi için Bk.. Topuz, 2009: 28 vd.

Bu saik, irade açıklamasının temelini oluşturur ve muhatap tarafından gerçek anlamda bilinmesi ve açık veya örtülü olarak kabul edilmesi gerekir. Böylelikle kişinin irade açıklamasının temelini oluşturan saik, muhatap tarafından gerçekten biliniyorsa ve sessiz kalmak suretiyle dahi olsa kabul ediliyorsa, muhatapın buna karşı çıkmaması gerekir. Böylelikle sözleşmede taraflarca düşünülen saikler tek taraflı olarak bir kişinin düşüncelerinde yer almayıp, muhatap tarafından da bilinir ve açık ya da örtülü olarak kararlaştırılmış olur. Ayrıca bu saiklerin işlem temeli haline gelmesi için sadece irade açıklamasında bulunan tarafın iradesi değil, muhatapın da düşünceleri esas alınır¹⁹⁹.

Oertmann'a göre işlem temeli, irade açıklamasında bulunan kişiye ait olan ve muhatap tarafından bilinen ve sessiz kalınan düşüncelerdir. Bu düşünceler irade açıklamasında bulunan kişinin işlem temelini oluşturur ve Windscheid'in teorisinden farklı olarak irade açıklaması alanında değil tarafların karşılıklı düşünce alanında ortaya çıkar. Diğer bir deyişle, işlem temeli tarafların ortak düşünceleridir. Bu düşünce bir tarafın işlem temelini oluşturmuş ve diğer tarafça bu durum gerçekten bilinip, itiraz edilmemiştir²⁰⁰.

Bu bakımdan işlem temeli, sadece irade açıklamasında bulunan kişinin gerçekleşmesine şüpheyle bakmadığı ve bu nedenle koşul olarak ileri sürmediği tasavvurlardan ayrılmaktadır. Burada sözleşmenin bir tarafının iradesinin oluşumuna etki eden saikler, sözleşmenin karşı tarafınca da bilinmekte ve en azından sessiz kalmak suretiyle dahi olsa kabul edilen (itiraz edilmeyen) hususlardır.

Sözleşmenin kurulması sırasında taraflardan birine ait olan düşünceler, tıpkı kayıtlar gibi tek taraflı bir saiktir. Ancak niteliği itibariyle irade açıklamasından bağımsız bir düşüncedir. Bu düşünceler muhatap tarafından bilinip de itiraz edilmediği takdirde işlem temeli haline gelir. Keza tarafların bir durumun ortaya çıkacağı konusunda ortak bir düşünceyi paylaşmaları halinde de işlem temeli oluşur.

İşlem temeli teorisi, dürüstlük kuralının özel bir uygulama alanıdır. Borçlu ancak dürüstlük kuralı çerçevesinde borcunu yerine getirmekle yükümlüdür. Somut olayda işlem temelini çökmesi halinde ise, borçludan borcunu yerine getirmesinin istenmesi, dürüstlük kuralına aykırı olacağından sözleşmeye müdahale edilmesi gerekmektedir²⁰¹. Diğer bir deyişle sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların değişmesi, işlem temeli haline gelmiş olan bir hususla ilgili olarak ortaya çıkarsa işlem temelini çökmüş olduğu kabul edilir. Dolayısıyla borçlunun sözleşmeyle bağlı kalması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu nedenle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gerekir.

¹⁹⁹ Oertmann, 1921: 38; Topuz, 2009: 32 vd.

²⁰⁰ Oertmann, 1921: 137 vd.

²⁰¹ Oertmann, 1921: 138.

İşlem temeli, kişinin irade açıklaması ile ilgili olmadığından dolayı, sözleşmenin içeriğine dahil değildir. Eğer sözleşmenin içeriğine dahil olan bir husus olursa, bu durumda tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade açıklamaları ile bu konuda düzenleme yapmaları söz konusu olur ki bu durumda ortada işlem temeli değil, “koşul” bulunur. Zira koşul, irade açıklamasının bir unsurudur ve sözleşmenin içeriğine dahildir²⁰². Görüldüğü üzere burada koşul kavramı ile işlem temeli arasında kesin bir ayrım bulunur. Eğer bir husus tarafların açık veya örtülü olarak ortak iradeleri ile sözleşmenin içeriğine dahil edilmişse, bu durumda işlem temelinin bahsedilemez²⁰³. İşlem temeli haline gelen durumların sözleşmenin içeriğine dahil olmaması, BGB § 313 hükmünden de anlaşılır. Nitekim söz konusu hüküm uyarınca işlem temelinin çökmüş sayılması için, yasal ve sözleşmesel risk dağılımına ilişkin bir hükmün bulunmaması gerekir. Bundan anlaşılması gereken, tarafların sözleşmede risk dağılımına ilişkin düzenleme yapmaları, meydana gelecek olan rizikolara hangi tarafın katlanacağını belirlemeleri veya kanunda bu konuda bir hüküm bulunması halinde, işlem temelinin çökmesinden bahsedilemeyecek olmasıdır.

İşlem temeli teorisi, birçok yönden Windscheid’ın kayıt teorisinde eleştiri konusu yapılan eksikleri kapatmıştır. Özellikle taraflardan birinin gerçekleşmesini düşündüğü durumun, karşı tarafça bilinmesi gerektiği gibi belirsiz unsurları içermez. Burada bir tarafın işlem temeli olarak kabul ettiği durum, diğer tarafça bilinmekte ve sessiz kalmak suretiyle de olsa itiraz edilmemektedir. Dolayısıyla tarafların ortak düşünce alanında var olan bir işlem temeli karşımıza çıkar. Buradan çıkan ikinci sonuç ise, işlem temelinin muhatap tarafından gerçekten bilinmesinin yanında, bu konuda itiraz da etmemesidir.

Bu teori incelendiğinde ilk akla gelen soru, sözleşmenin bir tarafının işlem temeli olarak düşündüğü bir hususa, muhatap tarafından sessiz kalınmasının her halükarda kabul edildiğinin varsayılmasının doğru olup olmayacağıdır. Zira muhatap bu hususa itiraz etmemek anlamı dışında başka bir nedenle de (örneğin önemsiz hatta sözleşmenin içeriği açısından anlamsız görmesi gibi) sessiz kalabilir²⁰⁴. Ancak bu durum, muhatapın buna sessiz kalarak işlem temeli olarak kabul ettiği şeklinde anlaşılamaz. Kaldı ki, irade açıklamalarında dahi, iradenin muhatap tarafından kesin surette bilinmesi değil, bilinebilecek olması yeterli kabul edilirken, burada muhatap tarafından işlem temelinin gerçek anlamda bilinmesi öngörülür. Elbette işlem temelinin irade açıklaması ile bir ilişkisi bulunmaz ve bu nedenle sözleşmenin içeriğine de dahil değildir. Buna karşılık, sözleşmenin kurulması için en gerekli husus olan irade açıklamalarında, muhatapın beyan sahibinin iradesini gerçekten bilmesi

²⁰² Oertmann, 1921: 139.

²⁰³ Aynı yönde Bk.. Topuz, 2009: 32.

²⁰⁴ Topuz, 2009: 32 vd.

beklenmez. Bu durumda sadece Windscheid'in teorisindeki " taraflarca bilinir olma" unsurundaki belirsizliği gidermek amacıyla "gerçekten bilinmesi" unsurunu savunması, zorlayıcı bir yorumdur²⁰⁵.

Larenz²⁰⁶ de Oertmann'ın işlem temeli öğretisini sınırlı bir uygulama alanı olduğu gerekçesiyle eleştirmektedir. Bu doğrultuda sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesi durumunda ortaya çıkan olumsuz durum, irade açıklamasında bulunan kişi tarafından hiç düşünülmemiş ve işlem temeli olarak öngörülmemiş bir durum olabilir. Bunun doğal bir sonucu olarak bu olumsuz sonuç muhatap tarafından da gerçekten bilinmez. Dolayısıyla bu örnekte her ne kadar şartların değişmesi neticesinde olumsuz bir sonuç ortaya çıksa da, bu teoriye göre işlem temeli sayılmaz. Bu yetersizliğin sebebi, Oertmann'ın işlem temeli teorisinin de Windscheid'in kayıt teorisi gibi beyan sahibinin sübjektif düşüncelerini temel almasıdır²⁰⁷.

Larenz işlem temeli durumunu tanımlarken, Oertmann'dan farklı olarak, sözleşmenin kurulması sürecine etki eden tarafların ortak düşünceleri ile tarafların ortak düşüncelerinin dışında gelişen ve öngörülemez nitelikte olan değişiklikler arasında bir ayrım yapmaktadır. Larenz' e göre tarafların iradelerini etkileyen ortak düşünceleri "sübjektif işlem temeli", tarafların düşünce ve beklentilerinin dışında koşulların sonradan öngörülemez şekilde değişmesi ise "objektif işlem temeli" olarak kabul edilmelidir²⁰⁸.

Bu ayrım Larenz'in sübjektif işlem temelini açıklamaya yönelik taç giyme merasimi için yapılan geçit töreni örneğinden de anlaşılmaktadır. Bu örnekte olay, yukarıda değindiğimiz tahta çıkan kralın taç giyme merasimi kapsamında bir caddede yapılacak olan geçit töreni ile ilgilidir. Geçit töreninin yapılacağı yer ve zaman önceden belirlenmiş ve caddede bulunan ev sahipleri, cadde manzarası olan dairelerini izleyicilere kiralamıştır. Bu durumda ev sahiplerinin balkon ve pencerelerini kiralama sebebi de, izleyicilerin buraları kiralamalarının sebebi de söz konusu tören alayıdır. Bu durum her iki tarafça da bilinmektedir. Ancak geçit töreni sonradan iptal edilmiştir. Larenz'e göre burada sübjektif işlem temelinin çökmesi söz konusudur. Zira her iki taraf da bu sözleşmeyi, geçit töreninin belirlenen yerde ve zamanda gerçekleşeceği beklentisiyle yapmıştır. Bu olayda geçit töreninin gerçekleşmesi taraflar açısından sübjektif işlem temeli durumundadır²⁰⁹. Bu örnekten de anlaşıldığı üzere sübjektif işlem temelinin tarafların ortak düşünce ve beklentileri olduğu anlaşılmaktadır. Bu durumda sübjektif işlem temeli, muhatapın gerçekten bildiği ve sessiz

²⁰⁵ Larenz, 1963: 7 vd.

²⁰⁶ Larenz, 1963: 7.

²⁰⁷ Fikentscher, 1971: 9; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 47, Topuz, 2009: 34.

²⁰⁸ Larenz, 1963: 17, 54, 185.

²⁰⁹ Larenz, 1963: 50.

kalmak suretiyle dahi olsa itiraz etmediği bir durum değil, bizatihi, muhatabında iradesini etkileyen bir durumdur. Burada taraflar açısından sübjektif işlem temeli olan durum gerçekleşmeyecek olsaydı, bu sözleşmeyi yapmayacak olmaları söz konusu olur²¹⁰.

Buna karşılık, tarafların ortak düşünce ve beklentilerinden bağımsız olan ve ortaya çıkması halinde sözleşmenin amaçsız ve anlamsız olacağı objektif durumlar ise, objektif işlem temelini oluşturur. Bu durumda objektif işlem temeli, sözleşme kurulduğu andaki şartların, savaşlar, kur ve fiyat değişiklikleri gibi nedenlerle sonradan öngörülemeyecek şekilde değişmesi ile ilgilidir²¹¹. Bu durumlar taraflarca düşünülmemiş ve bu nedenle sözleşmede bir önlem alınmayan durumlardır. Bu durumda eğer sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması mümkün ise sözleşmenin içeriğine müdahale edilir, bu mümkün olmazsa sözleşme sona erdirilir.

İşlem temeli teorisine ilişkin bir diğer eleştiri ise Kegel tarafından yapılmıştır. Kegel'e göre işlem temeli konusunda öncelikle büyük/küçük işlem temeli ayrımı yapılmalıdır. Buna göre büyük işlem temeli taraflardan kaynaklanmayan ve alışlagelmiş olan sözleşmesel riskleri önemli ölçüde aşan ve enflasyon, deprem gibi her iki tarafı da etkileyen durumlardır²¹². Bunların dışında kalan, tarafların yanlış tasavvurları ise küçük işlem temelini oluşturur. Kegel'e göre sadece büyük işlem temeli olarak düşünülmesi gereken durumların gerçekleşmesi halinde sözleşmenin uyarlanması söz konusu olur.

Oertmann'ın işlem temeli teorisi, her ne kadar yukarıda belirtilen nedenlerle eleştirilere uğrasa da, Alman hukukunda geniş uygulama alanı bulmuş ve özellikle Alman İmparatorluk Mahkemesinin sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin kararlarına dayanak teşkil etmiştir. Bu teori, Alman Federal Mahkemesi tarafından da benimsenmiş, işlem temelini çökmesi halinde sözleşmeyle aynen bağlı kalınmasının beklenmeyeceği durumlarda sözleşmenin uyarlanması, buna imkan yok ise sözleşmenin sonra erdirilmesi, yerleşik içtihat haline gelmiştir.

2.3.2. BGB § 313 ve Alman Hukukundaki Durum

2.3.2.1. İşlem Temeli Teorisinde İleri Sürülen Görüşler Doğrultusunda BGB § 313 Hükümünde İşlem Temelinin Anlamı

İşlem temelini çökmesi teorisi, Alman hukukunda geliştirilmiş olup, ilk olarak Oertmann tarafından ileri sürülmüştür²¹³. Bu bakımdan BGB § 313 ile yasal düzenlemeye tabi

²¹⁰ Larenz, 1963: 49.

²¹¹ Larenz, 1963: 53.

²¹² Kegel, 1953: 200.

²¹³ Oertmann, 1921: 1.

tutulsa da, BGB'nin yürürlüğe girmesinden çok uzun zaman önceye uzanır ve geniş tartışmaları ve farklı isimler altında doktrin ve içtihat görüşlerini barındırır²¹⁴.

Klasik işlem temelinin çökmesi teorisinin gelişim sürecine en önemli katkıyı gerçekleştiren, şüphesiz Windscheid'in kayıt teorisidir²¹⁵. 19. yüzyılda Alman hukukunu etkisi altına alan Pandekt hukuk ekolünün en önemli temsilcilerinden biri olan Windscheid²¹⁶ kayıt (Voraussetzung) teorisini ortaya koymuş fakat bu teori uygulamada büyük tartışmaları da beraberinde getirirken, hemen hemen hiç kabul görmemiştir. Fakat işlem temelinin çökmesi teorisinin gelişimine en önemli katkıyı Windscheid'in teorisinin yaptığı kuşku götürmez²¹⁷.

Windscheid'in kayıt (Voraussetzung/Presupposition) teorisinin temelini teşkil eden kayıt kavramı bu teori kapsamında gelişmemiş bir şarttır (unentwickelte Bedingung/undeveloped condition). Bu kapsamda iradeyi belirleyen durumlardan birisi olan fakat kişinin düşüncelerinde “şart” haline gelememiş kayıtlar söz konusu olabilir. Bunlar iradenin kısıtlanması halidir fakat kişi irade açıklamasını açıkça bu kayıtlara tabi tutma ihtiyacı hissetmemiştir²¹⁸. Windscheid'in teorisinin en önemli özelliği ise, sözleşme ile borç altına giren kişinin iradesini göz önüne alması ve iradenin oluşumuna etki eden tasavvurları da dikkate almasıdır. Eğer kişinin iradesinin oluşumuna etki eden tasavvurların gerçekleşmemesi söz konusu olursa sözleşmenin bağlayıcılığının ortadan kalkacağı sonucuna varılır²¹⁹.

Buna karşılık Windscheid'in teorisi hemen hemen hiç kabul görmemiş ve başta Lenel olmak üzere doktrinde çeşitli eleştirilere maruz kalmıştır. Lenel'in eleştirilerinin²²⁰ odak noktası, bu teoride bahsi geçen öngörü kavramının saikten bir farkının olmamasıdır.

Esasen teorisinin açıklaması sırasında da bahsedildiği üzere kayıt, şart ile saik arasında kalan bir kavramdır ve saikten farkları vardır. Nitekim saik irade açıklamasının ne için yapıldığı anlamına gelip kişiyi sözleşme yapmaya iten neden olarak da tanımlanabilir. Buna karşılık kayıtlar, irade açıklamasının hangi neden için yapıldığı anlamına gelmez; onsuz irade açıklaması yapılamayacak olan bir öge niteliği teşkil eder. Buna karşılık Lenel'in de üye

²¹⁴ Medicus ve Petersen, 2013: Nr. 150 vd; Windscheid, 1850: 14; Emmerich, 2005: § 27, Nr. 13; Tunçomağ, 1966: 89; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20 Nr. 1; Tekinay vd., 1993: 1005 vd; Oğuzman ve Öz, 2018: Nr. 1477; Baysal, 2017: 39.

²¹⁵ Emmerich, 2005: § 27, Nr. 13; Tunçomağ, 1966: 87 vd; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20 Nr. 1; Oğuzman ve Öz, 2018: Nr. 1477 vd.

²¹⁶ Hatta en ünlü Pandektistlerden olan Windscheid, Pandekt Hukuku, Roma Hukuku kökenli ortak Alman Özel Hukuku olarak tanımlar. Bk.. Windscheid ve Kipp, 1906: 1 vd.

²¹⁷ Emmerich, 2005: § 27, Nr. 13.

²¹⁸ Windscheid, 1850: 180 vd.

²¹⁹ Windscheid, 1850: 190.

²²⁰ Lenel, 1889: 213.

olduğu Kanun Tasarısı Komisyonu²²¹ kayıt teorisi kapsamında sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının kanuni düzenlemeye tabi tutulmasına gerek olmadığına karar vermiş ve BGB bu şekilde kanunlaşmıştır.

Bu konuda, hal ve şartların sonradan değişmesi nedeniyle sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanmasına ve bu suretle sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesine imkan tanınmasına olan ihtiyacı şu şekilde belirtmiştir²²²: *“Bu mesele(koşullarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına kanunen imkan sağlanması) kolayca süpürülüp atılacak bir mesele değildir. Bu ihtiyaç zaman içerisinde tekrar kendisini gündeme getirecektir. Kapıdan kovulsa, pencereden girecektir.”*

Daha sonraki tarihi süreç içerisinde her ne kadar sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmenin uyarlanması fikri reddedilmese de bu konuda bir kanuni düzenleme var olmamıştır. Buna karşılık doktrinde her ne kadar şart haline gelmemiş bir tasavvurun sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına olan etkisi kanunen kabul edilmemiş olsa da, uygulamada daima varlığını koruduğu savunulmuştur²²³.

Tam da Birinci Dünya Savaşı’nın getirmiş olduğu ekonomik sıkıntıların en yoğun olarak yaşandığı dönemlerde, Oertmann’ın geliştirdiği işlem temeli teorisi büyük yankı uyandırmış hatta içtihatlarda da benimsenmeye başlanmıştır. Bu konuda tarihi bir not olarak, işlem temeli teorisinin ilk olarak kabul edildiği “Vigognespinnerei Kararı” Alman hukukunda önemli bir yer taşır²²⁴. Nitekim bu karar ile Oertmann’ın işlem temeli teorisine açıkça atıfta bulunulmuş ve sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin sert yaklaşımından vazgeçme eğiliminde bulunulmuştur. Dolayısı ile başta Lenel olmak üzere, BGB hazırlayıcılarının sözleşmelerin uyarlanması konusuna olan katı tutumları neticesinde bu kurum kanuni düzenlemeye kavuşamamış olmasının uygulamadaki en önemli etkisi de mahkeme kararlarına da bu katı tutumun yansımış olması olarak gözlemlenir. Bu karar ile işlem temelinin çökmesi teorisi ilk olarak uygulanmış ve mahkeme kararlarına konu olmuştur.

Bu bakımdan Windscheid’in ifadesi ile “uyarlamanın kapıdan kovulsa pencereden yine gireceği” hususu gerçekleşmiş ve Birinci Dünya Savaşı’nın getirdiği ekonomik sıkıntılar bu “tespitin” gerçekleşmesine vesile olmuştur²²⁵.

Gerçekten de borcun ifa edilmesinde aşırı ifa güçlüğüne düşülmesi durumu, Birinci Dünya Savaşı ve bunun sonucu olan enflasyon nedeniyle Alman Mahkeme kararlarında ve

²²¹ Protokolle zum Entwurf II des BGB, 1898, s. 690 vd.

²²² Windscheid, 1850: 161; Windscheid’in buradaki açıklamaları aynı zamanda Lenel’in eleştirilerine de bir cevap niteliği taşımaktadır.

²²³ Larenz, 1963: 13; Weber, 1961: § 242, Nr. 59.

²²⁴ RGZ 103, s. 328; Emmerich, 2005: § 27, Nr. 12 vd.

²²⁵ Emmerich, 2005: § 27, Nr. 12.

doktrinde “işlem temeli” kavramı ile anılmaya başlanmıştır. Bunun sonucu olarak tarihsel gelişim süreci içerisinde clausula rebus sic stantibus terimi yerini işlem temeli terimine bırakmıştır. Başta Oertmann’ın bu teorisi geniş çapta kabul görüp sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ancak işlem temeli teorisi ile mümkün olabileceğine ilişkin bir kanaat hasıl olsa da, kısa bir zaman sonra işlem temeli teorisi de kuvvetli eleştirilere uğramış ve farklı ifadelere ve hukuki temellere sahip olan başka görüşler türetilmiştir.

İşlem temeli teorisi adı altında toplanan bu görüşleri başlıca üç kısma ayırmak mümkündür. Birinci kısımda, işlem temelini subjektif açıdan inceleyen, tarafların sözleşmeyi yaptıkları sırada sahip oldukları bazı düşünceleri (tasavvurları) esas alan görüşler söz konusudur. İkinci kısma giren görüşler ise işlem temelini objektif açıdan yani sözleşmenin taraflar açısından bir anlam taşıyabilmesi için var olması ve devamı objektif yönden gerekli hal ve şartlardan hareket eder. Üçüncü kısmı oluşturan karma görüşler ise, subjektif ve objektif görüşlere bir arada yer verirler²²⁶. Buna karşılık işlem temeline ilişkin görüşler için yapılan bu ayrımlar da kesin değildir. Zira bazı yazarların objektif görüş adı altında ortaya koydukları bir görüşü, başka bir yazar subjektif görüş içerisine sokmaktadır.

İşlem temeline ilişkin görüşlerden Kaufmann’ın görüşü de Windscheid’in teorisinden yola çıkar. Nitekim Kaufmann’a göre de bir hukuki işlem ile yüklenilmiş olan bir borç kayda bağlıdır. Hatta taraflardan hiçbirinin farazi iradesinde yer almamış olsa da, borç yine de bir kayda bağlanmış olabilir. Zira bir işlemin yükümlülüğünün belirlenmesinde esas olan farazi irade değil, buna kıyasla çok daha kapsamlı olan etki iradesidir. Bu etki iradesi, irade beyanından çıkartılabilen ve bu yüzden irade beyanında bulunana yüklenilebilen bütün her şeye yöneltilmiştir²²⁷. Diğer bir deyişle bir sözleşmeyi yapan kimsenin etki iradesi, bu sözleşme türünün niteliğine ve hukuki yapısına veya amacına ilişkin, buna uyan her şeye yöneltilmiştir. Bu halde Kaufmann’a göre taraflardan her birinin hukuki işlem ile üzerine aldığı borç, o sözleşme türünün, mesela satım sözleşmesi veya kira sözleşmesi gibi, niteliği ve özelliğinden çıkarılan her türlü borçtur. Sözleşme ile borç altına giren kişinin etki iradesine, bu sözleşme türünden kaynaklanan her türlü yükümlülük karine olarak yükletilir. Bu bakımdan sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşme yapılırken güdülen amaç tehlikeye düşerse, edimler arasındaki denge ilişkisi bozulursa veya aşırı ifa güçlüğü söz konusu olursa, bu değişikliklerin göz önünde tutulması gerekir. Netice itibariyle kişi elbette belirli bir amaçla sözleşme yapar. Fakat yapmış olduğu sözleşmenin özelliği ve kapsamı itibariyle söz konusu olan borçlar veya yükümlülükler, borç altına giren kişinin iradesine

²²⁶ Weber, 1961: § 242, Nr. 55; Larenz, 1963: 184.

²²⁷ Kaufmann, 1911: 107; Weber, 1961: 242; Larenz, 1963: 13.

aykırı olarak nitelendirilemez²²⁸. Bu teorinin özelliği kendisini, yapılan sözleşmenin türünden çıkarılacak etki iradesindeki sınırın aşılmış olması halinde gösterir. Nitekim öyle bazı değişiklikler söz konusu olabilir ki, o sözleşme türünden çıkarılabilecek olan yükümlülüklerin sınırı aşırı oranda aşılmış olabilir. Özellikle aşırı ifa güçlüğü veya edimler arasındaki dengenin bozulması hallerinde durum böyledir. Bu durumda koşullarda bu şekilde meydana gelen bir değişiklik ile sözleşmenin varlık amacı da tehlikeye girer. Bu takdirde sözleşme türünün içeriğinden çıkartılacak olan etki iradesine dayanılarak çıkarılabilecek sınır aşılmış olursa, borçludan borcun ifası istenemez.

Görüldüğü üzere Kaufmann'ın bu görüşü de irade beyanının yorumlanmasından kaynaklanır. Fakat Windscheid'in teorisindeki psikolojik temelden farklı bir temele, yani sözleşmenin varlık amacına ilişkindir. Burada tarafların irade beyanlarının yorumlanması oldukça objektif bir şekilde ele alınır ve bu sayede sözleşmenin konusu objektif adalet düşünceleri ile belirlenir²²⁹.

Kaufmann gibi Windscheid'in kayıt görüşünü tamamlamak ve düzeltmek amacıyla geliştirilen görüşlerden bir diğeri ise Krückmann'ın “durumun tabiatında gizli olan ihtirazi kayıt” görüşüdür²³⁰.

Krückmann'a göre kişinin sözleşme yaparken iradesini etkileyen hususlardan birisi olan fakat açıkça belirtmeye gerek duymadığı, onsuz sözleşmenin bir anlam ifade etmediği tasavvurlar, bir ihtirazi kayıttır. Bu nedenle kişinin başlangıçtaki irade beyanında açıkça yer almamaktadır. Kişi ihtirazi kayıt niteliğindeki tasavvurları sonradan ileri sürerek, hukuki işlem yapılması sırasında şart olarak belirlemeyi ihmal ettiği şeyi tamamlamak ister. Burada taraf, durumun kendisinin kabul ettiğinden veya var olduğunu farzettiğinden farklı olduğunu, ancak bunu sonradan farketmediği için, yeni bir irade ortaya koymaktadır. Burada ileri sürülen ikinci irade tamamen gizli bir irade olup, aslında durumun mahiyetinden çıkarılan iradesidir.

Bu bakımdan Krückmann'a göre hukuki işlem yapılırken açıkça ortaya konmayan ihtirazi kayıtlar, zımni ihtirazi kayıt olarak ortaya çıkar. Zımni ihtirazi kayıtların bu özelliği, sonradan meydana gelen değişiklikten dolayı edimin yerine getirilmesinin borçlu açısından beklenilemez olup olmadığının tespitinde oraya çıkmaktadır. Nitekim şartların değişmesi durumunda sözleşmenin anlamsız ve amaçsız hale gelmesi söz konusu olursa, kişinin ortaya koyduğu ikinci iradesine göre sözleşme ile kurulan mevcut durumun mahiyetine de aykırı olması durumunda borçludan sözleşmeyle bağlı kalması beklenemez. İşte bu durumda

²²⁸ Kaufmann, 1911: 110; Larenz, 1963: 13.

²²⁹ Kaufmann'ın görüşünün temeli kamu hukukuna ilişkindir. Bu yüzden onun görüşünün özel hukuk yönünden taşıdığı önem, iki hukuk dalı arasındaki farklılık yüzünden özel hukukçuların ve mahkemelerin gözünden de kaçmıştır. Bk.. Tunçomağ, 1966: 889.

²³⁰ Krückmann, 1929: 116.

önceden öngörülme­yen bir de­ğişiklik sonu­cu sözleşme amaçsız, anlamsız ve konusuz hale gelmiş ise, feshedilebilir²³¹.

Buna karşılık Krückmann'ın ileri sür­düğü durumun mahiyetinden çıkarılan iradenin, zorunlu bir varsayım iç­erdiği gerçektir. Bu durumda tarafların irade beyanlarının sözleşmenin iç mantığı ile çatışması söz konusu olursa, durumun mahiyetinden çıkartılan ve sonradan ortaya konulan ikinci iradenin ilk başta ortaya konulan iradede­n üstün tutulmasının haklı bir gerekçesi de bulunmamaktadır. Elbette sonradan ortaya çıkan ve önceden öngörüle­meyen bir de­ğişiklik nedeniyle sözleşmenin amaçsız ve anlamsız hale gelmesi mümkündür. Fakat bu sonucun, sözleşmenin taraflarından birisinin zımni olarak taşıdığı ihtirazi kayda aykırı olduğunu sonradan ikinci bir irade beyanı­yla ortaya koymasının haklı bir sebebi olamaz. Zira önemli olan koşullarda de­ğişiklik olması halinde sözleşmenin amaçsız ve konusuz kalacağı­nın tespiti de­ğil, ne zaman durumun de­ğişmesi sonu­cu sözleşmenin amaçsız ve konusuz kalacağı­nın tespiti, di­ğer bir deyişle somut olaya uygulanabilir olmasıdır²³².

Hangi durumlarda ve ne zaman ortaya çıkan bir de­ğişiklik sonu­cu iş­lem temelini­n çökmüş olacağı konusunda ortaya sürülen görüşlerden biri de Kegel'in görüşü olan riskin veya zararın paylaşılması görüşüdür²³³. Bu kapsamda geleceğe etkili olarak riskin paylaşılması, geçmişe etkili olarak ise zararın paylaşılması söz konusu olur. Bu görüşe göre söz konusu olan risk veya zarar, taraflardan hiçbirinin kusuruna dayanmamaktadır. Kural olarak sözleşmenin her iki tarafı da kendi alanından doğan zarara bizzat katlanmakla yükümlüdür. Buna karşılık ortaya çıkacak olan zarara kimin katlanacağı hususunda taraflar sözleşmede bir düzenleme yapabilecekleri gibi, tamamlayıcı hukuk kuralları uyarınca da riskin veya zararın paylaşılmasına ilişkin düzenlemeler söz konusu olabilir. Ortaya çıkan zararın objektif olarak yükletildiği taraf, sözleşmeyle amaçladığı menfaati kaçırmış olacaktır. Bu kapsamda borçlu ise düşündüğünden daha fazla fedakârlığa katlanmak zorunda kalırken; alacaklı ise düşündüğünden daha az menfaat elde eder. Kural olarak sözleşmenin her iki tarafı kendi riskini ve zararını bizzat taşımak zorundadır; zira sözleşme yapmak bazı hususları önceden öngörebilmeyi ve tahmin edebilmeyi gerektirir²³⁴.

Buna karşılık Kegel'e göre riskin ya da tehlikenin başka bir türü daha vardır ki bunu taraflardan hiçbirinin üzerine alması beklenemez. Bunlar toplumu tehdit edici tehlikeler olarak adlandırılır. Toplumu tehdit edici tehlikeler, genel nitelikli tehlikelerdir ve bu nedenle kişi ayırımı yapmaksızın toplumun tümüne insafsızca zarar verir. Deprem, sel, savaş, devletin

²³¹ Weber, 1961: § 242, Nr. 59; Larenz, 1963: 13; Krückmann, 1929: 12.

²³² Weber, 1961: § 242, Nr. 59.

²³³ Kegel, 1953: 199.

²³⁴ Kegel, 1953: 200.

askeri veya ekonomik tedbirleri gibi fiiller toplumu tehdit edici genel tehlikelere örnek olarak sayılabilir. Bu tip riskler, tarafların hakimiyet alanlarının dışında meydana gelir; ancak sonuçları tarafların hakimiyet alanlarının içerisinde ortaya çıkar²³⁵.

İşte Kegel'e göre işlem temelinin çökmüş olması için tarafların hakimiyet alanlarının dışında gerçekleşen toplumu tehdit edici bir riskin gerçekleşmiş olması ve bundan dolayı sözleşmenin taraflarından birin zarara uğramış olması gerekir. Bunun yanında işlem temelinin çökmüş olması için zarara uğrayan tarafın bunu önceden öngörmemiş ve öngörebilecek durumda da olmaması gerekir. Eğer zarara uğrayan taraf bu tehlikeyi öngörmüş ise ya da öngörmesi bekleniyorsa bu durumda ortaya çıkan zarara kendisi katlanmak zorunda kalacaktır. Burada söz konusu zararın öngörülebilenecek bir zarar olup olmamasının tespitinde objektif bir kıstas getirilmesi gerekir. Buna göre zarara uğrayan kişinin yerinde olacak makul ve dürüst bir kimsenin dahi öngöremeyeceği bir zarar olması halinde öngörülemezlik, gerçekleşmiş sayılır²³⁶.

Kegel'in görüşüne göre işlem temelinin çökmesinin hukuki sonucu, bunun dayandığı dogmatik temelden de çıkarılabilir. Zira ortaya çıkması muhtemel bir riskin sözleşmeyle üstlenilmesi veya kanunen taraflardan birisine yükletilmesi durumunda dahi, ortaya çıkması öngörülemez nitelikte olan doğal felaketler gibi toplumun genelini tehdit edici bir tehlikenin gerçekleşmesi durumunda söz konusu tarafa bu zararın yükletilmesi adaletsiz olur. Buna karşılık, ortaya çıkan zararı sözleşmenin diğer tarafına yükletmek de en az birinci ihtimal kadar adaletsiz olur. Bu durumda en doğru sonuç zararın taraflar arasında paylaşılmasıdır. Bu paylaşımın yapılırken somut olayın tüm özellikleri göz önünde bulundurularak bir oran belirlenmeli ve mümkün ise zarar yarı yarıya bölüştürülmelidir²³⁷.

Zararın taraflar arasında paylaşılmasına ilişkin en makul yol ise, ortaya çıkan zararı taraflar arasındaki menfaat dengesi bozulmadan, imkan nispetinde en az hissedilir dereceye indirilmesidir. Örneğin sözleşmede zarara uğrayan alacaklı malı değerlendirebilecek durumda ise fakat borçlunun böyle bir imkanı bulunmuyorsa, alacaklıya tanınacak bir tazminat ile sözleşmenin devamına karar verilebilir. Buna karşılık, borçlunun zarara uğraması söz konusu ise bu takdirde alacaklı lehine hükmedilecek bir tazminatın yanında sözleşmenin sona erdirilmesi daha isabetli olacaktır²³⁸.

Kegel'in görüşün geliştirilmesine en önemli katkıyı, o yıllarda Almanya'da çıkarılmış olan Sözleşmeye Yardım Kanunu (Vertragshilfegesetz) oluşturur. Hatta bu kanunda ortaya

²³⁵ Kegel, 1953: 201.

²³⁶ Kegel, 1953: 203.

²³⁷ Kegel, 1953: 204.

²³⁸ Kegel, 1953: 205.

çıkan tehlike sonucu asgari uğranılması gereken zarar bakımından belirlenmiş olan yüzde yirmi beşlik oran, Kegel tarafından da makul bulunur²³⁹.

Buna karşılık bu görüş doktrinde çeşitli eleştirilere uğramıştır. Buradaki eleştirilerin odak noktası, Kegel'in işlem temelinin çökmesi hallerini, sadece toplumun genelini tehdit edici nitelikte genel tehlike hallerine özgülemiş olmasıdır. Ancak sonradan meydana gelen değişikliklerin genel nitelikte tehlike arz etmediği hallerde dahi edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve aşırı ifa güçlüğü hallerinin söz konusu olması mümkündür. Özellikle belirli bir amaç için yapılmış olan sözleşmelerde, ortaya çıkan değişiklik sonucu sözleşmenin anlamını yitirmesi ve amaçsız kalması hallerinde durum böyledir. Bu durumun en klasik örneği, ünlü taç giyme töreni örneğidir. Bu tarihi örnekte de söz konusu olduğu gibi, taç giyme törenini seyretmek için geçit törenine manzarası olan dairelerin kiralanması fakat sonradan törenin iptal edilmesi halinde, sözleşme amaçsız kalır. Fakat burada meydana gelen değişiklik genel nitelikte bir tehlike arz etmez²⁴⁰. Kaldı ki toplumun genelini tehdit edici bir genel tehlikenin gerçekleşmesi halinde taraflar arasındaki riskin paylaşılması hususu, sadece işlem temelinin çökmesi kapsamında değerlendirilemeyecek bir konudur. Bu sorunun çözümü için, 1942 tarihli Sözleşmeye Yardım Kanunu gibi özel bir kanunun varlığı gerekir. İşlem temelinin çökmesi teorisinin hukuki sonuçları kapsamı itibarıyla genel tehlikelerin gerçekleşmesi sonucunda riskin paylaşılması hususuna yetiştir²⁴¹.

Kegel'in "riskin veya tehlikenin paylaşılması" görüşünü doktrinde en fazla eleştiren Larenz olmuştur. Larenz'e göre işlem temeli objektif ve sübjektif işlem temeli olarak ikiye ayrılmalıdır. Larenz bu görüşünü ilk olarak 1951 yılında yayınladığı "işlem temeli ve sözleşmenin ifası (Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung) adlı eserinde ortaya koymuş ve eserin diğer basılarında görüşünde bir takım değişikliklerde bulunmuştur²⁴².

Larenz'in görüşüne göre işlem temeli bakımından yapılan ilk ayırım sübjektif işlem temelidir. Sübjektif işlem temeli, sözleşmenin taraflarının sözleşmeyi kurarken dayandıkları ve en azından makul olarak düşünüldüğü takdirde, etkisi altında hareket ettikleri bazı tasavvurlardır. Bu tasavvurlar tarafların kendisinden kaynaklanır ve onların iradelerini etkiler.

Zaman bakımından ise, sübjektif işlem temelini oluşturan tasavvurlar halen var olan bir duruma ilişkin olabileceği gibi geleceğe ilişkin bir tasavvur da olabilir. Burada önemli

²³⁹ Deutsche Vertragshilfegesetz, 1942, § 3, Nr. 1; Kegel, 1953: 202.

²⁴⁰ Larenz, 1963: 182.

²⁴¹ Larenz, 1963: 182.

²⁴² Larenz, işlem temelinin çökmesi ile ilgili olarak birçok bilimsel eser üretmiştir. Fakat çalışmamızda günümüz işlem temelinin çökmesi teorisine ilişkin en etraflı bilgileri içeren, yukarıda adını andığımız kitabın üçüncü basısını esas alıyoruz. Bu bası, Larenz'in işlem temeli teorisine ilişkin en son tespitlerini içerir. Buna karşılık ilk başta ileri sürdüğü görüşlerle sonradan yaptığı bir takım değişikliklere de imkan elverdiğince değinmeye çalışılmıştır.

olan tasavvurların belirli bir duruma ilişkin olmasıdır. Aksi halde sadece sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut koşulların sonradan değişikliğe uğramasının beklenilmemesi bu şartı karşılamaz. Bunun yanında tasavvurların, sözleşmenin her iki tarafı için de, yokluğu halinde sözleşmeyi hiç veya bu şekilde yapmayacak olmaları sonucunu doğuracak nitelikte önemli olması gerekir. Diğer bir deyişle, sözleşme kurulurken tarafların sahip olduğu ve subjektif işlem temelini oluşturan tasavvurların sonradan değişeceği konusunu taraflar bilse idi, bu sözleşmeyi yapmayacak ya da bu şekilde yapmayacak olmaları konusu şüphe götürmeyecek şekilde olmalıdır²⁴³.

Sübjektif işlem temeli haline gelen tasavvurların taraflardan sadece birinin alanında gerçekleşmiş olması yani sözleşmenin taraflarından birinin iradesinin gelişiminde rol oynaması yeterli değildir. Hatta bu durumun sözleşmenin diğer tarafınca bilinmesi de bir şeyi değiştirmez. Zira kural olarak taraflardan her birisi sözleşmeyi kurarken iradelerini etkileyen tasavvurların yanlış çıkmasından doğan riski bizzat üstlenmelidir. Sübjektif işlem temeli haline gelen ve tarafların her ikisini de ilgilendiren tasavvurların yanlış çıkmasının en klasik örneği, her iki tarafın da döviz borçlarında kuru yanlış düşünerek hesap temelinde yanılması, sözleşmenin sonradan meydana gelecek olan bir olayın gerçekleşmesi üzerine kurmaları halinde bu olayın gerçekleşmemesi, ileride ifa edilecek olan edimlerin belirlenmesine önemli etkide bulunacak durumların gerçekleşmemesi halleridir²⁴⁴.

Objektif işlem temeli ise, tarafların her ikisinin de düşüncelerinden kaynaklanan ve onların iradelerini etkileyen tasavvurlardan farklıdır. Burada söz konusu olan, tarafların iradelerine göre yapılan bir sözleşmenin anlam ifa etmesi ve taraflar açısından bağlayıcı olması için varlığı objektif yönden zorunlu olan durumlardır. Bir sözleşmenin taraflar açısından anlam ifade edebilmesi için objektif olarak var olması gereken durumların taraflarca bilinmesine veya istenmesine gerek yoktur. Zira burada tarafların tasavvurlarının bir etkisi yoktur. Hatta çoğu zaman taraflar objektif yönden işlem temeli teşkil eden hususların varlığını ve önemini dahi bilmezler. Özellikle yapılan bir sözleşmenin her hangi bir durum değişikliğine uğramadan ifa edilmesi halinde, bazı hususların tarafları açısından objektif işlem temeli teşkil ettiği taraflarca düşünülmez bile. Objektif işlem temeli tarafların karşılıklı tasavvurlarından farklı olduğu için, tarafların bu hususlarda ortaklaşa yanılmaları da söz konusu değildir. Zira sübjektif işlem temelinde tarafların tasavvurlarında ortaklaşa yanılmaları, önceden var olan fakat sonradan farklı olduğu anlaşılan bir tasavvurun varlığını da gerektirir. Objektif işlem temelinde ise tarafların farkında dahi olmadıkları hususların varlığı objektif olarak aranır. Dolayısıyla bu hususlarda yanılma söz konusu değildir. Larenz'e

²⁴³ Larenz, 1963: 170.

²⁴⁴ Larenz, 1963: 184.

göre burada söz konusu olan sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda göz önünde bulundurulması gereken işlem temeli, objektif işlem temelidir²⁴⁵.

Objektif işlem temeli başta edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halinde söz konusu olur. Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması, önceden öngörülmesi mümkün olmayan bir değişiklik neticesinde tarafların karşılıklı edimleri arasında aşırı bir orantısızlık oluşması halidir. Özellikle para değerindeki düşme, siyasi olaylar veya kanun değişiklikleri nedeniyle mevcut durumun edimler arasındaki denge ilişkisini bozduğu hallerde objektif işlem temeli gerçekleşmiş olur. Burada edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmuş olması da taraflardan birisinin menfaatindeki azalmalar olarak özetlenmemelidir. Nitekim ortaya çıkan herhangi bir değişiklik nedeniyle taraflardan birinin menfaatinde bir miktar azalma meydana gelebilir. Ancak bunun edimler arasındaki denge ilişkisini bozacak nitelikte bir orantısızlık olup olmadığının tespiti objektif kıstaslara tabi tutulmalıdır. Fakat tarafların ekonomik durumu ve somut olaya ilişkin özellikler de göz önünde bulundurulmalıdır²⁴⁶.

Bu görüş kapsamında işlem temelinin çökmesi halleri arasında sayılan durumlardan birisi de sözleşmenin temel amacın ulaşılamaz hale gelmesidir. Ancak bu sonuca ulaşılması için tarafların mutlak surette sözleşmede açıklamış oldukları amaca ulaşmanın mutlak surette ulaşılamaz hale gelmesi gerekir. Buna örnek olarak belirli bir amaca ulaşmak amacıyla kira sözleşmesi yapılmasından sonra, şartların değişmesi nedeniyle (devletin yasaklaması veya istenilen izin verilmemesi gibi) amacın ulaşılamaz olması hali gösterilebilir. Fakat burada sözleşmenin amacı olarak belirlenen husus taraflardan birisinin tasavvurlarında subjektif olarak belirlenmiş bir amaç olamaz. Aksi halde, sözleşmenin subjektif amacının ulaşılamaz olması ya da kiracının şahsından kaynaklanan nedenlerle sözleşmeden bir menfaat elde edilemeyecek olması halinde objektif anlamda amacın ulaşılamaz olduğu sonucuna varılamaz²⁴⁷.

Larenz, objektif işlem temeli haline gelen durumlara örnek olarak edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve sözleşmedeki amacın ulaşılamaz hale gelmesini gösterirken, işlem temelinin çökmesi için bulunması gereken başkaca unsurlara da yer verir. Nitekim işlem temelinin çökmesi için, yukarıdaki sonuçların yanında, meydana gelen zararın önceden öngörülemez olması, işin niteliği icabı belirli bir rizikonun otomatik olarak üstlenilmemiş olması, zararın mağdur tarafın hakimiyet alanından kaynaklanmamış olması ve sözleşmenin henüz ifa edilmemiş olması gerekir²⁴⁸.

²⁴⁵ Larenz, 1963: 184.

²⁴⁶ Larenz, 1963: 240.

²⁴⁷ Larenz, 1963: 241.

²⁴⁸ Larenz, 1963: 237.

Larenz, ilk başta sübjektif işlem temeli ile objektif işlem temeli arasındaki ayrımı, bu iki durumun hukuki sonuçları bakımından da benimsemiştir. Fakat daha sonra fikrini değiştirmiş ve işlem temelinin belirlenmesindeki objektif ve sübjektif ayrımı önceki kadar katı bir şekilde savunmamıştır. Burada savunduğu görüşe göre ise, işlem temelinin ayrımı somut olaydaki meselenin daha iyi anlaşılmasına hizmet edecek fakat sonuçları bakımından bir şey değişmez. Bu bakımdan eğer sübjektif işlem temeli haline gelen durumlar söz konusu olmuş ise, bu durumda objektif işlem temeline ilişkin bir değerlendirme yapmaya gerek kalmayacaktır. Buna karşılık objektif işlem temeli haline gelen durumların tespitinde ise daha dikkatli davranmak ve her denge ilişkisinin bozulması hallerini işlem temelinin çökmesi olarak nitelendirmemek gerekir. Objektif işlem temelinin varlığından bahsetmek için, meydana gelen değişikliğin, tarafların sözleşmede belirlemiş oldukları risk dağılımının sınırlarını aşan ve bir taraftan katlanması objektif olarak beklenilmeyen bir zarar söz konusu olmalıdır.

Larenz'in işlem teorisi görüşünü objektif ve sübjektif olarak ayırması, doktrinde eleştirilmiştir²⁴⁹. Öncelikle sübjektif işlem temeli tarafların gerçek durumun aksine yanlış bir şey tasavvur etmeleri halini esas alır ancak bu ölçü oldukça karışık ve yetersizdir. Ayrıca çoğu hallerde objektif işlem temeli olarak düşünülen bir durum pekâlâ sübjektif işlem temeli haline de gelebilir. Dolayısıyla bu iki ayrım arasındaki fark çok keskin değildir.

Alman hukukunda işlem temeli teorisine ilişkin oldukça farklı görüşler bulunmasının yanında işlem temeli teorisinin hukuki temeline ilişkin de görüş ayrılıkları mevcuttur. Nitekim aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temelleri de, teorilerin tarihsel gelişimine paralel olarak değişim göstermiştir. Bu konuda doktrinde işlem temelinin hukuki temelinin dürüstlük kuralı olduğu yönünde görüşler bulunduğu gibi; risk paylaşımına ilişkin boşlukların tamamlayıcı yorum kuralları ile doldurulması olduğuna ilişkin görüşler de mevcuttur²⁵⁰.

Köhler'e göre işlem temelinin çökmesi teorisi, risk paylaşımı çerçevesinde çözülmesi gereken bir meseledir. İşlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için risk dağılımının nasıl yapılacağına ilişkin tamamlayıcı yorumda bulunulmalıdır. Nitekim bu durumda ortada risk paylaşımına ilişkin bir boşluk söz konusu olur²⁵¹.

²⁴⁹ Kegel, 1953: 62; Weber, 1961: § 242, Nr. 70; Esser, 1958: 115.

²⁵⁰ Larenz, 1963: 156; Heinrichs, 2004: § 242 BGB Nr. 110.

²⁵¹ Köhler, 1971: 304.

Doktrindeki baskın görüşe²⁵² göre ise işlem temelinin çökmesi teorisinin hukuki temeli dürüstlük kuralıdır. Nitekim BGB § 313 düzenlemesinden önceki dönemlerde dahi, işlem temelinin çökmesi dürüstlük kuralından kaynaklanan bir görüş olarak savunulmuştur. Bu bakımdan sözleşme kurulduktan sonra koşullarda meydana gelen değişikliklerden dolayı taraflardan birinden edimini yerine getirmesi beklenemez hale geliyorsa, sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesinin kaynağı dürüstlük kuralı olmalıdır.

Yukarıda da görüldüğü üzere Alman hukukunda işlem temeline ilişkin oldukça farklı görüşler ve eleştiriler mevcuttur. Tarihsel gelişim süreci içerisinde işlem temeli teorisinin Alman Borçlar Kanunu Reformu ile kanuni düzenlemeye tabi tutulması ile bu tartışmalar farklı bir konuma ulaşmıştır. Zira BGB § 313 düzenlemesi, klasik işlem temeli teorisinden bazı noktalarda ayrılmaktadır. Bu bakımdan işlem temeli kavramının anlaşılabilmesi için tarihsel süreçte ileri sürülen görüşlerin yanında kanuni düzenleme sonrası işlem temeline ilişkin görüşlere de yer verilmesi gerekir.

BGB § 313 düzenlemesi ile işlem temelinin ortadan kalkması ve işlem temelinin eksikliği olarak iki durum söz konusudur. Bu kapsamda maddede hem işlem temelinin baştan eksikliği hem de işlem temelinin sonradan bozulması düzenlenmiştir²⁵³.

İşlem temelinin baştan eksikliğine ilişkin olan ilk durum maddenin birinci fıkrasına karşılık gelir. Bu kapsamda sözleşmenin temeli durumuna gelen temel tasavvurların yanlış çıkması halleri de bu madde uyarınca durum değişikliği sayılır. Burada düzenlenen durum, Türk/İsviçre hukukunda düzenlenen temel hatasıdır (TBK m. 32/İBK m. 24)²⁵⁴.

İşlem temeli baştan eksik olabileceği gibi sonradan meydana gelen durum değişiklikleri nedeniyle bozulabilir. Bu durumda da maddenin ilk fıkrasında düzenlenen işlem temelinin sonradan çökmesi söz konusu olacaktır. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, Türk Hukuku bakımından işlem temeli, sadece bu durum için geçerlidir. Alman hukukunda bu her iki hali de kapsayacak şekilde “işlem temelinin sarsılması(Störung der Geschäftsgrundlage)” adı altında düzenleme yapılmıştır.

2.3.2.1.1. BGB § 313 Düzenlemesi

Alman hukukunda işlem temelinin bozulması, 2002 tarihinde yürürlüğe giren Reform Kanunu’ nun 313. paragrafında düzenlemiştir. Böylece uzun yıllar Alman doktrininde ve mahkeme kararlarında kabul edilen işlem temelinin bozulması kanuni düzenlemeye tabi tutulmuştur.

²⁵² Heinrichs, 2004: § 242 BGB Nr. 110; Roth, 2003: § 313 Nr. 1; Hohloch, 2004: § 313 Nr. 2.

²⁵³ Emmerich, 2005: § 27 Nr. 20; Hohloch, 2004: § 313 Nr. 1; Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 19.

²⁵⁴ Kocayusufpaşaoğlu, 2000: 511.

BGB § 313 hükmünde göre:

“(1)Sözleşmenin temelini oluşturan hal ve şartlar, sözleşmenin kurulmasından sonra ağır bir şekilde değişmişse ve taraflar bu değişikliği önceden öngörselerdi, sözleşmeyi hiç kurmayacaklar veya başka içerikte kuracak idiyse ve bu sözleşmenin kurulduğu şekilde ifası artık tarafların birinden, somut olayın tüm özelliklerine ve özellikle yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma geldiyse, işbu sözleşmenin uyarlaması talep edilebilir.

(2)Sözleşmenin temeli durumuna gelen, temel tasavvurların yanlış çıkması hali de hal ve durum değişikliği sayılır.

(3)Eğer sözleşmenin uyarlanması mümkün değil veya taraflardan biri için katlanılamaz ise, mağdur taraf sözleşmeden dönebilir. Sürekli edimli sözleşmelerde, sözleşmeden dönme hakkının yerini, fesih hakkı alır.”

BGB § 313 düzenlemesi her ne kadar dürüstlük kuralından kaynaklanan işlem temeli teorisini benimsemiş olsa da, burada kanun koyucu “işlem temeli” kavramının açık bir tanımını yapmamıştır. Buna karşılık madde metninde hem işlem temelinin baştan eksikliği (Fehlen der Geschäftsgrundlage) hem de işlem temelinin sonradan çökmesi (Wegfall der Geschäftsgrundlage) birlikte düzenlenmiştir. Ayrıca doktrinde yapılmış olan objektif/sübjektif işlem temeli ayırımı gidilmemiş ve işlem temelinin tüm çeşitlerini içeren bir tanımlama yapılmıştır.

İşlem temeli kavramına ilişkin Alman kanun koyucusu ’nun bu yaklaşımı, sübjektif işlem temelinin kanuni düzenleme dışında tutulmak istenmemesinden kaynaklanmaktadır. Yukarıda belirtmiş olduğumuz objektif/sübjektif işlem temeli ayırımı, uzun yıllar mahkeme kararlarında da benimsenmiş olan bir ayırmadır.

Mahkeme içtihatlarında kabul edilen sübjektif işlem temeli, sözleşmenin içeriğine dahil olmayan fakat sözleşme kurulurken taraflardan birinin sahip olduğu ve diğer tarafın bildiği ve itiraz etmediği ortak tasavvurlar ve beklentilerdir²⁵⁵. Burada Türk/İsviçre hukukundan farklı olarak esaslı saik hataları²⁵⁶ da işlem temeli kavramı içerisinde ele alınmıştır.

Yine BGB § 313/1’den açıkça anlaşılacağı üzere, sözleşmenin yapılması sırasında sözleşmenin amacı bakımından önemli olan koşulların sonradan değişmesi durumunda

²⁵⁵ BGH NJW 1951, s. 836; BGH NJW 1958, s. 297; BGH NJW 1995, s. 2031; BGH NJW 2001, s. 1205.

²⁵⁶ Saik hatası, hata edenin, sözleşme yapma iradesinin gerçekler uymayan, yanlış tasavvurlar sonucunda sakat oluşmasıdır. Saik hatasında, sözleşme yapma iradesi oluşum anında sakatlanmaktadır. Yukarıda vermiş olduğumuz taç giyme töreni olayı (Krell v. Henry Davası) örneğinde olduğu gibi bir törenin yapılacağı beklentisiyle törenin yapılacağı caddeye manzarası olan balkonun kiralanması, fakat törenin iptal edilmesiyle, sözleşmede tarafların ortak beklentilerinin gerçekleşmemesi söz konusu olur. Bu durumda saik hatası meydana gelecektir.

sözleşmeyi amaçsız ve gereksiz hale getiren hususlar olan objektif işlem temeli²⁵⁷ de bu paragrafta düzenlenmiştir.

Bu durumda maddenin birinci fıkrasında sözleşmenin yapılmasından sonra hal ve şartların değişmesi, diğer bir deyişle var olan işlem temelinin sonradan ortadan kalkması düzenlenmiştir. Burada söz konusu olan durum işlem temelinin çökmesi halidir. İkinci fıkarda ise, sözleşmenin kurulması sırasında tarafların temel tasavvurlarının yanlış çıkması, yani işlem temeli eksikliğinin de birinci fıkarda düzenlenen duruma eş olduğu belirtilmiştir. Bu durumda Alman hukukunda başlangıçtaki ve sonraki işlem temeli ayrımı gibi bir durum söz konusu değildir²⁵⁸.

2.3.2.1.2. BGB § 313' Ün Uygulanmasının Şartları

2.3.2.1.2.1. Hal ve Şartlarda Meydana Gelen Ağır Değişiklik

BGB § 313' ün uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle sözleşme kurulduğu sırada var olan hal ve şartlarda ağır bir değişiklik söz konusu olmalıdır. Bunun yanında sözleşmenin kurulması sırasında sözleşmenin temeli haline gelen tarafların temel tasavvurlarının boşa çıkması da ağır değişiklik ile eş sayılmıştır. Ancak burada hal ve şartlar bakımından aranan değişiklik, alelade bir değişiklik değil, ağır bir değişiklik olmalıdır²⁵⁹.

Buradaki hal ve şartlardaki ağır değişikliğin ne olması gerektiği, hangi durumlarda koşullarda ağır bir değişikliğin bulunduğu kabul edileceği hususları doktrinde tartışmalıdır. Genel kabul, sözleşme taraflarından en az biri, koşulların bu şekilde değişeceğini bilseydi, sözleşmeyi hiç veya bu nitelikte yapmayacağı konusunda bir fikir birliğinin olması halinde koşullarda ağır bir değişikliğin olduğunun kabul edilmesidir. Bu durumda, eğer koşullarda bir değişiklik meydana gelmişse, taraflardan birinin, bu değişikliğin olacağını bilseydi, bu sözleşmeyi hiç veya bu haliyle yapmayacak olması, şüphe götürmez bir şekilde anlaşılabiliyorsa, koşullarda ağır bir değişiklik gerçekleşmiş demektir²⁶⁰.

Doktrindeki bir diğer görüş ise, ne zaman durumlarda ağır bir değişikliğin bulunacağı konusunun tespiti için, meydana gelen değişikliğin bir orana ihtiyacı olduğudur²⁶¹. Bu görüşe göre koşullarda ağır bir değişikliğin işlem temelinin çökmesi durumunu oluşturduğundan bahsedebilmek için, mutlaka bir oran getirilmesi gerekir. Karşı görüşte olan yazarlara²⁶² göre ise, işlem temelinin çökmesi konusunda yeknesak bir oran belirlemek ve

²⁵⁷ Teichmann, 1990: § 242, Nr. 209.

²⁵⁸ Muthers vd., 2002: § 313, Nr. 7.

²⁵⁹ Hohloch, 2004: § 313, Nr. 22.

²⁶⁰ Emmerich, 2005: 437; Finkenauer, 2012: § 313, Nr. 58; Schulze, 2005: § 313, Nr. 13.

²⁶¹ Harke, 2001: 95.

²⁶² Finkenauer, 2012: § 313, Nr. 58; Hohloch, 2004: § 313, Nr. 22.

somut olayın getirdiği özel durumları dikkate almamak, keyfiyete yol açar. Bu konuda mahkemelerin tutumuna bakacak olursak, iki görüş arasında bir denge kurulmuş olduğu görülür. Nitekim mahkeme kararlarında, işlem temelinin çökmüş olduğunun kabulü için gereken koşullardaki ağır değişikliğin bulunup bulunmadığı tespit edilirken, risk dağılımı, öngörülebilirlik, taraflardan birisi açısından katlanılamaz durumda olmak ve sözleşmenin tipi ve süresi gibi koşullar dikkate alınmaktadır. Buna karşılık genel geçer bir oran tespit edilmemiş, somut olayın özellikleri de dikkate alınarak farklı oranlar uygulanmıştır²⁶³.

2.3.2.1.2.2. Sözleşmenin İfasının Taraflardan Birisi Açısından Katlanılamaz Olması

BGB § 313' ün uygulama alanı bulması için, sözleşme kurulduğu andaki şartlarda ağır bir değişiklik olmasının yanı sıra, sözleşmenin kurulduğu şekilde ifasının, somut olayın tüm özelliklerine ve özellikle yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma gelmesi, diğer bir deyişle sözleşmeyle bağlı kalmanın taraflardan biri açısından katlanılamaz hale gelmesi gerekir. Bu bağlamda, hem işlem temeli haline gelen durumun tespiti hem de işlem temelinin çökmesinin sonucu olarak uyarılmanın talep edilmesi açısından “katlanılamaz hale gelme” önem taşımaktadır²⁶⁴.

Sözleşmenin hâlihazırdaki durumuyla ifasının istenmesinin, bir taraf açısından katlanılamaz olması konusu, elbette borçlu konumunda olan tarafın menfaatleri ile ilgili bir durumdur. İşlem temelinin çökmesi teorisinin, kaynağını dürüstlük kuralından aldığı göz önüne alındığı takdirde, madde metninde ifade edildiği şekilde “somut olayın tüm özelliklerine ve özellikle yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma gelmesi” durumundan anlaşılması gereken, sözleşmenin ifasının beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırı olmasıdır. Bu durumda sözleşmeyle bağlılığın katlanılamaz hale gelmiş olduğunun tespiti için, sadece borçlunun durumunu temel alarak bir menfaat değerlendirmesi yapılması doğru olmayıp; somut olayın özelliği de dikkate alınarak tarafların karşılıklı menfaatleri arasında dengeli bir değerlendirme yapılmalıdır²⁶⁵.

BGB § 313 hükmünde, ifanın borçlu bakımından katlanılamaz olacağı durumların tespiti açısından bir açıklık bulunmamaktadır. Zira katlanılamazlığın tespiti açısından, risk dağılımı, sözleşmenin süresi ve tipi, sözleşmede üstlenilen bir riskin olup olmaması gibi somut olaya ve hakkaniyete göre dikkate alınması gereken birçok husus söz konusu olabilir.

Burada öncelikle üzerinde durulması gereken husus, yukarıda belirttiğimiz risk dağılımıdır. BGB § 313 hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, sözleşmede tarafların üstlenmiş

²⁶³ BGH NJW 1984, s. 2213; BGH NJW 2004, s. 3115.

²⁶⁴ Bender, 2004: 50; Finkenauer, 2012: § 313, Nr. 59; Hohloch, 2004: § 313, Nr. 24.

²⁶⁵ Belling ve Hartmann, 1997: 93; Bender, 2004: 52.

oldukları sözleşmesel veya kanuni riskler, katlanılamazlık durumunun tespiti açısından oldukça önemlidir. Eğer taraflardan biri sözleşmesel bir riski üstlenmişse ya da bu sözleşmeyi akdederken otomatik olarak bir riski de üstlenmiş oluyorsa (riskin üstlenilmesinin sözleşmenin doğal bir sonucu olması gibi), bu durumda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edemeyecektir; meğerki somut olayda sözleşmesel veya kanuni olarak üstlenilen riski de aşan bir durum söz konusu olsun²⁶⁶.

2.3.2.1.2.3. Öngörülemezlik

İşlem temelinin çökmüş sayılması için gereken şartlardan biri de, sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların değişmesinin, taraflarca öngörülmemiş olmasıdır. Ancak BGB § 313' ün gerekçesinden de anlaşılacağı üzere, tarafların durumlarda değişiklik olacağını öngörmemesi ya da öngörecektir durumda olmaması, bu hükmün uygulanması için bir olumsuz şart teşkil etmez. Zira sözleşme kurulması anında tarafların durumların değişeceğini öngörmesi fakat gerçek sonuçların ne olacağını öngörmemesi mümkün olabilir. Ancak somut olayın özellikleri göz önüne alındığında, şartlarda değişiklik olacağı öngörülmüşse ya da önceden öngörülmüş olması gerekiyorsa, buna rağmen sözleşmeyi akdeden kişi ortaya çıkan sonuçlara katlanmalıdır²⁶⁷.

Sözleşme kurulduktan sonra değişen durumların taraflar açısından öngörülebilir olup olmadığının tespiti açısından, sözleşmenin türü, süresi ve zamanı gibi hususların dikkate alınması gerekir. Aksi halde, sadece sözleşmenin taraflarının öngörmemiş olması tek başına yeterli değildir. Burada tarafların öngörmemesi ve öngörmelerinin beklenmemesi açısından kişisel özellikler dikkate alınmaz. Diğer bir deyişle, normalde makul bir kişi tarafından öngörülebilecek olan bir durumu, tarafların öngörmemesi, olayda işlem temelinin çökmüş sayılması açısından yeterli değildir. Eğer, dikkatli ve özenli bir kişi tarafından, sözleşmenin kurulma zamanı, türü ve karşılıklı menfaatler dikkate alınarak olayın gerçekleşeceği öngörülemez durumda ise, ortaya çıkan durumun öngörülemez olduğuna karar vermek gerekir²⁶⁸.

2.3.2.1.2.4. Tarafların Meydana Gelen Değişiklikten Sorumlu Olmamaları

İşlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin uyarlanmasını talep eden kişinin, meydana gelen durumdan sorumlu olmaması gerekir. Federal mahkeme de vermiş olduğu bir kararda, davranışları ile işlem temelinin bozulmasına sebebiyet veren tarafın, BGB § 313' e

²⁶⁶ BGB NJW 2006, s. 901; Unberath, 2012: § 313, Nr. 27; Emmerich, 2005: 437; Ince, 2016: 127.

²⁶⁷ Belling ve Hartmann, 1997: 100; Finkenauer, 2012: § 313, Nr. 74; Hohloch, 2004: § 313, Nr. 24; Kegel, 1953: 200.

²⁶⁸ Belling ve Hartmann, 1997: 102.

başvurma hakkının bulunmadığına karar vermiştir. Bununla beraber, uyarılama talep eden tarafın işlem temelinin bozulmasından dolayı sorumlu olmaması, aynı zamanda sözleşmeyle bağlı kalmanın katlanılamaz bir hale gelmiş olmasının tespiti açısından da önem arzeder²⁶⁹.

2.3.2.2. Değerlendirme

Kegel 'den sonra işlem temeli öğretisini, bir riziko sorunu olarak ele alan bir başka yazar da Flume 'dir. Flume 'ye göre, işlem temeli teorisine halihazırdaki anlamı ile bir ihtiyaç yoktur. Zira koşulların değişmesi halinde sözleşmenin içeriğine müdahale etmek, gerçekleşen rizikoya taraflardan hangisinin katlanacağını tespit etmektir. Ancak mevcut işlem temeli teorisi, sözleşmenin uyarlanmasını kabul etmekle birlikte bu değerlendirmeye ilişkin (rizikonun yükletilmesi hususu) bir çözüm de getirmez. Bu husus, hakimın tamamlayıcı yorumu ile, tarafların farazi iradeleri, somut olayın özellikleri ve işin mahiyeti göz önünde bulundurularak dürüstlük kuralı çerçevesinde çözülebilecek bir husustur. Dolayısıyla sadece işlem temeli teorisi uyarlamanın nasıl yapılacağına yetiştir. Bu çözüm hakimın takdir yetkisi, sözleşmedeki boşlukların doldurulması ve sözleşmenin yorumu gibi araçların topyekün uygulanması ile olabilir.

Gerçekten de işlem temeli teorisinin konusu ortaya çıkan sözleşmesel rizikolara tarafların hangisinin katlanacağını tespitidir. Bu bakımdan her türlü riziko değil sadece Türk/İsviçre hukukunda uyarılama boşluğu olarak tabir edilen rizikolardır. Bu rizikolar sözleşme boşluğu haline gelen rizikolardır ve tespit edilebilmesi için işlem temeli teorisine ihtiyaç vardır. Zira işlem temeli teorisi hangi rizikoların işlem temeli haline geldiğini ve bunların gerçekleşmesi halinde taraflardan hangisinin ne oranda katlanacağı ile ilgilenir. Bu bakımdan Flume'nin işlem temeli teorisini uyarılama bakımından gereksiz görmesi isabetli değildir. Buna karşılık, işlem temelinin çökmesi halinde sözleşme değişen şartlara uyarlanırken, sözleşmenin yorumu, tamamlanması ve risk dağılımı gibi kanunda düzenlenen hükümlerden faydalanılması gerektiği bir gerçektir.

Bu kapsamda Flume 'nin, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda işlem temeli teorisi kapsamında değerlendirme yapılarak uyarlamanın kabul edilmesi şartıyla, medeni hukukun diğer enstrümanları devreye sokularak çözüme ulaşılması gerektiği görüşü kanımızca son derece yerindedir.

Bu görüşlerin olumlu etkisi ile işlem temeli teorisinin uygulanması açısından bulunması gereken diğer şartların yanında, sözleşmede veya kanunda risk dağılımına ilişkin bir düzenleme bulunmaması hususu doktrinde ve BGB § 313'de kabul edilmiştir. Bu unsur

²⁶⁹ Belling ve Hartmann, 1997: 100; Finkenauer, 2012: § 313, Nr. 75; Hohloch, 2004: § 313, Nr. 24.

nedeniyle, ortaya çıkan herhangi bir riziko değil, sözleşmede uyarılma boşluğu haline gelmiş olan rizikolar işlem temelinin konusunu teşkil eder. Bu bakımdan modern işlem temeli teorisine göre hem sözleşmede hem de kanunda risk dağılıma ilişkin bir boşluğun söz konusu olması gerekir.

“Risk dağılımı” olarak adlandırılan hususu, Chiotellis, "işlem temeli teorisi çift boşluğun varlığını zorunlu kılar" şeklinde ifade etmiştir. Chiotellis'e göre de gerçekleşen rizikonun işlem temeli teorisinin konusu olması için, bu rizikoya ilişkin olarak sözleşmede taraflarca kararlaştırılan herhangi bir düzenlemenin olmaması yanında, kanunda da söz konusu boşluğa uygulanacak her hangi bir düzenlemenin bulunmaması gerekir. Bu bakımdan çift boşluk durumunun söz konusu olduğu hallerde işlem temeli teorisi uygulama alanı bulur. Nitekim BGB § 313' de bu husus yasal ve sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde edimin ifasının beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi olarak ifade edilir.

Chiotellis²⁷⁰, işlem temeli öğretisine ilişkin mahkeme kararlarını kapsamlı bir şekilde araştırmış ve buradan hareketle, işlem temeli öğretisinin şartlarına ilişkin önemli tespitlerde bulunmuştur. Chiotellis'e göre, işlem temeli teorisinin tüm olay gruplarında, esas itibariyle geniş anlamda edimler arasında denge bozulması vardır. Öte yandan, Alman Medeni Kanunu'na hâkim olan ilkelerden birisi de denklik ilkesi (Äquivalenzprinzip) dir. Bu ilke, sözleşmedeki edimler arasında sübjektif ve sınırlı bir denklik olduğu temeline dayanır. Yani, sözleşmenin tarafları, edimler arasındaki denge ilişkisinin belirlemesi açısından kural olarak serbesttirler. Ancak, bu özgürlükleri de sınırlıdır. Nitekim kanun koyucu, tamamlayıcı yorum ile sözleşmedeki edimler arasındaki denkliği sağlama eğilimindedir. Bu bağlamda genel işlem şartlarına ilişkin kanuni düzenlemeler getirmek suretiyle, hukuki işlemlerin genel şartlarının içerik belirlenmesinde, sözleşme özgürlüğünü sınırlandırılmaktadır. Diğer taraftan içtihatlardaki ve doktrindeki genel eğilim ise, hakkın kötüye kullanılması yasağı, sözleşmeye olan güvenin korunması, koruma yükümlülükleri gibi geniş ölçüde sözleşme adaletini tesis etme yönündedir. Dolayısıyla da bugün için şekli değil, maddi bir sözleşme adaleti anlayışının geçerli olduğu görülür²⁷¹.

Chiotellis'e göre, işlem temeli teorisinin çözmeye çalıştığı sorunlara ilişkin olarak Alman Medeni Kanunu'nda bir boşluk bulunmaktadır. Bu açıdan kanun boşluğu, Canaris'in ifade ettiği gibi, kanundaki plana aykırı olan eksikliklerdir²⁷². Alman Medeni Kanunu'nun genel sisteminde denklik ilkesinin hâkim olmasına rağmen kanun koyucunun bu dengenin bozulması hallerine çözüm getiren clausula rebus sic stantibus teorisini dikkate almaması, bu

²⁷⁰ Chiotellis, 1981: 21.

²⁷¹ Chiotellis, 1981: 23.

²⁷² Canaris, 2001: 39.

anlamda kanundaki plana aykırı bir eksiklik teşkil eder. Ancak, burada söz konusu olan sadece kanun boşluğu değil; aynı zamanda bir “sözleşme boşluğu” dur. Çünkü işlem temeli teorisine ilişkin somut olay gruplarında, meydana gelen rizikonun sözleşmeye ne gibi bir etkisinin olacağı konusunda sözleşmede de herhangi bir düzenleme bulunmaz. Bu nedenle, işlem temeli teorisinin uygulama alanına giren sorunlarda, “çifte boşluk” söz konusu olur. Ancak bu boşluklar, tarafların varsayıma dayalı iradeleri ile sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna başvurarak doldurulabilecek bir boşluk da değildir. Zira bu boşluğun doldurulması için sözleşmede tarafların farazi iradelerinin tespitine hizmet eden herhangi bir destek noktası bulunmamaktadır²⁷³.

Bu boşluğun doldurulmasında, öncelikle Alman Medeni Kanunu’nun sistematigi içinde yukarıda bahsedilen denklik ilkesini göz önüne alan kanuni düzenlemelerin ve tamamlayıcı hükümlerin (örneğin ayıba, hataya veya imkânsızlığa ilişkin düzenlemeler) somut olaya uygulanabildiği ölçüde kıyasen uygulanması gerekir. Kanunda somut olaya uygulamaya elverişli nitelikte bir düzenlemenin bulunmaması halinde ise, somut sözleşme adaletinin yeniden sağlanması amacıyla bu boşluğun doldurulması gerekir. Yani, işlem temeli teorisi kapsamına giren olaylarda denklik ilkesinden hareketle, koşulların değişmesi nedeniyle edimler arasındaki bozulan dengenin yeniden sağlanması gerekir. Ancak, söz konusu ilkenin soyut ve genel olması nedeniyle, mevcut boşluğun doldurulması için somut ve özel nitelikte bir ilkeye daha ihtiyaç vardır ki bu ilke de, dürüstlük kuralına ilişkin BGB § 242 hükmü temelindeki beklenilmezlik ilkesidir²⁷⁴.

Buna göre, sözleşmedeki uyarılama boşluklarının doldurulması hususu, ortaya çıkan bozulmadan dolayı sözleşmeyle bağlı kalmanın beklenilmez olması halinde söz konusu olur. Diğer bir deyişle, edimler arasındaki dengenin bozulması halinde bu sözleşmeyle bağlı kalınmasının hiçbir şekilde mümkün olmaması veya orantısız şekilde büyük masrafları gerektirmesi durumunda söz konusu olur. Bu anlamda beklenilmezliğin tespiti için, nitel ve nicel kıstaslara başvurmak gerekir. Nitel kıstasın gereği olarak, sözleşmenin aynen ifasında ısrar eden tarafın bu davranışı çelişkili davranış yasağına (venire contra factum proprium) aykırı ise, dürüstlük kuralına aykırılık oluşturur. Nicel ölçü kıstasın gereği olarak da, edimler arasındaki dengesizliğin belirli bir düzeye ulaşması halinde dürüstlük kuralı yine ihlal edilir. Bu iki hususun birlikte bulunmasıyla da beklenilmezlik unsuru gerçekleşmiş kabul edilir. Böyle bir durumda, ortaya çıkan boşluğun doldurulması gerekir. Meydana gelen bu boşlukların doldurulması anlamına gelmek üzere, öncelikle sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilir. Ancak, denge bozulması nitelikli bir ağırlığa ulaşmış ise, yani sözleşmenin sona

²⁷³ Chiotellis, 1981: 25 vd.

²⁷⁴ Chiotellis, 1981: 155 vd.

erdirilmesi kaçınılmaz hale gelmiş ise, bu durumda sözleşmenin sona erdirilmesi gerekir²⁷⁵. Buna karşılık Medicus, edimler arasındaki dengenin bozulmasında nicel kıstaslar getirerek belirli bir oranın aşılması için şeklinde oransal bir kota getirilmesine haklı olarak karşı çıkar. Çünkü tüm denge bozulması hallerine genel geçer uygulanacak standart bir oran belirleme imkânı yoktur²⁷⁶.

BGB § 313 hükmünün kabul edilmesiyle birlikte, doktrin ve mahkeme içtihatlarıyla dürüstlük kuralından hareketle geliştirilen işlem temeli teorisi, kanunlaşmıştır. Doktrindeki hakim görüş²⁷⁷, BGB § 313 hükmünün, dürüstlük kuralının düzeltme fonksiyonunun kanunda düzenlenen özel bir uygulama alanı niteliğinde olduğunu kabul etmektedir. Hükmün gerekçesinde, "söz konusu düzenlemenin, maddi hukuki durumda her hangi bir değişiklik getirmediği; sadece içtihatlar tarafından geliştirilen yaklaşımın, genel nitelikte bir düzenlemeyle kanun hükmü haline getirildiği" ifade edilmektedir²⁷⁸.

Bu kapsamda ortak saik hataları maddenin ikinci fıkrasında "işlem temelinin başlangıçtaki eksikliği" olarak ifade edilirken; edimler arasındaki dengenin bozulması, aşırı ifa güçlüğü ve sözleşmenin amacının bozulması halleri "işlem temelinin sonradan bozulmasına" olarak ifade edilmiştir. Böylelikle, söz konusu düzenleme, Alman hukukunda, aşırı ifa güçlüğü hallerinde şartların değişmesi durumunda sözleşmeye hangi dogmatik temelde müdahale edilmesi gerektiği yönündeki tartışmaları bir anlamda sonlandırmıştır. Bu düzenleme ile teorik anlamda işlem temeli teorisinin hukuki temeli dürüstlük kuralının özel bir uygulama alanı olarak belirlenmiş ve soyut uygulama alanına ilişkin sorunlara çözüm getirmiştir.

Buna karşılık işlem temelinin çökmesinin somut uygulama alanının belirlenmesine ilişkin sorunlar hala geçerliliğini korumaktadır. Bu hususların en başında işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ne şekilde yapılacağı hususu gelir. Kanımızca bu sorun Flume'nin ifade ettiği gibi başta sözleşmedeki boşlukların doldurulması ve sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin düzenlemeler olmak üzere, BGB'de düzenlenen araçların (Flume'nin deyimi ile medeni hukukun enstrümanlarının) devreye sokulması ile çözülür. Bu kapsamda işlem temeli teorisi, ortaya çıkan bir rizikonun işlem temelinin konusunu oluşturup oluşturmadığının tespiti açısından belirleyici olacak, söz konusu rizikoya ilişkin sözleşmede ve kanunda herhangi bir düzenleme bulunmaması halinde

²⁷⁵ Chiotellis, 1981: 116.

²⁷⁶ Medicus, 2002: § 53, Nr. 867.

²⁷⁷ Stadler, 2004: § 313 BGB, Nr. 1; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 2; Heinrichs, 2004: § 242 BGB, Nr. 13, § 313 BGB, Nr. 1; Schulze, 2005: § 313 BGB, Nr. 1; Krebs, 2005: § 313 BGB, Nr. 26; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 227.

²⁷⁸ BT-Drucks, 14/6040, s. 93.

sözleşme değişen şartlara hakim tarafından dürüstlük kuralına göre uygulanacak ve rizikoya tarafların hangisinin katlanacağı hususundaki boşluk doldurulacaktır.

BGB § 313'ün işlem temelinin dogmatik temeline ilişkin tartışmaların nihayete erdiğini ve bunun bir üst basamağı olarak yerini işlem temelinin somut uygulama alanına ilişkin tartışmalara bıraktığını söylemek, kanımızca haksız sayılmaz. Nihayetinde işlem temeli teorisi, maddi hukuka ilişkin bir yenilik getirmeyip, doktrin ve içtihatlardaki uzun yıllardır süre gelen yaklaşımın kanuni düzenlemeye tabi tutulmasıdır. Aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanması sorunu Roma hukukunda günümüze kadar süre gelmiş bir husustur. Bunun sadece dogmatik temeline ilişkin tartışmalar 19. yy'dan beri varlığını korumuştur. Bu bakımdan somut uygulama alanına ilişkin tartışmaların yakın bir zamanda sona ereceği elbette beklenemez. Her ne kadar sözleşmeyle bağlılık ilkesi ve işlem güvenliği ilkeleri, işlem temelinin somut uygulama alanını daraltmaya yönelik eleştirilerin odak noktasını oluştursa da, dürüstlük kuralı ve sözleşmesel adaletin sağlanması, gelecekte yaşanacak olan olumlu-olumsuz ekonomik gelişmelerin ışığında bu alanı genişletecektir.

Esasen burada gözden kaçırılmaması gereken husus, sonradan meydana gelen öngörülemez nitelikli değişiklikler karşısında sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması gerçeğinin göz ardı edilmemesidir. Nitekim Windscheid'in "hukuki kehaneti" her daim geçerliliğini korur; uyarlama kapıdan kovulsa, pencereden içeri girecektir.

2.4. Frustration Teorisi

2.4.1. Genel Olarak

Frustration teorisi, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişiklikler neticesinde rizikonun nasıl dağıtılacağına ilişkin olarak Anglo-Sakson hukuk sisteminde getirilmiş olan bir doktrindir. Bu teori kapsamı itibarıyla sözleşmenin kurulması esnasında var olan fakat taraflarca bilinmeyen durumları ve sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen fakat taraflarca öngörülmemiş olan durum değişikliklerini kapsar. Bu bakımdan tarafların yapmış oldukları sözleşmeden kaynaklanan edimlerini yerine getirmelerini imkansız kılan, sözleşmenin tarafları açısından radikal değişiklikler Frustration teorisinin kapsamında değerlendirilir²⁷⁹. Frustration kavramı İngiliz hukuk sistemine ilk olarak 1943 tarihli kanun reformu (Frustrated Contract) ile girmiştir. Ancak bu kavram, yasada şimdiki anlamı ile tanımlanmamış, sadece sözleşmenin imkansızlığı kapsamında değerlendirilmiştir²⁸⁰. Buna karşılık sözleşmenin kurulmasından sonra meydana gelen değişiklikler kapsamında

²⁷⁹ Poole, 2006: 470.

²⁸⁰ Bk.. 1943 Hukuk Reformu Frustrated Contracts Act Bölüm I: "İngiliz yasalarına tabi bir sözleşmede edimlerin yerine getirilmesin imkansız hale geldiği veya anlamını yitirdiği hallerde, taraflar sözleşmede üstlendikleri edimler yerine getirmekten kurtulurlar".

değerlendirilmesine ilişkin olarak ilk defa Lord Radcliffe tarafından Davis Contractors Ltd vs. Fareham Urban District Council davasında tanımlanmıştır. Radcliffe’e göre sözleşmeden kaynaklanan edimlerin yerine getirilememesine yol açacak şekilde şartların sonradan meydana gelen radikal ve kapsamlı değişiklikler halinde sözleşmenin amacının boşa çıkması (frustration) söz konusu olur²⁸¹. Burada esas itibarıyla taraflardan birinin iddiası şu şekildedir: “*Bu benim söz verdiğim şey değildir (Non haec in foedera veni)*”.

Bu dönemde mahkeme kararlarında ise frustration teorisinin, sözleşme kurulmasından önce veya sözleşmenin imzalanması sırasında tarafların tasavvurlarının boşa çıkması hallerinden birisi olduğuna yönelik bir tutum sergilenmiştir. Bu durum, tıpkı Türk/İsviçre hukukunda düzenlenen temel hatası düzenlemesine benzer. İngiliz mahkemeleri, tarafları sözleşme kurmaya iten ve irade açıklamalarının oluşumuna etki eden saiklerde meydana gelen hatayı, frustration teorisi kapsamında değerlendirmiştir. Bu bakımdan frustration kavramı, hem saikte hata hem de imkansızlık hallerini kapsayacak şekilde geniş değerlendirilir. Taraflardan birisinin veya her ikisinin konusunu imkansız bir edimin teşkil ettiği bir sözleşme yapmışlarsa, bu sözleşmeden doğacak hiçbir borç ve yükümlülük söz konusu olmaz²⁸².

Frustration kavramı, kelime anlamı itibarıyla “sözleşmenin amacının boşa çıkması” veya “sözleşmeyle beklenen menfaatin hüsrana uğraması” şeklinde ifade edilebilir. Buna karşılık bu kavramın içeriği Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinde buna karşılık gelen kavramlardan daha geniş ve farklı olarak anlaşılmalıdır. Bu bakımından özellikle hata ve frustration, Anglo Sakson Sözleşme Hukuku’nda sonuçları bakımından birbiri ile bağlantılı kavramlardır. Her ikisinde de, değişen şartlar halinde sözleşmenin mevcut durumu, özellikle edimler arasındaki denge ilişkisi ve tarafların yükümlülükleri, ilk başta yapılmış olan sözleşmeden farklı bir durum arz eder.

Şartların değişmesi halinde sözleşmenin orijinal halinden çok daha farklı bir sözleşme haline geldiğinin açıkça tespit edilebilir olduğu durumların frustration kavramı ile açıklanması karşısında, bu teoride clausula rebus sic stantibusun etkilerinin bulunduğunu söyleyebiliriz. Nitekim genel itibarıyla her iki teoride de borçlunun ileri sürdüğü savunma, “bu borç benim sözleşmede üstlendiğim borç değil; bu sözleşme benim imzaladığım sözleşme değil” temelinde gelişmektedir.

Modern anlamda frustration teorisi, sözleşmenin kurulmasından sonra hukuka aykırı olayların veya tarafların sözleşme kurulurken göz önünde bulundurmadiğı durumların

²⁸¹ Davis Contractors Ltd v Fareham Urban District Council [1956] AC 696, s. 728.

²⁸² Bu tanım Lord Phillips’in tanımıdır. Bk.. Great Peace Shipping Ltd v Tsavlis Salvage (International) Ltd (2002) EWCA Civ 1407, s. 73.

neticesinde sözleşmedeki edimlerin yerine getirilmesini imkansız kılan esaslı değişikliklerin meydana gelmesi halinde sözleşmenin bir anlamda hüsrana uğraması olarak tanımlanır²⁸³.

Frustration teorisinin uygulama alanı da Kıta Avrupası hukukunda benimsenin benzeri teorilerin uygulama alanına benzer; her iki sistemde de şartların değişmesi halinde sözleşmeye müdahalede bulunulması son çare (ultima ratio) niteliktedir. Bu kapsamda frustration teorisi, Common law sisteminin özellikleri nedeniyle açık bir tanıma ve unsurlara sahip değildir. Hangi durum değişiklikleri halinde sözleşmeye müdahalede bulunulacağı, meydana gelen değişikliğin taşınması gereken özellikler gibi unsurlar oldukça muğlaktır. Buna karşılık, doktrinde ve mahkeme kararlarında bu teoriye ilişkin ileri sürülen görüşler ve tespitler bize oldukça aşınadır. Ancak belirtmek gerekir ki, mahkeme kararlarında her durum değişikliği halinde bu teoriye başvurulmasının mümkün olmadığına yönelik bir eğilim vardır.

Bu bakımdan frustration teorisinin uygulama alanı mahkemelerce dar anlamda yorumlanır ve uygulama alanı oldukça daraltılır. Bu kapsamda tarafların sözleşmede risk dağılımına ilişkin açık düzenlemeler yapmaları veya sözleşmeye yapılacak olan müdahaleye ilişkin hükümler koymaları halinde bu teori uygulanamaz. Keza meydana gelen duruma taraflardan birisinin neden olması, diğer bir deyişle meydana gelen değişiklikten dolayı taraflardan birisinin sorumlu tutulması halinde söz konusu tarafın bu teoriye başvurma imkânı yoktur. Ayrıca meydana gelen olaya ilişkin sözleşmede bir düzenleme yapılmamış olsa da, bu olay öngörülebilecek nitelikte ise, yine bu teoriye başvurma imkanı bulunmayacaktır²⁸⁴.

Frustration teorisinin kapsamının somut olaylar bakımından farklılık arzettiği diğer bir husus ise, sözleşmenin taraflarının arasında ekonomik açıdan dengesizlik bulunması halinde, güçlü tarafın sözleşme özgürlüğü kapsamında kendi menfaatlerini ön plana çıkardığı hallerde bu teorisinin uygulanamamasıdır. Diğer bir deyişle bu teori açısından edimler arasındaki denge ilişkisinin sonradan bozulması aranırken, sözleşmenin kurulması sırasında tarafların anlaşmasıyla baştan bir dengesizlik oluşmuş ise yani edimler arasındaki dengesizlik baştan itibaren mevcut ise, frustration teorisi uygulanamaz. Bu husus, teorisinin mahkemelerce dar olarak yorumlanmasının belki de en önemli nedenidir. Eğer tarafların sözleşmede belirledikleri şartlar arasında dengesizlik söz konusu ise (bu konuda haksız şartlar akla gelebilir) taraflar arasındaki dengede zayıf konumda bulunan tarafın bu şartların sonuçlarını etkisiz hale getirmesi için bu teoriye başvurma imkanı yoktur²⁸⁵.

Frustration teorisinin sonuçları bakımından sözleşmenin uyarlanması imkanı yoktur. Eğer sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen, taraflarca öngörülme-yen esaslı bir

²⁸³ McKendrick, 2005: 245.

²⁸⁴ Poole, 2006: : 472.

²⁸⁵ Lord Roskill; Pioneer Shipping v BTP Tioxide (1982) AC 724.

değişiklik taraflardan kaynaklanmayan bir şekilde ortaya çıkarsa, sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olur. Somut olaydaki durumlara göre her ne kadar belirli değişikliklerle sözleşmenin ayakta tutulması (uyarlama) taraflar açısından daha hakkaniyetli olabilecekse de, buradaki tek hukuki sonuç sözleşmenin sona erdirilmesidir. Bu kapsamda sözleşmenin sona erdirilmesinden itibaren tarafların karşılıklı edimleri de sona erer²⁸⁶. Buna karşılık, sözleşmenin sona erdirildiği tarihe kadar yerine getirmek zorunda oldukları edimleri yerine getireceklerdir.

Teorinin hukuki sonuçları bakımından oldukça dar olduğu hususu Treitel²⁸⁷ tarafından savunulmaktadır. Yazara göre somut olaydaki duruma göre sözleşmenin uyarlanması halinde daha adaletli bir sonucun ortaya çıkması söz konusu ise, hakimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlayarak ayakta tutması daha isabetli olur. Bu kapsamda hakim gerekli gördüğü hallerde sözleşmenin içeriğini değiştirmeli ve taraflar açısından daha hakkaniyetli bir sonuca varılacaksa sözleşmeyi uyarlamalıdır. Treitel'e göre bazı hallerde sözleşmenin uyarlanmasının sözleşme adaleti bakımından daha isabetli olacağının gerekçelerinden birisi de, sözleşmenin sona erdirilmesinden önce yerine getirilmesi gereken edimlerin yerine getirilmesi gerektiğidir.

Bu bakımdan her ne kadar sözleşme sona erdirilse de, taraflar sözleşmenin sona ermesinden önceki edimlerle bağlı kalırlar. Bu durumda somut olayda tarafların edimlerini yerine getirmeleri için önemli masraflarda bulunmaları söz konusu olabilir. Eğer sözleşme sona erdirilecek ise bu durumda yapılan masraflardan dolayı uğranılan zararın da paylaştırılması gerekir. Bu nedenle sözleşmenin uyarlanmasına da imkan verilmesi gerekir.

2.4.1.1. Tarihsel Gelişim

İngiliz hukukunda frustration teorisinin gelişimi 19. yy ortalarına dayanır. Daha önceki dönemlerde İngiliz sözleşme hukukunda sözleşmelerin mutlak bir etkisinin bulunduğu kabul edilmekteydi. Bu bakımdan sözleşmenin taraflarından birisinin herhangi bir olaydan dolayı edimini yerine getirmekten kurtulabileceğine ilişkin bir düzenleme de bulunmamaktaydı. Sonradan meydana gelen durumlardan dolayı aşırı ifa güçlüğü'nün oluşması, edimler arasındaki dengenin bozulması hatta borcun imkansız hale geldiği hallerde dahi, sözleşmeler geçerliğini korumaktaydı. Bu husus sözleşme hukukunda mutlak sözleşmeler (absolute contracts) olarak ifade edilmiştir. Dolayısıyla böyle bir ortamda frustration teorisinin geliştirilmesi oldukça rasyonel bir değişiklik olarak kabul görmüştür. Zira bu teori ile ilk defa,

²⁸⁶ Treitel, 2003: 869.

²⁸⁷ Treitel, 2003: 869.

öngörülemez nitelikte bir durum değişikliğinin meydana gelmesi ile mağdur olan tarafa bir seçenek sunulmuştur²⁸⁸.

İngiliz hukukunda sözleşmenin taraflarından birisi açısından meydana gelen öngörülemez olaylardan dolayı edimin imkansız hale gelmesi durumunun ilk örneği *Paradine vs. Jane* davasıdır. Söz konusu dava, satış sözleşmesine konu olan bir arazinin mülkiyetinin satıcıya devredilememesine ilişkindir. Davalı yapmış olduğu savunmada maliki olduğu arazi üzerindeki hakimiyetinin dış müdahalelerle engellendiği ve mülkiyet hakkına tecavüz olduğunu belirtmiştir. Olayın iç yüzü ise, ülkenin savaş halinde olmasından dolayı orduya maddi destekte bulunmak amacıyla Kral I. Charles'ın ordularının komutanı olan Prens Rupert'ın soyluların arazilerine ve bunların gelirlerine el koymasındır. Dolayısıyla davalı her ne kadar sözleşmeye konu olan arazinin sahibi ise de, ordunun müdahalesinden dolayı bu arazi üzerinde fiili hakimiyeti bulunmamaktadır. Buna karşılık mahkeme bu savunmayı geçerli bulmamış ve sözleşmenin halen uygulanabilir olduğuna ve davalının borcunun halen devam ettiğine hükmetmiştir. Mahkeme vermiş olduğu kararında, borçlunun bazı hallerde sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getiremeyeceği hususu, ancak bunun açıkça sözleşmede düzenlendiği hallerde söz konusu olur. Böyle bir düzenleme sözleşmede mevcut olmadığı için, sözleşme halen geçerlidir. Görüldüğü üzere bu davada mahkeme sonradan meydana gelen değişikliklerin taraflarca öngörülemez nitelikte olması ile öngörülebilir değişikliklerin bulunması ayrımını başaramamıştır. Eğer öngörülebilir nitelikte bir değişiklik söz konusu ise bunun sonucunda sözleşmenin sona erdirilmesi ancak sözleşmede açıkça düzenlenmesi halinde mümkün olur. Ancak tarafların öngörülemez nitelikteki olayları sözleşmenin içeriği haline getirmeleri elbette mümkün değildir²⁸⁹.

Bu tarihlerde mahkeme kararlarında öngörülemez durum değişikliklerinin göz ardı edilmesinin sebebi, sözleşme özgürlüğü ve sözleşmeyle bağlılık ilkelerinin katı bir şekilde uygulanmasına yönelik eğilimdir. Mahkemelerin bu tarihlerdeki tutumu, sözleşmelerin hüküm ve sonuçlarını tamamen taraflara bırakmaları ve sözleşmeye müdahale etmek açısından hakim bir yetkisinin olmadığı yönündeydi. Ancak zaman içerisinde koşullarda meydana gelen değişikliklerden dolayı ortaya çıkan adaletsiz durumlar mahkemelerce de farkedilir hale gelmiştir. Bu kapsamda önceleri tamamen tarafların iradelerine bırakılan sözleşme ilişkileri zamanla hakim şartların değişmesi halinde bozulan edimler arasındaki dengenin yeniden düzeltilmesi konusunda “taraflara yardım edilmesi gerektiği” anlayışından hareketle müdahaleye elverişli hale gelmiştir. Bu değişikliğin en önemli görünümü *Taylor vs Caldwell* davasıdır. Bu davada dört kişilik bir müzik grubunun bir salonu konser için kiralamaları fakat

²⁸⁸ Koffman ve Macdonald, 1998: 519.

²⁸⁹ McKendrick, 1999: 42.

konserden önce salonun yanması nedeniyle konserin iptal edilmesi, bundan dolayı kiracı olan kişilerin zararlarını telafi etmek için salon sahibine dava açması söz konusudur.

Davada mahkemenin verdiği kararda, kira sözleşmesinin geçerliliğini devam ettirmesinin zımni bir şarta bağlı olduğu, bu şartın da kiralanan salonun var olması olduğu belirtilmiştir. Bu bakımdan konser gerçekleşmeden önce salonun yanmasından dolayı kiralayanın edimini yerine getirememesi, mazur görülmesi gereken bir durumdur. Sözleşmenin taraflarından her birisi, olağanüstü bir değişiklik olmadığı sürece, sözleşmenin yerine getirileceğine ilişkin bir güven duyarlar. Ancak burada sözleşmedeki edimlerin yerine getirileceğine ilişkin karşılıklı güvenlerin sınırı, meydana gelen ve taraflardan kaynaklanmayan olağanüstü bir durumdur. Böyle bir olayın gerçekleşmesi halinde artık sözleşmeyle bağlı kalınacağına ilişkin bir güven söz konusu olmaz²⁹⁰.

Mahkemenin verdiği bu kararda da belirtildiği üzere, her sözleşmenin geçerliliği, bazı şartların varlığına ve geçerliliğine ilişkindir. Örneğin bir kira sözleşmesinde sözleşmenin geçerliliği kiralanan taşınmazın mevcudiyetinin devam etmesidir. Bu husus taraflar arasındaki zımni bir şart olarak kabul edilir ve açıkça sözleşmeye konulmasına da gerek yoktur. Bu şekilde bir zımni şart teorisi geliştirmek her ne kadar eleştirilebilir olsa da, bir zamanlar sözleşmeye hiçbir şekilde müdahale edilmemesini savunan mahkemelerin artık bazı durumlarda bu tutumunu değiştirebilecek olması yönünden isabetli olmuştur²⁹¹.

Bununla beraber, tarihsel gelişim süreci içerisinde frustration teorisinin bir kez mahkemelerce benimsenmesinden sonra doktrinde ve uygulamada geniş ölçüde kullanılan bir teori haline gelmiştir. Hatta zaman içerisinde teorinin kapsamı olan imkansızlığın dışında meydana gelen haller ve özellikle öngörülemeyen durum değişiklikleri de bu teorinin kapsamına girmiştir. Bu bakımdan teorinin kökeni imkansızlığa ilişkin olmasına rağmen, zaman içerisinde imkansızlık niteliği arzetmeyen olaylar da bu teori kapsamında değerlendirilmeye başlanmış ve bu husus Lord Radcliffe tarafından “(...) *Frustration (hüsran, hayal kırıklığı) teorisinin kapsamı öyle genişlemiştir ki, teori kapsamında ima edilen hususlar dahi hayal kırıklığına uğramıştır*”²⁹². Uygulamada bu teorinin oldukça sık kullanılması ve kapsamının genişlemesinin nedeni, çoğu sözleşme ilişkisinin zamanla değişen koşullar halinde bir takım menfaat kayıplarına neden olabilesidir.

²⁹⁰ Taylor vs Caldwell (1863) 3 B & S 826.

²⁹¹ Peters, 2009: 515; Bu tarihlerdeki zımni şartın belirlenmesi genellikle şu esasları içeriyordu: Eğer sözleşmenin taraflarından birisine “eğer ‘x’ “ durumunun varlığı hususunda bilgi sahibi olmanız halinde bu hususu sözleşmede belirtmek ister misiniz” sorusuna karşılık bu tarafın “Evet, Kesinlikle” şeklinde cevap vereceği konusunda şüphe götürmez bir kanaat varsa, bu husus taraflardan birisi açısından zımni bir şart oluşturacaktır. Common Law kapsamında nosy-bystander test olarak ifade edilen bu kavram ile Windscheid’in kayıt teorisi arasında da önemli benzerlikler mevcuttur. Bu zımni şart kavramı ile ilgili farklı uygulamalar için Bk.. Shirlaw vs Southern Foundries Ltd (1939) 2 KB 206.

²⁹² Beale vd., 2007: 464; Davis Contractors Ltd. vs Fareham Urban District Council (1956); AC 696; s.720.

Nitekim teorinin içtihatlardaki gelişiminde zımni bir şartın varlığının kabul edilmesi, ister istemez bu değerlendirmenin sübjektif bir temelde yapılmasını zorunlu kılmaktadır. Bu da tarafların iradelerine başvurmaya zorunlu kılmaktadır. Buna karşılık bir hususun sözleşmede zımni bir şart olarak var olduğunun belirlenmesi için sadece bu zımni şartın ait olduğu tarafın düşünce ve tasavvurlarının dikkate alınması isabetli olmaz; diğer bir deyişle bir takım menfaatlerini kaybeden tarafın bu hakkı kötüye kullanmasını engellemez. Bu bakımdan teorinin daha objektif ölçütler içermesi gerekir²⁹³. Bu bakımdan frustration teorisinin, genel geçer olarak, zımni bir şart esasına dayanması değil, sözleşmenin içeriğinde yer alan kurallara, sözleşmenin niteliğine ve yapıldığı sıradaki piyasanın koşullarına göre değerlendirilmesi gerekir. Ancak bu surette objektif bir değerlendirme yapılabilir²⁹⁴.

Yukarıdaki izah ettiğimiz objektifleştirme faaliyetleri neticesinde teorideki yeni yaklaşım sözleşmede meydana gelen yapay menfaat kayıpları ile ilgilenmez. Diğer bir deyişle sırf sübjektif temele dayanan ve tarafların menfaat kayıplarının bulunduğu her halde uygulama alanı bulmaz. Burada yeni yaklaşıma göre göz önüne alınacak kıstas “sözleşmedeki radikal değişikliklere paralel olarak yükümlülüklerin de radikal olarak değişmesidir”. Bu bakımdan sözleşmede amaçlanan menfaatin boşa çıkması halleri gibi sözleşmenin sona erdirilmesine neden olabilecek durum değişikliklerinin bulunması için, hakimin edimin imkansız olup olmadığına veya sözleşmede esaslı değişikliklerin meydana gelip gelmediğine ilişkin değerlendirmeler yine sözleşmenin ışığında yapılmalıdır. Bu bakımdan tarafların sözleşme ilişkisine girerken iradelerinin oluşumuna etki eden tasavvurların göz önünde bulundurulmaması gerekir. Buna karşılık sırf frustration teorisine uygulama alanı oluşturmak için “zımni bir şart” unsurunun eklenmesi bu teoriyi “yapay bir teori” haline getirir²⁹⁵.

Zımni şart unsuru, modern mahkeme kararlarında da eleştiri konusu yapılan bir konudur. Buna karşılık teorinin tarihsel gelişimi içerisinde yer alan, bir nevi zorunlu bir unsur haline geldiği için, halen bu unsur frustration kapsamından çıkmış değildir. Aslına bakarsak, her sözleşmenin tarafların tasavvurlarında yer alan zımni bir şartla kurulduğuna ilişkin olan bu görüş, objektif değerlendirmelerin dışında ve yapay bir unsur gibi gözükür ve taraf iradelerine gerekenden fazla itibar etmesi nedeniyle eleştiriye açıktır. Buna karşılık tarihsel

²⁹³ İngiliz Hukuku’nda hal böyleyken, sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin Alman Hukuku’nda ileri sürülen görüşler de bu sübjektif ölçütlere sahip olması nedeniyle ciddi eleştirilere maruz kalmıştır. Nitekim başta Windscheid’in kayıt teorisi, bu konuda ileri sürülen ilk görüşlerden birisi olma özelliği taşıırken, diğer yandan en ağır eleştirilere uğrayan görüşlerden birisi olma özelliğinin de taşır. Yukarıda izah edildiği üzere, Windscheid’in teorisi de sözleşme kurulurken iradenin oluşumuna etki eden fakat şart haline gelmediği için sözleşmede açık olarak belirtilmeyen tasavvurların boşa çıkması halini temel alır ve bu yönüyle objektif bir nitelikten uzaktır. Keza Oertmann’ın işlem temeli teorisi de objektif ölçütler getiremediği için eleştirilere uğramış ve zaman içerisinde işlem temelinin gelişimine ilişkin ileri sürülen görüşler esasen bu teorinin objektifleştirilmesine hizmet etmiştir.

²⁹⁴ Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council (1956) AC 696; s. 720.

²⁹⁵ Trakman, 1983: 50; National Carriers Ltd v Panalpina (Northern) Ltd (1981) AC 675.

gelişim sürecinde bu unsurun benimsenmesine neden olan sebep, daha önceki mahkeme kararlarında sözleşmelerin her türlü hal ve şart altında geçerliliğini koruyacağı sözleşmeyle bağlılık ilkesinin katı bir şekilde gözetilmesidir. Böyle bir ortamda, değişen şartlar ve özellikle imkansızlık halinde sözleşmenin sona erdirilmesine imkan veren zımni şart unsuru, oldukça önemli bir kabul görmüştür. Zira bu unsur, sözleşmenin bazı hallerde sona erdirilmesi için önemli bir fırsat olmuştur. Bu nedenle ilk başlarda bu unsurun uygulamada yol açacağı sıkıntılar çok fazla dikkate alınmamış ve sözleşmeyle bağlılık ilkesinin katı bir şekilde uygulandığı ortamda kolayca benimsenmiştir. Ancak zaman içerisinde bu unsurun objektiflikten uzak bir takım kıstaslar içermesi nedeniyle uygulamada yol açacağı olumsuz sonuçlar göz ardı edilemez hale gelmiş ve giderek eleştirilmeye başlanmıştır²⁹⁶.

Bu eleştirilerin giderek taraftar toplaması karşısında artık bu teori eskisi kadar geniş olarak uygulanmamaya başlanmıştır. Zira yukarıda izah edildiği gibi artık teorinin kapsamının ve amacının dışındaki hallerde de bu kurala dayanarak dava konusu yapılmış ve bu durum mahkemelerin gözünden de kaçmamıştır. Bu teorinin zaman içerisinde popülaritesini yitirmesinin diğer bir nedeni de, sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi ve değişen şartlara uyarlanması imkânının bulunmamasıdır. Burada söz konusu olan “ya hep ya hiç!” tarzında, sözleşmenin ya devam etmesi ya da sona erdirilmesidir. Buna karşılık bir sözleşmenin sona erdirilmesi de kolay karar verilecek bir durum olmayıp, mutlaka objektif değerlendirmelere tabi tutulmalıdır. Treitel’e göre sözleşmenin uyarlanmasına imkan verilmemesinden dolayı mahkemelerin bu teoriye başvurmalarındaki yaklaşım zamanla artmakta ve azalmaktadır.

Ayrıca zamanla taraflar, sözleşmenin içeriğine eklemedikleri ve göz önünde bulundurmadıkları hususların, sonradan karşılarına olumsuz olarak çıkabileceğini anlamışlar ve yaptıkları sözleşmelere risk dağılımına ilişkin çeşitli uyarlama kayıtları koyar hale gelmişlerdir. Günümüz İngiliz sözleşme uygulamasında tarafların oldukça kapsamlı ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde sözleşme düzenleme eğilimi göstermesi de bu teorinin söz konusu olma oranını azaltmıştır²⁹⁷.

2.4.1.2. Frustration Teorisinin İngiliz Hukuku’nda Sözleşmeyle Bağlılık İlkesine Olan Etkileri

Taraflar arasındaki sözleşmenin mutlak olarak geçerliliğini koruması ve her türlü hal ve şart altında yerine getirilmesi gerektiği, İngiliz hukukunda sözleşmenin mutlak etkisi olarak ifade edilir. Bu bakımdan uzun yıllar boyunca mahkemeler sözleşmelerle ilgili olarak

²⁹⁶ Bk.. Lord Radcliffe, Davis Contractors Ltd. v Fareham Urban District Council (1956) AC 696; Liverpool City Council v Irwin [1977] A.C. 239.

²⁹⁷ Treitel, 2003: 927.

önlerine gelen uyuşmazlıklarda bu ilkeyi sıkı bir şekilde uygulamışlar ve tarafların özgür iradeleri ile kurdukları sözleşmelere müdahale etme konusunda isteksiz davranmışlardır. Bu bakımdan içtihatlarda uzun yıllar boyunca varlığını sürdüren eğilim, mümkün olduğunca sözleşmeyle bağlılık ilkesinin savunulması ve sözleşmelere müdahalede bulunulmaması idi²⁹⁸.

Buna karşılık zamanla bazı hallerde sözleşmelerin bu mutlak etkisine istisnalar getirilmesi gerektiği kabul edilmiştir. Özellikle sözleşmeyle bağlı kalmanın taraflardan birisi açısından büyük boyutlarda zarar meydana getireceği ve bunun sözleşme adaleti ile bağdaşmayacağı gerekçesiyle zaman içerisinde bu mutlaklığın da istisnalarının olabileceği kabul edilmiştir. Bu gerçeğin kabulü ise frustration teorisine kapı açmıştır²⁹⁹.

Sözleşmeyle bağlılık ilkesi kapsamında sözleşmelere tanınan bu mutlaklık zamanla eskisi kadar katı olarak uygulanmamaya başlanmış ve sınırlı durumlarda geçerli olacağı kabul edilmiştir. Özellikle frustration teorisi kapsamında, meydana gelen değişikliğin öngörülebilir bir değişiklik olması halinde sözleşmeye müdahale edilmesi yerine sözleşmeyle bağlılık ilkesi uygulanmıştır. Buna karşılık bu ilke elbette tamamen ortadan kalkmış değildir. Özellikle sözleşmede yer alan uyarılama kayıtları kapsamında taraflardan birisinin her türlü risk ve tehlike halinde dahi edimini yerine getireceğini taahhüt ediyorsa, sözleşmeyle bağlılık ilkesi uygulama alanı bulur ve sözleşmeye müdahale edilemez³⁰⁰.

2.4.2. Frustration Teorisinin Unsurları

2.4.2.1. Durumlarda Değişiklik Meydana Gelmesi

Olağanüstü durum değişiklikleri halinde sözleşmeye müdahale kapsamında, bu değişikliğin meydana gelme zamanı açısından da fark bulunduğu, İngiliz sözleşme hukukunda da kabul edilir. Bu bakımdan sözleşmenin kurulmasından önce meydana gelen olaylar ile sözleşme kurulması sırasında var olan fakat taraflarca öngörülmeven hususlar arasında sonuçları bakımından da fark vardır. Genel olarak frustration teorisi, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen durum değişikliklerinde uygulama alanı bulur. Sözleşme kurulması sırasında var olan fakat taraflarca bilinmeyen hususlar halinde ise “hata” kavramı devreye girer.

²⁹⁸ Bu husus *Paradine v Jane* (1647) davasında da açıkça belirtilmiştir. Burada yapılan değerlendirmeye göre “eğer bir kişi sözleşme ilişkisine girmişse ve kendisini hür iradesi ile yükümlülük altına sokmuşsa, artık her türlü hal ve şart altında bu yükümlülüklerini yerine getirmek için elinden geleni yapması, edimini en iyi şekilde yerine getirmesi gerekir.

²⁹⁹ Treitel, 2004: 51.

³⁰⁰ *Eurico SpA v Philipp Brothers* (1987) 2 Lloyds Rep 215; Poole, 2006: : 472.

Bu bakımdan İngiliz hukukunda göre de sözleşmenin kurulması anında var olan fakat taraflarca bilinmeyen nedenlerden dolayı sözleşmenin sona erdirilmesi hataya dayanır. Bunun nedeni, frustration teorisinin uygulama alanı bulabilmesi için öngörülme bir durumun sonradan meydana gelmesi ve edimler arasındaki denge ilişkisini önemli ölçüde bozmasıdır. Ancak sözleşme kurulması anından önce gerçekleşen ve taraflarca bilinmeyen bazı durumlar nedeniyle de edimler arasındaki denge ilişkisi önemli ölçüde bozulabilir. Hata nedeniyle sözleşmenin iptali ile frustration kapsamında sözleşmenin sonra erdirilmesi esasen birbiri ile bağlantılı ve ortak bir temele sahiptir. Ancak bu iki kurum arasındaki en önemli fark, sonuçları bakımından ortaya çıkar: hata durumunda sözleşme baştan itibaren (ab initio) geçersiz hale gelir ve taraflar hiç sözleşme ilişkisi içerisine girmemiş gibi olurlar; sözleşmenin sona erdirilmesi durumunda ise taraflar önceki yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadırlar.

Bu iki kavramın iç içe değerlendirildiği ve frustration teorisinin kapsamının belirlenmesinde en önemli gelişmenin yaşandığı olay ise kuşkusuz tarihe “taç giyme davaları (coronation cases)” olarak geçen Krell vs Henry davasıdır. Bu davada ilk defa taç giyme töreninin iptal edilmesi ile sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen bir olay nedeniyle tarafların gerçekleşeceğine kesin gözüyle baktıkları tasavvurlar boşa çıkmış ve sözleşmenin amacı çökmüştür. Bu dava İngiliz hukuk tarihinde tarafların haklı beklentilerinin yanında geleceğe ilişkin tasavvurlarının boşa çıkması hallerinin de frustration kapsamında değerlendirildiği ilk davadır.

Davaya konu olan olayda, Henry, 26 ve 27 Haziran'da gerçekleşecek olan Kral VII. Edward'ın taç giyme törenini izlemek amacıyla, tören alanına manzarası olan Krell'in dairesini kiralamıştır. Henry'nin bu kira sözleşmesini yapma amacı taç giyme törenini seyretmektir. Ancak, yapmış oldukları sözleşmede bu hususa yani bu amaca veya törene herhangi bir atıf yapılmamakta, sözleşmenin içeriğinden böyle bir amaç anlaşılmamaktadır. Sözleşmede, Henry'nin dairenin tüm odalarını sadece gündüzleri olmak üzere belirlenen günlerde kullanacağı kararlaştırılmıştır. Henry, ilk etapta bir miktar ön ödeme yapmış ve 24 Haziran tarihinde de geri kalan ödemeyi yapacağını belirtmiştir. Daha sonra kralın ciddi bir rahatsızlık geçirmesi nedeniyle taç giyme töreni iptal edilmiştir. Bunun üzerine, Henry 24 Haziran tarihinde ödeyeceğini vaadettiği kira bedelini ödemeyi reddetmiş ve Krell ödemenin yapılması için dava açmıştır. Henry ise ödemiş bulunduğu depozito bedelinin iadesi için karşı dava açmıştır.

İlk derece mahkeme Henry'yi haklı bulmuş, bunun üzerine Krell uyuşmazlığı üst derece mahkemesine taşımıştır. Üst derece mahkemesi vermiş olduğu kararda, kira bedelinin

talep edilemeyeceği, zira frustration teorisi kapsamında sözleşme amacının hüsrana uğradığı sonucuna varmıştır. Nitekim burada dairenin kiralanmasının asıl amacı, taç giyme töreninin seyredilmesidir. Kararda, bu özel amacın sözleşmenin taraflarının her ikisi tarafından da sözleşmenin amacı olarak görüldüğü belirtilmiştir³⁰¹.

Görüldüğü üzere, sonradan meydana gelen değişikliklerde ve tarafların sözleşme kurulması sırasında iradelerinin oluşumuna etki eden tasavvurların boşa çıkması hallerinde frustration teorisi uygulama alanı bulur. Bununla birlikte sonradan meydana gelen değişikliğin olağanüstü bir olay olması mümkün iken, kanun değişiklikleri veya hükümetin almış olduğu kararlar nedeniyle de meydana gelmesi mümkündür.

Nitekim Avery vs Bowden davasında da³⁰² bu tür bir durum değişikliği halinde sözleşmedeki edimin yerine getirilemez olduğu gerekçesi ile frustration uygulanmıştır. Söz konusu olayda taraflar arasından yapılan sözleşmenin konusu Odessa'dan alınacak olan bir kargonun taşınması ile ilgilidir. Buna karşılık o tarihlerde gerçekleşen Kırım Savaşı nedeniyle kargonun limandan alınması ve yüklenmesi, devletin aldığı kararlarla engellenmiş ve savaş halinden dolayı limanda yük taşınmasını yasaklayan yasalar çıkarılmıştır. Bu nedenle kargo şirketi sözleşmeden kaynaklanan edimini yerine getirememiş ve yapılan yargılamada bu durum, yani sözleşmenin sonradan meydana gelen kanun değişiklikleri nedeniyle ifa edilemez olması, frustration kapsamında değerlendirilmiştir.

2.4.2.2. Değişikliklerin Öngörülemez Nitelikte Olması

İngiliz hukukuna göre sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen durum değişikliklerinden dolayı sözleşmeye müdahale edilmesini talep etmek için, değişikliğin taraflarca öngörülmemesi ve öngörülemez nitelikte olması gerekir. Buna karşılık sözleşmenin kurulduğu sırada taraflarca öngörülebilir nitelikteki durum değişikliklerinin meydana gelmesi halinde bu teoriye başvurulamaz. Yukarıda izah edildiği üzere, tarafların sözleşme yaparken iradelerine ortak olarak etki eden sözleşmenin kurulmasındaki amaç, her ne kadar sözleşmede açıkça belirtilmese de göz önünde tutulur. Özellikle ileride gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakılan olayların öngörülemez şekilde gerçekleşmemesi halleri, diğer bir deyişle temel tasavvurlarda yanılma bu kapsamdadır. Ancak bu tasavvurların boşa çıkması da öngörülebilir bir değişiklikten kaynaklanıyorsa, bu durumda sözleşmeye müdahale edilemez³⁰³.

Meydana gelen değişikliğin taraflarca öngörülmemiş olması ve de öngörülemez nitelikte olmasının tespiti için ise, sadece taraf iradelerinin ön planda tutulduğu bir

³⁰¹ McKendrick, 2005: 883; Brunner, 2000: 232; Taç giyme davalarından aynı kararın verildiği bir diğer olay için Bk.. Griffith v Brymer (1903) 19 TLR 434.

³⁰² Avery v Bowden (1856) 119 E.R.

³⁰³ McKendrick, 2005: 251.

değerlendirme getirilmemesi gerekir. Bu tespit objektif kıstaslara göre, makul ve dürüst bir kişinin de öngöremeyeceği olayların olması şeklinde belirlenmelidir. Bu açıdan mahkemenin, taraflarca öngörülemeyen bir olayın, ayrıca makul ve dürüst bir kişi tarafından da öngörülemez olup olmadığını tespit etmesi gerekir³⁰⁴. Bu bakımdan meydana gelen değişikliğin taraflardan birisi açısından daha öngörülebilir olması yeterlidir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin içeriğine müdahale edilmesi talebinde bulunan tarafın bu durumu öngörebilecek durumda olması, bu teoriye başvurmasına engel olur.

Örneğin Walton Harvey Ltd vs Walker & Homfrays Ltd davasında³⁰⁵, otel sahibi bir reklam şirketi ile otelin çatısında yedi yıllığına reklam tabelalarının sergilenmesine ilişkin bir sözleşme yapmış fakat daha sonra otel yerel yönetim tarafından satın alınmış ve yıkılmıştır. Reklam şirketi otelin sözleşmeyi ihlal ettiğinden, ayrıca otelin yıkılmasının olağanüstü bir değişiklik olduğu için diğer yıllara ilişkin sözleşme bedelinin ödenmesinin iptal edilmesi gerektiğinden bahisle dava açmış fakat otel yapmış olduğu savunmasında, sözleşmenin kurulma esnasında otelin yerel yönetim tarafından satın alınma aşamasında olduğunu ve bu hususun reklam şirketi tarafından da bilindiği, bu nedenle söz konusu olayın davacı tarafından öngörülebilir olduğunu belirtmiştir. Bu olayda otelin yerel yönetim tarafından satın alınabilme ihtimalinin olduğu ve bu durumun davacı tarafından öngörülebilir bir durum olduğu mahkeme tarafından da kabul edilmiş ve sözleşmeye müdahale edilmemiştir.

Tarafların bir olayın meydana gelebileceğini öngörmeleri halinde veya bu olayın öngörülmesinin taraflardan beklenmesi halinde, bu olaya ilişkin sözleşmede olumlu veya olumsuz bir düzenleme yapılmamış ise bile, bu olaydan kaynaklanan riski taraflar üstlenmiş sayılırlar. Dolayısıyla böyle bir olayın meydana gelmesi halinde kural olarak frustration teorisi uygulanmaz. Buna karşılık, taraflar bir olayın meydana gelmesi halinde buna kimin katlanacağı hususunda sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir düzenleme yapmaları halinde, sözleşmedeki bu düzenlemeler geçerli olacak, sözleşmeye müdahalede bulunulmaz. Zira bu takdirde olay taraflarca öngörülmüş bir olay sayılır³⁰⁶.

Buna karşılık somut olayda meydana gelebilecek bazı durumlarda, bu kural esnetilebilir. Örneğin sözleşmenin amacının boşa çıkması, diğer bir deyişle sözleşmenin hüsrana uğraması durumu, taraflardan birisince öngörülmüş ve bu konuda risk dağılımına ilişkin bir düzenleme getirilmesi talep edilmiş olabilir. Buna karşılık sözleşme müzakereleri sürecinde diğer tarafın bu talebi kabul etmemesi halinde, artık meydana gelecek olan rizikoya

³⁰⁴ Poole, 2006: 483; Aynı husus Krell vs Henry davasında da belirtilmiştir. Bk.. Krell vs Henry (1903) 2 KB 740 s. 752.

³⁰⁵ Walton Harvey Ltd vs Walker & Homfrays Ltd (1931) 1 Ch 274.

³⁰⁶ Bk.. Ocean Tramp Tankers Corporation v V/O Sovfracht (1964) 2 QB 226; W.J. Tatem Ltd v Gamboa (1939) KB 132.

diğer tarafın katlanması gerekir. Bunun sonucu olarak, söz konusu rizikoyu öngören fakat tüm çabalarına rağmen buna ilişkin bir düzenlemeyi sözleşmenin içeriği haline getiremeyen tarafın, meydana gelen değişiklik sonucunda mağdur olması halinde frustration kapsamında sözleşmeye müdahale edilmesini talep etmesine imkan sağlanmalıdır.

Bu durumun örneklerinden birisi Süveyş Kanalı Davasında³⁰⁷ yaşanmıştır. Bu davada taraflardan birisi, Süveyş Kanalı'nın hükümetin alacağı bir takım tedbirler nedeniyle kapatılacağı bilgisini aldıklarını ve bunun gerçekleşme ihtimaline karşılık sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir hüküm bulunmasını talep etmiş fakat bu talep diğer tarafça kabul edilmemiştir. Daha sonra ihtimal dâhilinde olan bu olay gerçekleşmiş ve bundan dolayı sözleşmeden kaynaklanan edimin yerine getirilmesi oldukça zorlaşmıştır. Bundan dolayı sözleşmeye müdahalede bulunulması ve sona erdirilmesine ilişkin talepte bulunulmuştur. Burada mahkeme vermiş olduğu kararda, yukarıda izah edilen değerlendirmelerde bulunmuş ve her ne kadar tarafların bu durumu öngörülmüş olmasına rağmen diğer tarafın bu duruma ilişkin düzenleme yapılması isteği reddedilmiştir. Artık bu tarafın sözleşmenin sona erdirilmesi talebi haklı bir nedene dayanır.

2.4.2.3. İspat Yüğü

İngiliz Medeni Hukuku'nun genel kurallarından birisi de bir vakıanın varlığını iddia eden kişi onu ispat etmekle mükelleftir (balance of probability)³⁰⁸. Modern frustration teorisi kapsamında da eğer sözleşmenin amacının boşa çıktığını veya edimin yerine getirilmesinin sonradan meydana gelen değişikliklerden dolayı imkansız hale geldiğini iddia eden taraf, bunu ispat etmekle yükümlüdür³⁰⁹.

Frustration teorisi esasında bir imkansızlık teorisidir(impossibility, impracticability). Sözleşmenin kurulmasından sonra değişen koşullar sonucu ifanın aşırı derecede güçleşmesi, hatta anlamsızlaşması, bu teorinin sadece bir bölümünü oluşturur. İfa ile istenen amacın boşa çıkması söz konusu olduğunda, bu teorinin diğer bir uygulaması olan “frustration of purpose” söz konusu olacaktır. Bu teorinin temelini, tarafların ortak iradelerinin, anlaşmayı kökünden sarsacak beklenmedik ve öngörülmeyen bir olay sonucunda boşa çıkması oluşturur³¹⁰.

Bu bakımdan sözleşmedeki edimin yerine getirilmesinin hala mümkün olduğu fakat bunun ilk başta düşünülen çok daha ağır olduğu hallerde de bu teori uygulanabilir. Diğer

³⁰⁷ Ocean Tramp Tankers Corporation v V/O Sovfracht (1964) 2 QB 226; Lord Denning'in bu davadaki değerlendirmeleri şu şekildedir: “Frustration teorisi ile ilgili olarak sık sık öngörülemeyen veya beklenmedik ya da hiç düşünülmemiş durumlardan bahsedilir ve bu unsurlar teorinin temel bir özelliğiymiş gibi değerlendirilir. Ancak bazı somut olay örneklerinde de görülür ki gerçek böyle değildir”.

³⁰⁸ Slapper ve Kelly, 2012: 9; Mckendrick, 2005: 264.

³⁰⁹ Mckendrick, 2005: 733.

³¹⁰ Mckendrick, 2005: 260; Treitel, 2004: 885.

bir deyişle sonradan meydana gelen değişiklikten dolayı edimin ifasının aşırı derecede güçleşmesi halinde de frustration teorisi kapsamında sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür³¹¹.

2.4.2.4. Değerlendirme

Görüldüğü üzere, İngiliz hukuku bakımından da belirli şartlar halinde sözleşmeye müdahale edilmesi mümkün olup buna ilişkin olarak frustration teorisi geliştirilmiştir. Bu teori, Kıta Avrupası Hukuk Sistemlerinden farklı olarak, imkansızlık hallerini de kapsayacak şekilde geniş bir uygulama alanına sahiptir. Bu bakımdan sonradan meydana gelen, öngörülemez nitelikte olan bir durum değişikliği nedeniyle sözleşmedeki edimlerin imkansız hale gelmesi veya aşırı derecede güçleşmesi halinde sözleşmenin sona erdirilmesi söz konusu olur.

Bu teorinin hukuki sonuçları bakımından ise, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması söz konusu olmaz; sadece sözleşmenin sona erdirilmesi mümkündür. Buna karşılık sözleşmenin sona erdirilmesi tarihine kadar olan tarafların yükümlülükleri halen varlığını korur. Bu son durum bazı somut olay gruplarında adaletsiz durumlar ortaya çıkarabilir. Nitekim tarafların bazı yükümlülükleri yerine getirmek için önemli masraflar yapması halinde, ya da sözleşme sona erdikten sonra dahi yerine getirilmesi gereken yükümlülükler önemli masrafları gerektiriyorsa, bu durumda somut sözleşme adaletine aykırı sonuçlar meydana gelebilir. Kanımızca bu teorinin hukuki sonucunun sadece sözleşmenin sona erdirilmesi olması ve uyarlamaya yer verilmemesi, teorinin kapsamına hem aşırı ifa güçlüğü hallerinin hem de imkansızlık hallerinin girmesidir. Teorinin ilk uygulama örneklerinin de imkansızlık temelinde gelişmesi de bu sonucun yerleşmesine katkıda bulunur. Buna karşılık sözleşmenin uyarlanmasına imkan verilmesi gerektiğine dair görüşler de ileri sürülmektedir.

³¹¹ Weiskopf, 1970: 272; Mckendrick, 2005: 259.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜNÜN TANIMI VE UNSURLARI

3.1. Aşırı İfa Güçlüğü'nün Tanımı

TBK m. 138 hükmünden yola çıkılacak olursa Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğü, **“Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkması ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kurallarına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmesi”** halidir.

Kanımızca aşırı ifa güçlüğü'nün Türk hukukundaki anlamının anlaşılabilmesi için bu kavramla sıkı bağlantılı olan edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ile olan ilişkisinden yola çıkılması gerekir.

Burada üzerinde durulması gereken bir mesele de, Türk Hukuku bakımından edimler arasındaki dengelerin bozulmasının, aşırı ifa güçlüğü kapsamında değerlendirilebilir değerlendirilemeyeceği hususudur. Diğer bir deyişle, acaba TBK m. 138’ de düzenlenen “aşırı ifa güçlüğü” kurumunun içeriğine, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu durumlar da dahil edilebilecek midir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aşırı ifa güçlüğü kavramının, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu durumlarda da hakim in sözleşmeye müdahale edebileceğini kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak nitelendirmek doğru olmaz. Zira kaynak hukuk konumundaki Alman hukukunda her iki kavram da genel itibariyle işlem temelinin çökmesi kapsamında değerlendirilirken, edimler arasındaki dengenin bozulması, sözleşmedeki para edimi borçlusunun lehine veya aleyhine gelişen bir değişikliktir. Burada sözleşme kurulduktan sonra ekonomik kriz vs. nedenlerle şartların değişmesiyle para edimini yerine getirmekle yükümlü olan tarafın aleyhine veya lehine olan bir durum ortaya çıkar ve bu durumda diğer şartların da gerçekleşmesi halinde işlem temelinin çöktüğü kabul edilir³¹². Dolayısıyla edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmuş olduğunun tespiti, taraflar arasındaki menfaat dengesinde, para edimi borçlusunun menfaat durumundaki değişiklik temel alınır³¹³. Aşırı ifa güçlüğü'nde ise, genel olarak para edimi borçlusunun karşısındaki tarafın, yani maddi edim borçlusunun edim yükümlülüğünde bir güçleşme söz konusu olur. Dolayısıyla sözleşme kurulduktan sonra mevcut olgulardaki değişiklikten dolayı para edimi borçlusunun edim yükümlülüğünde bir

³¹² Larenz, 1963: 78 vd; Chiotellis, 1981: 125; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 147 vd; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 47 vd; Flume, 1979: 508; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 396 vd; Schulze, 2005: § 313 BGB, Nr. 23.

³¹³ Topuz, 2009: 12 vd.

güçleşme oluşursa denge bozulması, maddi edim borçlusunun edim yükümlülüğünde bir güçleşme olursa aşırı ifa güçlüğü söz konusu olur³¹⁴. Bu durumda aşırı ifa güçlüğü kavramını geniş yorumlamak suretiyle edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması hallerini de kapsayacak şekilde bir üst kavram olarak ele almak doğru değildir. Bu husus TBK m. 138 ile ilgili Adalet Komisyonu İncelemesinde de vurgulanmış ve:

“(...) Tasarı ifa güçlüğü dışında kalan uyarlama sebeplerini kapsamamaktadır. İfa güçlüğü oluşturmaya bile karşı edimin değerinin azalması sebebiyle edimler arası dengenin bozulması, sözleşme amacının bozulması gibi işlem temelinin çökmesi halleri dışarıda bırakılmıştır. Bu durumda uyarlamanın düzenlenmemesi tercih olunmalıdır. Çünkü bu halde diğer uyarlama sebeplerinin aksi ile kanıt yorumu yoluyla yasaklandığı sonucuna ulaşılabilir. Doktrin buna özellikle işaret etmektedir. Düzenleme yokluğunda yargı (TMK m. 2/I veya m. 1/II) yoluyla soruna özgü içtihat hukukunu geliştirerek ihtiyacı giderecektir.”

şeklinde ifade edilmek suretiyle edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve aşırı ifa güçlüğü'nün birbirinden farklı kavramlar olduğu görüşü belirtilmiştir.

Ancak bu düzenleme ile mesele halledilmiş olmaz. Zira bu durumda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması hallerinin TBK m. 138 kapsamından çıkarılması söz konusu olur ki, bu sonuç işlem temeli teorisine aykırı olarak varılacak bir sonuçtur. Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması kavramı, para edimi borçlusunun lehine veya aleyhine gelişen değişiklikler olarak kabul edilmekte ise, somut olayda çoğu zaman para edimi lehine gelişen bir değişiklik dolaylı olarak maddi edim borçlusu aleyhine bir değişiklik sonucunu doğurur. Gerçekten de para edimi lehine bir değişiklik sonucunda, sözleşmenin karşı tarafı yani maddi edim borçlusunun masraf, emek veya sermayesi bakımından durumu sözleşme kurulduğu anda öngörmüş olduğundan daha fazla ağırlaşmaktadır ki bu durum aşırı ifa güçlüğü'nden başka bir şey değildir. Dolayısıyla somut olayda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu durumlarda genellikle aşırı ifa güçlüğü de gerçekleşir.

Bu nedenle TBK m. 138 hükmüyle işlem temelinin çökmesi teorisi dar anlamda ele alınarak, sadece aşırı ifa güçlüğü hallerini madde kapsamına almak isabetli değildir. Zira gerçek anlamda işlem temelinin çökmesi teorisine göre aşırı ifa güçlüğü halleri de, en nihayetinde edimler arasındaki denge ilişkisinin çökmesine neden olacaktır. Ancak bu konuda Kanun koyucu' nun tutumu maalesef *“(...) düzenleme yokluğunda yargı (TMK m. 2/I veya m. 1/II) yoluyla soruna özgü içtihat hukukunu geliştirerek ihtiyacı giderecektir.”* demek suretiyle edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasını, işlem temeli kapsamı dışında saymak yönündedir.

³¹⁴ Schwenzer, 2006: Nr. 35; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 678; Topuz, 2009: 12-13.

3.1.1. Tarihsel Gelişim

Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğü veya edimler arasındaki dengenin bozulması gibi nedenlerle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, Almanya'dan daha sonra ortaya çıkan bir kavramdır. Bunun başlıca sebebi, Almanya'nın özellikle 2. Dünya Savaşı sonrasında yaşamış olduğu ekonomik ve sosyal sıkıntıların aynı çapta yaşanmamış olmasıdır. Bununla beraber, uzun süreden beri sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması kavramı, gerek doktrinde gerek mahkeme kararlarında kabul edilmiştir. Tarihsel anlamda ilk kez sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, idare hukuku kapsamında, yolcu sayısındaki önemli azalma neticesinde önemli bir hasılat kaybı yaşayan İstanbul Haliç Şirketi'nin imtiyaz sözleşmesinin uyarlanmasıdır³¹⁵.

Yargıtay kararlarında ilk uyarlama kararı ise, TBK m. 480/II (eBK m. 365/II) kapsamında eser sözleşmesinin uyarlanması ile gerçekleşmiştir. Yargıtay söz konusu kararında³¹⁶ sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için gerekli gördüğü “işkal=aşırı surette güç duruma düşme; müşkülât” durumunu vurgulamış ve sözleşmenin uyarlanması için taraflardan birisinin zarar görmesini yeterli bulmayıp, ayrıca son derece perişan duruma gelmesi gerektiğini belirtmiştir.

Türk hukukundaki uygulama bakımından da, yine savaşın getirmiş olduğu sıkıntılar, her ne kadar Almanya'daki kadar yoğun hissedilmemiş olsa da, önemli bir boyuta ulaşmıştır. Bu bakımdan, benzeri bir ihtiyacı giderme yolu Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Nitekim Yargıtay, ilk kararlarında Alman mahkemelerinin imkansızlık kavramı ile ilgili yaptığı gibi, mücbir sebep kavramını geniş yorumlamak suretiyle aşırı ifa güçlüğüne çözüm aramıştır³¹⁷. Ancak daha sonraki süreçte yaşanan ekonomik krizler ve özellikle bu krizlerin yabancı para borçlarına olumsuz etkilerde bulunması, Yargıtay kararlarında sözleşmelerin uyarlanmasına ilişkin bir artış göstermiştir. Bu kapsamda Yargıtay, ekonomik krizlerden etkilenen sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda bazı esaslar kabul etmiş olmakla birlikte, bu esaslar sağlam ve kendi içinde tutarlı bir temele dayanmamıştır.

Bu konuda özellikle kira sözleşmelerinin uyarlanmasında olumlu bir yaklaşım sergileyen Yargıtay' ın, kredi sözleşmelerinin uyarlanmasında aynı tutumu sergilememesi doktrinde eleştirilere uğramıştır³¹⁸. Gerçekten de Yargıtay' ın kira sözleşmelerinin uyarlanmasında kriz ortamının yarattığı etkileri dikkate alırken, kredi sözleşmelerinin uyarlanması konusunda “Türkiye’ de yıllardır seyreden enflasyon dikkate alındığında, dövize

³¹⁵ Gürsoy, 1950: 71; Feyzioğlu, 1978: 35.

³¹⁶ 02.06.1941 tarihli kararı için Bk.. Gürsoy, 1950: 75; Feyzioğlu, 1978: 27; Sungur, 1943: 240 vd.

³¹⁷ Gürsoy, 1950: 89.

³¹⁸ Burcuoğlu, 1945: 41; Kocayusufoğlu vd., 2016: § 20, Nr. 10; Baysal, 2017: 115.

endeksli kredilerin tutarındaki yükselmenin, olağanüstü bir durum değildir” demek suretiyle ekonomik krizleri göz ardı etmesi, eleştirilmesi haklı bir durumdur³¹⁹.

Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğü hallerinde sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması kurumu, sonuç itibarıyla Alman hukukunda düzenlenen işlem temeli öğretisini benimsemiş olsa da, tarihsel gelişim sürecinde Alman hukukunun izlediği yolu benimsememiştir. Zira Alman hukukunda bu konuda öncelikle doktrinde farklı görüşler benimsenmiş, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasının dogmatik temeline ilişkin teoriler geliştirilmiş ve nihayetinde BGB § 313 hükmüyle işlem temelinin çökmesi teorisi kanunileştirilmiştir. Türk hukukundaki tarihsel gelişim ise bu yönüyle Alman hukukundan ayrılmış ve İsviçre hukuku ile benzerlik göstermiştir. Bu bakımdan, hem Türk hukukunda hem de İsviçre hukukunda sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması önce mahkeme içtihatlarında kabul edilmiş ve sonra sözleşmelerin uyarlanmasına hak tanıyan teoriler geliştirilerek bu durumun dogmatik temelleri açıklanmaya çalışılmıştır. Yine her iki hukuk sisteminde de sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda genel kabul, bu kurumun dogmatik temelinin dürüstlük kuralından kaynaklandığıdır.

Ancak zaman içerisinde Türk hukukunda bu genel kabulden vazgeçilerek, Alman hukukunda düzenlenen işlem temelinin çökmesi teorisi benimsenmeye başlanmış ve bu değişik durum Yargıtay içtihatlarında da vurgulanmıştır. Nihayet, İsviçre’de olduğu gibi 818 sayılı Borçlar Kanunu’nda düzenlenmeyen bu durum, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda “Aşırı İfa Güçlüğü” başlığı altında madde 138 hükmüyle düzenlenmiştir. Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğüne ilişkin mevcut düzenlemeler ve aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeye müdahalenin şartları incelenmeden önce, bu kuruma ilişkin Türk hukukunda benimsenen görüşleri incelemek gerekir.

TBK m. 138 düzenlemesinden önce, Türk hukukundaki baskın görüş, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasını, TMK m. 2/I’ de düzenlenen dürüstlük kuralına dayandırır³²⁰. Bu konuda sözleşmelerin uyarlanması bakımından TMK m. 2/I’ deki dürüstlük kuralı ile TMK m. 2/II’ de düzenlenen hakkın kötüye kullanılması yasağı arasında bir ayırım yapılmıştır³²¹. Zira bu iki kavram birbirinden oldukça farklı hatta Serozan’ ın deyişiyle “sanki iki ayrı dünyaya aittir”³²². Sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması kapsamında değerlendirilen dürüstlük kuralından anlaşılması gereken, başta sözleşmeler olmak kaydıyla hukuki işlemlerin yorumlanması ve gerektiğinde yeni şartlara uyarlanması, tarafların hukuki

³¹⁹ Yargıtay, 1994/5786 E, 1994/9585 K, 12.12.1994 tarihli kararı için Bk.. (Kazancı).

³²⁰ Erman, 1979: 54; Akyol, 1995: 83; Oğuzman ve Barlas, 2017: Nr. 944; İmre, 1976: 190; Gönensay, 1939: 170.

³²¹ Akyol, 1995: 23; Oğuzman ve Barlas, 2017: 848 vd.

³²² Serozan, 2004a: § 9, Nr. 9.

işlemlerde uymaları gereken yükümlülüklerinin belirlenmesi ve sözleşmelerin tamamlanması işlevleridir³²³. Bu kapsamda sözleşmedeki dengenin, önceden öngörülme-yen nedenlerle aşırı derecede bozulması halinde sözleşmenin yeniden gözden geçirilmesi, bu mümkün olmadığı takdirde ise sözleşmenin sonra erdirilmesi MK m. 2/I’ de yer alan dürüstlük kuralına dayanmaktadır.

Türk hukukunda bu konuda ileri sürülen diğer bir görüş ise, sözleşme boşluğu görüşüdür. Buna göre değişen koşullar halinde sözleşmelerin uyarlanması meselesi, sözleşme boşluklarının hakim tarafından tamamlanması ile ilgilidir³²⁴. Doktrinde Eren tarafından benimsenen bu görüş uyarınca sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanacağı konusunda sözleşmede veya kanunda herhangi bir hüküm bulunmaması halinde bir uyarlama boşluğu meydana gelir. Bu uyarlama boşluğu hakim tarafından TMK m. 1/II uyarınca doldurulmalı ve dürüstlük kuralı çerçevesinde tarafların farazi iradelerini tespit ederek sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamalıdır. Eğer hâkimin tarafların farazi iradelerini tespit edememesi halinde ise adalet ve hakkaniyete göre karar vermelidir.

Gürsoy ise sözleşme boşluğu görüşünü, hâkimin sözleşmenin içeriğine müdahale etmesi halinde ancak sözleşmeyi değiştirebileceği, buna karşılık sözleşmeyi tamamlamasının ya da yorumlamasının mümkün olmadığından bahisle eleştirir³²⁵.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili görüşlerden bir diğeri ise, Dural tarafından ileri sürülen kanun boşluğu görüşüdür. Dural’ a göre bu konuda kanunda bir boşluk söz konusudur. Bu durumda hakim TMK m. 1’ de hakim hukuk yaratması kapsamında kendisine verilen yetkiyi kullanarak öncelikle tarafların iradelerini yorumlayacak ve sonradan değişen koşullara uygun bir hüküm bulup, bunu uygular. Eğer bu mümkün değilse, bu durumda sözleşmede bir boşluk olduğu için bu boşluğu dürüstlük kuralı çerçevesinde tamamlar³²⁶. Bununla beraber, eğer yorum suretiyle sözleşmede bir boşluk olduğu sonucuna varılmış ise, bu durumda bu boşluğun niteliğine uygun düşecek ölçüde mevcut kanun hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması yoluyla çözülmesi gerektiği de savunulmuştur³²⁷. Hukuki kıyas olarak adlandırılan bu yöntemle, kanundaki boşluk birden fazla kanun hükmünün kıyasen uygulanması ile de çözülebilir. Bu konuda tek bir maddeye dayandırmak yerine, uygun kanun hükümlerinin kıyasen uygulanması ile genel bir ilke oluşturulması ve meseleyi bu şekilde çözülmesi savunulur.

³²³ Serozan, 2004a: § 9, Nr. 9; Atamer, s. 168 vd.

³²⁴ Eren, 2016a: 483; Kaplan, 1987: 130.

³²⁵ Gürsoy, 1950: 18 vd.

³²⁶ Dural, 1976: 64.

³²⁷ Kocayusufoğlu vd., 2016: § 20, Nr. 7; Serozan, 2004a: §5, Nr. 36; Baysal, 2017: 128.

Aşırı ifa güçlüğü ile ilgili olarak kanuni düzenlemede bulunması bakımından Türk hukukunun, İsviçre hukukundan ayrılıp Alman hukukuna yaklaşmış olduğu düşünülebilir. Nitekim madde 138'in gerekçesinden de açıkça anlaşılabacağı üzere, aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temeli Alman hukukundaki işlem temelinin çökmesi teorisi'dir. Bununla beraber, bu iki hukuk sisteminden birisine olan yaklaşma görüldüğü kadar keskin değildir. Zira eskiden beri sözleşmelerin uyarlanmasının temelini teşkil eden MK m. 2/I' deki dürüstlük kuralından hareket eden görüş, hala geçerliliğini korumaktadır.

Yukarıda da açıkladığımız üzere, Türk hukukunda sözleşmenin değişen koşullar uyarlanmasının hukuki temelini oluşturan dürüstlük kuralı görüşüne göre sözleşme kurulduktan sonra koşulların değişmesi, edimler arasındaki dengeyi önemli ölçüde bozması halinde sözleşmeyle bağlı kalmak, dürüstlük kuralına aykırı olur³²⁸. Doktrindeki bu baskın görüş geçerliliğini tam olarak yitirmemiştir. Zira hem madde 138 hükmünde hem de hükmün gerekçesinde açıkça belirtildiği gibi aşırı ifa güçlüğü bir anlamda dürüstlük kuralına da dayanmaktadır. Bu son durumda Türk hukuku açısından aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temeli olarak dürüstlük kuralı ve işlem temelinin çökmesi teorisi birlikte anılmıştır.

Bu bakımdan her ne kadar kaynak kanun ülkesi olan İsviçre' de farklı bir uygulama olsa da, Türk hukuku bakımından aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelinin işlem temelinin çökmesi teorisi olduğu kabul edilmeli ve Alman işlem temelinin çökmesi teorisinin özelliklerinin göz önüne alınması gereklidir³²⁹. Diğer bir deyişle, TBK m. 138 hükmüyle birlikte artık sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması konusunda Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı bir yol izlendiği ve Alman hukuku ile paralellik arz ettiği kabul edilmelidir.

Bununla birlikte her ne kadar aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelini işlem temeli teorisi oluştursa da, TBK m. 138, işlem temelinin bir türü olan aşırı ifa güçlüğü'nü düzenlemektedir. İşlem temeli denince akla gelen edimler arasındaki dengenin bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın anlamını yitirmesi gibi diğer alternatifler bu madde kapsamında değildir. Bu nedenle klasik anlamda işlem temeli öğretisinden bir sapma söz konusudur. Doktrinde bu husus haklı olarak eleştirilmiş hatta bu nedenle TBK m. 138 düzenlemesinin işlem temeli teorisi ile açıklanamayacağına dair görüşlerde dahi bulunulmuştur³³⁰.

Bu konu ile ilgili olarak Adalet Komisyonu Açıklamasında şu hususlar belirtilmiştir:

“Tasarının 137 nci maddesi teselsül nedeniyle 138 inci madde olarak aynen kabul edilmiştir.

³²⁸ Erman, 1979: 54; Akyol, 1995: 83; Oğuzman ve Barlas, 2017: 944; İmre, 1976: 190; Gönensay, 1939: 170.

³²⁹ Topuz, 2009: 306; Baysal, 2017: 141 vd.

³³⁰ Canbolat, 2012: 233.

Ancak Tasarının 137 nci maddesi ile ilgili tekrar-i müzakere talebinde bulunulmuş ve maddenin yeniden görüşülmesi sırasında madde başlığının “sözleşmenin uyarlanması” biçiminde değiştirilmesi, aşırı ifa güçlüğü dışında kalan uyarlama sebeplerinin de mukayeseli hukuk ve doktrin temelinde düzenlenmesi gereği dile getirilmiştir. Sorunla ilgili olarak bir öneri de geliştirilmiş, çözüme bilim kurulu karşı çıkmış, Komisyonca, Genel Kurul aşamasına kadar bir önerge geliştirilmesi temennisi ile madde onaylanmıştır(...)

(...) Tasarı ifa güçlüğü dışında kalan uyarlama sebeplerini kapsamamaktadır. İfa güçlüğü oluşturmaya bile karşı edimin değerinin azalması sebebiyle edimler arası dengenin bozulması, sözleşme amacının bozulması gibi işlem temelini çökmesi halleri dışarıda bırakılmıştır. Bu durumda uyarlamanın düzenlenmemesi tercih olunmalıdır. Çünkü bu halde diğer uyarlama sebeplerinin aksi ile kanıt yorumu yoluyla yasaklandığı sonucuna ulaşılabilir. Doktrin buna özellikle işaret etmektedir. Düzenleme yokluğunda yargı (TMK m. 2/I veya m. 1/II) yoluyla soruna özgü içtihat hukukunu geliştirerek ihtiyacı giderecektir.”

Bu durumda sadece işlem temelini görünüm biçimlerinden birisi olan aşırı ifa güçlüğünün TBK m. 138 düzenlenmiş olması karşısında, edimler arasındaki dengenin bozulması ve sözleşme amacının bozulması durumları gibi diğer işlem temeli türleri halinde sorunun MK m. 2/I veya MK m. 1/II hükümleri çerçevesinde çözümlenmesinden başka çare kalmamıştır.

Kanuni düzenleme sürecinde öncelikle Borçlar Kanunu Tasarısında madde 143 de düzenlenen bu durum şu şekilde kaleme alınmıştır:

Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebepler ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları kendisinden ifanın istenmesini hakkaniyete 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 sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Sürekli edimli sözleşmelerde dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkı alır.

Söz konusu düzenleme bazı değişikliklere uğrayarak madde 138 hükmüyle yasalaşmıştır. Yürürlükteki TBK m. 138’e göre:

Sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülmeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkar ve sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde borçlu aleyhine değiştirir ve borçlu da borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa borçlu, hakimden 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.

3.1.2. Aşırı İfa Güçlüğü'nün Hukuki Temeli Olarak İşlem Temeli Teorisi

3.1.2.1. İşlem Temelinin Türk Hukuku Bakımından Anlamı

İşlem temeli teorisi, bir yandan aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin içeriğine müdahale hakkının dogmatik temelini oluştururken, diğer yandan da sözleşmenin içeriğine yapılacak olan müdahalenin şartlarının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Zira sözleşme kurulduktan sonra şartların değişmesi halinde, bu durumun aşırı ifa güçlüğü hali olarak tanımlanması için öncelikle ortada işlem temeli halinde gelen durumların bulunması gerekir³³¹.

TBK m. 138 hükmünün düzenlenmesinde esas alınan ve bu suretle en önemli kaynak özelliği taşıyan Alman hukuk doktrinde işlem temeli öğretisinin uygulanması bakımından işlem temelinin üzerinde herkesin hemfikir olduğu bir tanım bulunmamaktadır. Ancak, bu durum, aşırı ifa güçlüğü kavramının tanımlanması bakımından önemli bir eksiklik teşkil etmez. Zira BGB m. 313' de olduğu gibi TBK m. 138' de de aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temeli olan "işlem temelinin çökmesi teorisi" somut durumun özelliklerinin önemli yer tutması niteliği bakımından açık bir tanımlamaya müsait değildir. Bu durumda işlem temeline yönelik olarak yapılacak her hangi bir tanım, bu kurumun somut olayda gerçekleşen durumlardan birisine uygun düşse de diğer bir olayda uygulanması adaletsiz bu sonuca yol açabilir.

Bu bağlamda, ne BGB § 313 hükmünde ne de TBK m. 138 hükmünde kanun koyucu işlem temeline ilişkin her hangi bir kanuni tanım getirmemiştir. Ancak yine de somut olayda "işlem temeli haline gelen durumların olması" unsurunun gerekli şekilde gözetilebilmesi için, hangi durumların işlem temeli sayılacağından çok, bir durumun hangi şartlar altında işlem temeli sayılacağı meselesinin çözülmesi gerekir. Yani "işlem temeli haline gelen durumlardan" ne anlaşılması gerektiğini açıklamak gerekir³³².

İşlem temeli haline gelen durumların ortaya konulması için, işlem temelinin "konu" itibariyle sınırlandırılması gerekir ki, bu da, sözleşme rizikosudur. Sözleşme rizikosu, işlem temelinin konusunu oluşturur. Diğer bir deyişle, işlem temelinin çökmesi teorisinin asıl konusu sözleşme rizikosunun gerçekleşmesine kimin katlanacağıdır. Sözleşme rizikosundan anlaşılması gereken, "gerçek durumun" doğru şekilde değerlendirilememesi tehlikesidir³³³.

Bir sözleşmede gerçek durumun doğru şekilde değerlendirilememesi tehlikesi her zaman varlığını korur. Bu tehlikenin nedeni, tarafların bilgisizlikleri olabilir. Zira sözleşme

³³¹ Medicus, 2002: § 53, Nr. 865; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 8; Hochloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 17 vd.; Emmerich, 2005: § 27, Nr. 20 vd.

³³² Medicus, 2002: § 53, Nr. 862; Hochloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 17.

³³³ Haarman, 1979: 57; Muthers vd., 2002: 13; Bischoff, 1983: 17.

kurulduktan sonra gerçekleşecek olan durumlar belirsizdir. Geleceğin belirsiz olmasından dolayı ortaya çıkan bir diğer durum ise tarafların yanlış değerlendirmeleri, öngörüleridir. Tarafların sözleşme kurulurken mevcut durumlara ilişkin bilgisiz olması halinde mevcut bir rizikonun gerçekleşmesi tehlikesi varken, sözleşme kurulduktan sonraki şartların değişmesi halinde de geleceğe ilişkin belirsizliklerden kaynaklanan yanlış tahminler söz konusu olacak ve gerçekleşme tehlikesi olan rizikolar söz konusu olur. Eğer gerçek durum herhangi bir nedenle doğru şekilde değerlendirilemezse, sözleşme rizikosu gerçekleşebilir. Bu durumda, gerçekleşen rizikoya kimin katlanacağını tespit edilmesi meselesi, işlem temeli teorisinin konusuna ilişkin bir meseledir³³⁴.

Dolayısıyla sözleşmenin kurulduğu andaki mevcut gerçeğin bilgisizlik nedeniyle yanlış takdir edilmesi ile geleceğe ilişkin meselelerin yanlış tahmin edilmesi, işlem temelinin bozulması kapsamında eşit kabul edilir ve her iki durumda da gerçek durumun doğru şekilde değerlendirilememesi söz konusu olur³³⁵.

Bilgisizlik nedeniyle, sözleşmenin kurulduğu andaki "gerçeğin" doğru olarak değerlendirilememesi, genellikle tarafların ortak beklentilerinin boşa çıkması sonucunu doğurur ki burada ortak saik hataları söz konusudur. Bu bakımdan, ortak saik hatası, yani sözleşmenin kurulduğu andaki gerçek durumun taraflarca yanlış değerlendirilmesi işlem temelinin başlangıçtaki eksikliğini düzenleyen BGB § 313/II hükmünde düzenlenen sözleşme rizikosudur³³⁶.

Belirsizlik nedeniyle, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek olan durumların doğru tahmin edilememesi halinde ise, gerçekleşme tehlikesi bulunan sözleşme rizikolarının ortaya çıkması halinde aşırı ifa güçlüğü söz konusu olur. Bu bakımdan, aşırı ifa güçlüğü halleri, sözleşmenin kurulmasından sonra gerçekleşecek olan "gerçeğin" değerlendirilememesine ilişkin sözleşme rizikolarıdır. Bu rizikolar, Alman hukukunda BGB § 313/I hükmü kapsamında işlem temelinin sonradan bozulmasının hallerine örnek teşkil durumlarıdır³³⁷.

Sonuç itibarıyla, işlem temelinin genel geçer bir tanımı yoktur. İşlem temelinin kesin bir tanımının yapılması somut olayın özelliklerine göre yanlış sonuçlar doğurabilir. Eğer somut olaya ilişkin özelliklere gereğinden fazla itibar edilir ise, bu durum da keyfiyete yol açar. Bu nedenle işlem temelinin, sözleşme rizikosu kavramından hareketle konu itibarıyla somutlaştırılması gerekir. Bu somutlaştırma, sözleşme rizikosunun gerçekleştiği zaman

³³⁴ Köhler, 1971: 162 vd; Flume, 1979: 497 vd; Fikentscher, 1971: 22; Haarman, 1979: 34; Bischoff, 1983: 17.

³³⁵ Haarman, 1979: 57.

³³⁶ Flume, 1979: 498 vd; Fikentscher, 1971: 31.

³³⁷ Haarman, 1979: 57.

dikkate alınarak ikiye ayrılır. Sözleşme rizikosu, sözleşme kurulduğu zaman gerçekleşmiş ise, işlem temelinin başlangıçtaki eksikliği söz konusu olur ki nedeni tarafların bilgisizliğidir. Bu durumda sözleşme rizikosunu, ortak saik hataları oluşturur. Sözleşme rizikosu, sözleşme kurulduktan sonra gerçekleşirse, işlem temelinin sonradan bozulması söz konusu olur. Bu durumda da tarafların geleceğin belirsizliğinden kaynaklanan yanlış tahminleri söz konusu olur. Konumuz itibariyle "sözleşme rizikosundan" anlaşılması gereken, aşırı ifa güçlüğüne yol açan sözleşme rizikolarıdır.

İşlem temeli kavramını açıklarken, hangi durumların işlem temeli teşkil edeceğinden hareket edilmesi gerektiğinden bahsedilmiştir. Bu kapsamda işlem temelinin konusunun sözleşme rizikoları olduğunu belirttik. Bunun yanında, işlem temelinin kapsamını belirlerken bunun dışında kalan sözleşme rizikolarının da tespit edilmesi gerekir. Zira her sözleşme rizikosu işlem temeli olarak anlaşılmamalıdır. İşlem temeline konu olan rizikoları saymak, işlem temelinin kesin bir tanımını yapmak kadar zor ve aynı zamanda niteliğine aykırı bir durum olacağı için, burada işlem temeli sayılmayan sözleşme rizikolarının belirlenmesi daha doğru olacaktır. Hangi sözleşme rizikolarının işlem temeli olarak mütalaa edilmeyeceği tespit edilirse, genel olarak işlem temeli kavramının konusu ve sınırları da tespit edilmiş olur.

İşlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünde belirtildiği gibi “somut olayın bütün özelliklerinin, özellikle de kanuni veya sözleşmesel risk dağılımının göz önünde tutulması sonucunda taraflardan birinden sözleşmeyle olduğu gibi bağlı kalmasının beklenmeyeceği durumlar” işlem temelinin kapsamını sınırlamamızda bize yol göstermektedir. Bu ifadeden anlaşılması gereken, aşırı ifa güçlüğü halinde somut olayda uygulanabilecek nitelikte, sözleşmenin içeriğinde tarafların doğrudan yaptıkları bir düzenleme veya kanunda tamamlayıcı nitelikte bir başka düzenleme varsa, artık bu sözleşme rizikoları, artık BGB § 313 hükmünün uygulama alanı dışında kalır. Diğer bir deyişle, dürüstlük kuralından kaynaklanan bir hüküm olan BGB 313, niteliği itibariyle tamamlayıcı bir düzenlemedir ve sözleşmede taraflarca rizikonun gerçekleşmesine kimin katlanacağına ilişkin bir düzenleme yapması halinde ya da bu hususun kanunen belirlendiği hallerde, artık bu sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi işlem temelinin konusunu teşkil etmez³³⁸.

3.1.2.2. İşlem Temelinin Konusu Kapsamındaki Sözleşme Rizikoları

3.1.2.2.1. Edimler Arasındaki Dengenin Bozulması

Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması kavramı, kanımızca TBK m. 138'deki işlem temeli kapsamında değerlendirilmesi gereken bir durumdur. Edimler arasındaki

³³⁸ Oertmann, 1921: 31; Köhler, 1971: 132; Fikentscher, 1971: 31 vd., 35 vd.; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 35; Hochloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 18; Emmerich, 2005: § 27, Nr. 27.

dengein bozulmasına örnek olarak hukuki, ekonomik veya siyasi nedenlerle maddi edim ile para edimi arasındaki dengein taraflardan birisi aleyhine sonradan bozulduğu durumlar gösterilebilir³³⁹. Ancak edimler arasındaki dengein bozulmasından bahsedebilmek için, yukarıda da belirttiğimiz üzere, öncelikle tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmenin bulunması gerekir.

3.1.2.2.2. Aşırı İfa Güçlüğü

Sözleşmedeki maddi edim ile para edimi arasındaki dengein bozulduğu durumlar, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması olarak nitelendirilirken, maddi edim borçlusunun aleyhine gelişen durumlar ise aşırı ifa güçlüğü anlamında değerlendirilir³⁴⁰.

Bu durumda, sözleşmenin kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesi ve maddi edim borçlusunun borcunu ifa etmesini aşırı derecede zorlaştırdığı durumlar aşırı ifa güçlüğü kapsamına girer.

Bu bakımdan, edimin ifası mümkün olmakla birlikte, söz konusu borcun yerine getirilmesi borçlunun ekonomik durumunu ağırlaştırıyorsa, aşırı ifa güçlüğü söz konusu olur. Aşırı ifa güçlüğünde mevcut durum ile sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar birbirini tutmamaktadır. Borçlu dışında meydana gelen, savaş, deprem, aşırı enflasyon gibi sebeplerle borcun ifası dürüstlük kuralı gereğince borçludan beklenemez bir hale gelmişse, aşırı ifa güçlüğüne oluşacağı kabul edilmelidir. Çünkü böyle bir durumda borçlu, edimin ifasını gerçekleştirebilmek için, elde edeceği karşı edimle kıyaslanamayacak ölçüde masraf ve emek sarf etmek zorunda kalır³⁴¹.

3.2. Aşırı İfa Güçlüğüne Unsurları

3.2.1. Genel Olarak

Aşırı ifa güçlüğüne düzenleyen TBK m. 138'e göre

“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

³³⁹ Kegel, 1953: 150; Chiotellis, 1981: 125; Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 251; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 147 vd; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 29; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 237.

³⁴⁰ Kegel, 1953: 151; Larenz, 1963: 78; Emmerich, 2005: § 313 BGB, Nr. 47; Bu kavramı “ekonomik imkansızlık olarak nitelendiren görüşler için Bk.. Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 68; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 229.

³⁴¹ Guhl vd., 2000: § 7, Nr. 19; Bischoff, 1983: 126 vd.; Bucher, 1988: 418; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 19-22, Nr. 256; Gauch ve Schluep, 1995: Nr. 635.

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.”

TBK m. 138’ de yapılan bu tanımlamadan yola çıkarak aşırı ifa güçlüğü’nün unsurlarını şu şekilde belirleyebiliriz. Buna göre öncelikle sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme-yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum ortaya çıkmış olmalıdır. Bu durum borçludan kaynaklanmamış olmalıdır. Bu durum sözleşmenin yapıldığı sıradaki mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmalıdır. Borçlu borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır.

3.2.2. Sözleşmenin Yapıldığı Sırada Taraflarca Öngörülme-yen ve Öngörülmesi De Beklenmeyen Olağanüstü Bir Durumun Ortaya Çıkması

3.2.2.1. İşlem Temeli Haline Gelen Durumlardaki Olağanüstü Değişiklik

Belirli bir durumun işlem temeli haline gelmiş olması aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeye müdahale edilebilmesi için sadece ön şarttır. Bu kapsamda işlem temelinin konusunu teşkil eden sözleşme rizikolarının gerçekleşmesinin yanında, bulunması gereken bir diğer unsur ise somut olayda işlem temeli haline gelen durumların sözleşmenin kurulmasından sonra ağır surette değişmiş olması gerekir. BGB § 313’ e göre bu unsurun gerçekleşmiş kabul edilebilmesi için, herhangi bir zamanda gerçekleşen bir değişiklik değil, madde hükmünde ifade edildiği üzere, "sözleşme kurulduktan sonraki bir zamanda" "işlem temeli haline gelen durumların" "ağır surette değişmiş olması" gereklidir³⁴². TBK m. 138’ de ise bu konuda “sözleşmenin yapıldığı sırada öngörülme-yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum” ifadesi kullanılmıştır. Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğü’ne neden olan işlem temeli haline gelen durumların değişmesi, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelmiş olmalıdır.

Meydana gelen değişikliğin ağırlığı konusunda ise Türk hukuku ile Alman hukuku arasında farklılık söz konusudur. Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi için ağır surette bir değişiklik aranır. "Ağır surette değişme" ifadesine gerek BGB § 313 hükmünde gerek Alman Federal Mahkeme içtihatlarında vurgu yapılmaktadır³⁴³. Ancak kanunun lafzında bundan ne anlaşılması gerektiği açık bir şekilde belirtilmemiştir. Doktrinde de bu unsur hakkında farklı görüşler bulunmaktadır.

³⁴² Medicus, 2002: § 53, Nr. 865; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 8; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 22 vd.; Schulze, 2005: § 313 BGB, Nr. 13; Emmerich, 2005: § 27, Nr. 20; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 231 vd; Yarg. HGK, 18.11.1998, 815/835; Yarg. HGK, 12.11.2014, 2014/1614E, 2014/900K.

³⁴³ BGH 23.10.1957, BGHZ 25, 390 (393); BGH 04.10.1988, BGHZ 105, 243 vd. = NJW 1989, s. 289.

Bir görüşe göre, burada "ağır surette değişme" durumunun özellikle vurgulanması yapılması, esasında hükmün uygulaması bakımından esaslı bir unsur değildir. Zira sözleşmenin değişen koşullara uygulanabilmesi için, işlem temeli haline gelen durumlarda meydana gelen değişikliklerin taraflarca öngörülmeyecek ve öngörülmesi de mümkün olmayacak şekilde gerçekleşmesi unsurunun içinde bulunur. Diğer bir deyişle, işlem temeli haline gelen durumlardaki değişikliklerin, taraflarca öngörülmeyecek nitelikte olması gerekirken, bu değişikliğin ağır bir değişiklik olduğu vurgulanmaktadır³⁴⁴. Bu husus, Alman Federal Mahkemesi'ne göre de "işlem temeli haline gelen durumlardaki değişme öyle ağır surette olmalıdır ki, katlanılamaz, hak ve adaletle bağdaştırılamaz ve bu nedenle de beklenilemez sonuçlara neden olmalıdır" şeklinde ifade edilmiştir³⁴⁵.

Dolayısıyla, şartların ağır surette değişmesi, işlem temelinin çökmesi için değil, olsa olsa taraflar açısından beklenilmez surette olması için aranan bir unsur olarak değerlendirilir. Burada söz konusu ifade zaten taraflarca "öngörülemeyen bir değişiklik" kapsamında değerlendirilirken, tekrardan vurgulanmasının amacı, sözleşmeyle bağlılık ilkesinden sapmanın her durumda değil, sadece istisnai durumlarda gerçekleşeceğinin belirtilmesidir.

Diğer bir görüşe göre ise, "ağır surette değişme" unsuru, BGB § 313 hükmünün istisnai niteliğine işaret eden ve ön planda olan bir unsurdur. Bu durumda, işlem temeli haline gelen durumların öyle ağır surette değişmiş olması gerekir ki, taraflar işlem temeli haline gelen durumların değişeceğini bilmiş olsalardı, sözleşmeyi hiç yapmayacak veya başka türlü yapacaktı denilebilmesi gerekir³⁴⁶. Ayrıca, işlem temelinin sonradan bozulması nedeniyle sözleşmeye herhangi bir müdahale yapılabilmesi için, sözleşmenin temeli haline gelen durumların her türlü değişmesi değil, özellikle sözleşme ve kanunda risk dağılımına ilişkin hükümler dikkate alındığında, sözleşmeyle bağlı kalınması beklenilemeyecek kadar ağır surette değişmesi gerekmektedir. Bu bakımdan, "ağır surette değişme" unsuru değişimin ağırlığını açıklayan unsurdur.

İşlem temelinin sonradan bozulması için, işlemin temeli haline gelen durumlardaki değişikliklerin taraflar açısından belirli bir ağırlığa ulaşması gerekir³⁴⁷. Bu nedenle, işlem temeli haline gelen durumların sonradan ağır surette değiştiğinden bahsedilebilmek için, söz konusu değişikliğin taraflar bakımından da sübjektif olarak belli bir ağırlığa ulaşmış olması yani, taraflar bu değişikliklerin farkında olsaydı sözleşmeyi en azından başka bir içerikte

³⁴⁴ Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 233.

³⁴⁵ BGH 25.02.1993, BGHZ 121 378 (393), Topuz, 2009: 200'den naklen.

³⁴⁶ Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 22 vd.; Emmerich, 2005: § 27, Nr. 25 vd.; Schulze, 2005: § 313 BGB, Nr. 13.

³⁴⁷ Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 8; Schulze, 2005: § 313 BGB, Nr. 14; Emmerich, 2005: § 27, Nr. 21; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 232.

yapacak olmaları gerekir. Dolayısıyla işlem temeli haline gelen durumlardaki değişiklikler böyle bir ağırlığa ulaşmadıkça, diğer unsurlar gerçekleşmiş olsa bile, durumların ağır surette değişmesinden bahsedilemez.

Taraflar açısından bulunması gereken sübjektif ağırlık kıstasının belirlenmesinde, ölçü olarak, sözleşmenin kurulduğu zaman dikkate alınır³⁴⁸. Burada tarafların sözleşme yapıldığı sıradaki tutum ve davranışları da belirleyici olabilir. Örneğin, taraflar sözleşmenin kurulduğu sırada işlem temeli haline gelen durumların değişmesini görmüş olmalarına karşın sözleşmede bunun için uyarılama kaydı gibi herhangi bir çözüm kararlaştırmamış iseler, şartlar ne kadar ağır değişirse değişsin tarafların iradelerinin sözleşmeyle bağlı kalma yönünde olduğu kabul edilmelidir. Dolayısıyla aşırı ifa güçlüğünden dolayı sözleşmenin içeriğine müdahale edilebilmesi için burada en azından bulunması gereken, tarafların işlem temeli haline gelen durumlardaki değişikliği düşünmüş olmaları ancak gerçekleşmeyeceği varsayımından hareketle herhangi bir düzenleme yapmamış olmalarıdır³⁴⁹.

Tarafların iradelerinin bu yönde olmasının belirlenmesinde, her iki tarafın da iradeleri önem taşır. Tarafların böyle bir iradeyi taşıyıp taşımadığı belirlenemiyorsa bu durumda dürüst, ortalama, makul bir kişinin bakış açısı ölçü alınmak suretiyle tarafların varsayıma dayalı iradeleri belirlenecektir³⁵⁰. Bununla beraber, işlem temelindeki değişikliğin taraflar açısından sübjektif bir ağırlığa ulaşması, yani bu değişikliği bilselerdi sözleşmeyi hiç veya bu haliyle yapmayacak olmaları, somut durum açısından çok da ayırt edici değildir. Zira çoğu zaman tarafların iradeleri bu yönde olabilir.

Bu bakımdan, işlem temeli haline gelen durumların ağır surette değişip değişmediğinin belirlenmesi bakımından asıl belirleyici unsur, söz konusu değişikliğin taraflar açısından “sözleşmeyle bağlı kalınmasının beklenilemez olmasıdır”. Bu unsurun gerçekleşmesi halinde, tarafların varsayıma dayalı iradelerinin de çoğunlukla sözleşmeyi hiç yapmayacakları veya en azından başka türlü yapacakları yönünde olduğu kabul edilebilir³⁵¹.

Dolayısıyla Alman hukuku bakımından işlem temeli haline gelen durumlardaki ağır suretteki değişiklik kavramı, aslında borçludan ifanın beklenilemez olması unsuruna hizmet etmektedir. Türk hukuku bakımından ise durum farklıdır. Zira TBK m. 138’ den de anlaşılacağı üzere aşırı ifa güçlüğü’nün oluşması için sözleşme kurulduğu anda taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi de beklenmeyen “olağanüstü bir değişiklik” olması gerekir.

³⁴⁸ Schulze, 2005: § 313 BGB, Nr. 14.

³⁴⁹ Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 232.

³⁵⁰ BGE 115 II 484.

³⁵¹ Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 66 vd; Bender, 2004: 65; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 232; BGH XI ZR 189/93; BGH XI ZR 425/04.

Aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeye müdahale edilmesinin şartları konusunda Türk hukuku ile Alman hukukunda kabul edilen işlem temeli teorisinin en belirgin farklılığı kendisini burada göstermektedir. Türk hukuku açısından sözleşme kurulduktan sonra koşullarda meydana gelen değişikliğin objektif nitelikte olması aranmaktadır. Diğer bir deyişle meydana gelen değişiklik herkesi etkileyecek nitelikte olağanüstü ve genel nitelikli bir değişiklik olmalıdır. Bu husus TBK m. 138’de “olağanüstü bir durum” şeklinde vurgulanmıştır³⁵².

Aşırı ifa güçlüğü’nün kanunlaşmasından önceki dönemde, Türk/İsviçre hukukunda bu husus doktrinde tartışmalara neden olmuş ve gerçekleşen sözleşmesel rizikoların olağanüstü nitelikte olmasının gerekip gerekmediğine ilişkin farklı görüşler savunulmuştur.

Şartların değişmesinin öngörülmecek ve öngörülmesi de beklenilemeyecek nitelikte olması hususunda, doktrinde bir genel kabul olmakla birlikte, bu değişikliklerin ayrıca olağanüstü ve genel nitelikte olması gerektiğinin en sıkı savunucusu Bischoff’ tur. Bischoff’ a göre, aşırı ifa güçlüğü hallerinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için, durumlarda meydana gelen öngörülemeyen değişiklikler, sosyal felaketler ve doğal felaketler gibi tamamen olağanüstü, objektif; herkesi etkileyecek nitelikte olmalıdır³⁵³. Bu husus Türk hukukunda da hâkim görüştür³⁵⁴. Dolayısıyla sözleşme kurulduğu anda taraflarca öngörülmecek ve öngörülmesi de beklenmeyen bir değişiklik, taraflardan sadece birini veya birkaçını ilgilendiriyorsa, yani sübjektif nitelikli bir değişiklik ise işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması söz konusu olmaz. Doktrinde *Kocayusufpaşaoğlu* ve *Sungurbey* gibi yazarlar ise açıkça bu görüşü benimsememekle birlikte, bu hukuki durumu açıklamaya yönelik olarak verdikleri örneklerde, durumlardaki değişikliklerin olağanüstü nitelikte olmasını vurgulamışlardır³⁵⁵.

İsviçre hukukunda hakim görüşe³⁵⁶ göre ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için, sonradan meydana gelen değişikliklerin tamamen objektif ve olağanüstü nitelikli olmasına gerek yoktur. Buna göre, yerel olayların gerçekleşmesi halinde de öngörülemeyen bir değişiklik söz konusu olur. Buna karşılık durumlarda meydana gelen bir değişikliğin taraflarca öngörülemeyen nitelikte olması için bunun mutlaka olağanüstü olmasına gerek yoktur.

³⁵² Yarg. HGK, 18.11.1998, 815/835; Yarg. 23. HD 2017/522 E. 2017/3267 K. 16.11.2017; Yarg.3. HD, 2017/261 E. 2017/781 K.; 6. HD, 21.06.2016, 2016/5122 E, 2016/4844 K.; 6. HD 2015/10533 E. , 2015/9820 K. 12.11.2015 ;6. HD, 2015/7802 E. , 2016/2888 K. 07.04.2016.

³⁵³ Bischoff, 1983: 184.

³⁵⁴ Gürsoy, 1950: 106; İnal, s. 293; Oğuzman ve Barlas, 2017: 221; İmre, 1976: 281.

³⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2017: 505; Sungurbey, 1984: 104.

³⁵⁶ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 350; Honsell, 2002: Art. 1 ZGB, Nr. 19; Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 101; Karş. BGE 59 II 372; BGE47 II 318.

Zira meydana gelen değişikliğin belirli bir ağırlıkta olmasının aranması, taraflarca öngörülebiyecek nitelikte olup olmamasının değerlendirilmesine hizmet etmektedir.

Bu husus Alman hukukunda da vurgulanmıştır. Nitekim Alman hukukunda savunulan bir görüşe göre de burada "ağır surette değişme" durumunun özellikle vurgulanması yapılması, esasında hükmün uygulaması bakımından esaslı bir unsur değildir. Zira sözleşmenin değişen koşullara uygulanabilmesi için, işlem temeli haline gelen durumlarda meydana gelen değişikliklerin taraflarca öngörülmecek ve öngörülmesi de mümkün olmayacak şekilde gerçekleşmesi unsurunun içinde bulunur. Diğer bir deyişle, işlem temeli haline gelen durumlardaki değişikliklerin, taraflarca öngörülmecek nitelikte olması açıklanırken, bu değişikliğin ağır bir değişiklik olduğu vurgulanmaktadır³⁵⁷. Bu nedenle sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan ve öngörülemeyen nitelikte olan bir değişiklik, sadece olağanüstü nitelikte olmaması nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına imkân vermemek, isabetli olmayacağı görüşü savunulmuştur³⁵⁸.

Bu konuda gerek TBK m. 138 hükmünde “olağanüstü bir değişiklik” ifadesine açıkça yer verilmesi gerek Türk doktrininde hâkim görüş teşkil etmesi nedeniyle, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için, durumlarda meydana gelen değişikliğin sosyal ve doğal felaketler gibi olağanüstü nitelikli olması gerekir. Buna karşılık bu görüşü eleştiren yazarların da ifade ettiği gibi, genel nitelikli objektif bir durum değişikliğinin istikrarlı bir şekilde aranması somut olaydaki menfaat dengesi açısından isabetli olmaz. Zira somut olayda taraflarca öngörülemeyen ve öngörülmesi beklenmeyen olağanüstü bir durumun, sırf herkesi ilgilendiren genel nitelikli bir değişiklik olmaması nedeniyle, aşırı ifa güçlüğü kapsamının dışında tutulması doğru olmaz.

Sözleşme kurulduğu andaki şartların sonradan değişmesi ile ilgili olarak, meydana gelen değişikliğin olağanüstü nitelikte olmasının kabulü, Yargıtay’ın yerleşik içtihatları ile de uyumluluk arz eder. Nitekim Yargıtay’ın da bu konudaki uzun zamandır süre gelen tutumu, meydana gelen sözleşme rizikosunun olağanüstü olması şartıyla sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının mümkün olduğu yönündedir³⁵⁹. Yargıtay kararlarında bu husus “*sözleşmenin uyarlanması için meydana gelen olayların savaş, ekonomik krizler, yüksek enflasyon, paranın aşırı derecede değer kaybetmesi gibi olağanüstü nitelikte olması gerekir.*” Şeklinde vurgulanmıştır.

³⁵⁷ Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 233.

³⁵⁸ Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 101.

³⁵⁹ Yarg. 13. HD, 26.11.1982, E. 1982/ 6186, K. 1982/ 7199; Yarg. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425; Yarg. HGK 17.09.1997, E. 1997/11-460, K. 1997/651; Y. HGK 30.10.2002, E. 2002/13-852, K. 2002/864; Y. HGK 07.05.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340; Bk.. (Kazancı)

3.2.2.2. Durumlardaki Değişikliğin Taraflarca Öngörülme ve Öngörülmesi de Beklenmeyen Bir Değişiklik Olması

TBK m. 138 uyarınca işlem temelinin çökmesine ilişkin aşırı ifa güçlüğü hallerinde sözleşmenin içeriğine müdahalenin söz konusu olması için gerekli olan bir diğer unsur, sözleşme kurulduktan sonra durumlarda meydana gelen değişikliğin taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen bir değişiklik olmasıdır. Diğer bir deyişle işlem temeli haline gelen durumlardaki değişikliğin taraflarca öngörülmemiş olması ve öngörülmesinin de beklenmemesi gerekir. Burada söz konusu olan husus, işlem temeli haline gelen durumların olağanüstü şekilde değişmesinin taraflara ilişkin subjektif yönünü teşkil eder. Kaynak hukuk konumundaki BGB § 313 hükmünde ise bu husus, işlem temeli haline gelen değişikliklerin taraflarca öngörülmüş olsaydı, sözleşmeyi hiç yapmayacak ya da bu içerikte yapmayacak olmaları olarak ifade edilir. Bu yönüyle Alman hukukunda işlem temelinin çökmüş olması için, meydana gelen değişikliğin taraflar açısından belirli bir ağırlığa ulaşması gerekir.

Görüldüğü gibi hem TBK m. 138 hem de BGB § 313 kapsamında işlem temelinin çökmüş olduğunu kabul etmemiz için tarafların, meydana gelen değişiklikleri öngörmemiş olması ve öngörmelerinin de beklenmemesi gerekir³⁶⁰.

Yukarıda da izah edildiği üzere, işlem temelinin konusu sözleşme rizikolarıdır. Sözleşme rizikolarının gerçekleşmesinde mevcut durum bakımından tarafların bilgisizliğinden kaynaklanan rizikolar, geleceğe ilişkin olarak da belirsizlikten kaynaklanan rizikolar mevcuttur. Gerçekten de “gelecek” belirsizdir. Bu durumda gelecekte meydana gelebilecek rizikolar asla kesin olarak bilinemez de, hayat tecrübeleri ve geleceğe ilişkin tahminler ile bir derecede öngörülebilirler. Eğer geleceğe ilişkin meydana gelme ihtimali olan bir riziko taraflarca öngörülmüş ise fakat sözleşmede buna ilişkin bir düzenleme yapılmamış ise, bu durumda gerçekleşecek olan rizikonun başta borçlu olmak üzere taraflarca göze alınmış olduğu anlamına gelir. Diğer bir deyişle bir rizikonun gerçekleşmesi genel hayat tecrübelerine göre öngörülebiliyor fakat kanunda tamamlayıcı nitelikte bir hüküm bulunmuyorsa ve bu duruma ilişkin sözleşmede de bir düzenleme bulunmuyorsa, rizikoyu taraflardan birisinin üstlenmesi söz konusu olur. Zira işlem temelinin çökmesi teorisinin amacı, en nihayetinde gerçekleşen bir rizikoya tarafların hangisinin katlanacağını tespit etmektir. Bu durumda Alman hukukunda genel kabul, geleceğe dair gerçekleşmesi ihtimali bulunan bir sözleşme

³⁶⁰ Belling ve Hartmann, 1997: 99; Finkenauer, 2012: 60-63; Hohloch, 2004: § 313, Nr. 24; Kegel, 1953: 201; Larenz, 1963: 107; Fikentscher, 1971: 70.

rizikosunun öngörülmüş olmasına rağmen bu konuda sözleşmede bir düzenleme yapılmaması halinde, daha sonra bu konuda işlem temelinin çökmüş olduğu iddia etmek kabul edilemez³⁶¹.

Sözleşmenin kurulması aşamasında ortaya çıkacak olan “olağanüstü durumun” taraflarca öngörülmüş olması ya da öngörülebilecek nitelikte olması, tarafların seçimlerini etkileyecek bir durumdur. Dolayısıyla gerçekleşeceği öngörülen durumla ilgili olarak tarafların gerekli önlemleri almaları ve sözleşmede bu duruma ilişkin düzenleme yapmaları gerekir³⁶². Eğer kişi bu durumun gerçekleşeceğini öngörmesine rağmen sözleşmeyi yapmışsa ve bu duruma ilişkin düzenleme yaparak oluşacak olan olumsuz durumdan kendisini korumamışsa, sözleşmenin sonuçlarına da katlanmak zorundadır. Zira bu durumda ortada sözleşme kurulduğu sırada taraflarca öngörülmeleyen bir durum söz konusu olmayacak, diğer bir deyişle sözleşme kurulduğu andaki mevcut durumu taraflardan birisi aleyhine değiştiren bir dış etkenden bahsedilemez³⁶³.

Bu konuda üzerinde durulması gereken bir diğer sorun ise, işlem temeli haline gelen durumlardaki değişikliğin taraflarca öngörülmüş olmasına rağmen, bu değişikliğin aşırı ifa güçlüğüne neden olacak derecede olağanüstü bir durum olacağının öngörülmemiş olması halinde ne olacağıdır. Gerçekten de taraflar gerçekleşmesi ihtimali olan bir durumu sözleşme kurulması anında öngörebilirler, ancak bu durumun yol açtığı olumsuz durumun boyutlarını öngörmemiş olmaları da mümkündür.

Alman hukukunda bu konudaki hakim görüş, meydana gelen değişikliğin öngörülmemiş olması ve öngörülmesinin de beklenmemesi unsurunun, BGB § 313 hükmünün olumsuz şartı olmadığıdır³⁶⁴. Bu kapsamda meydana gelen değişiklik önceden öngörülmüş olmasına rağmen sonuçlarının gerçek boyutunun önceden öngörülmemesi de mümkündür. Böyle bir durumda işlem temelinin çökmüş olmadığı gerekçesi ile sözleşmeye müdahale edilmemesi taraflardan birisi açısından katlanılamaz bir durum haline gelebilir³⁶⁵.

Kaldı ki, meydana gelen değişikliğin öngörülmemiş olması, işlem temelinin çökmesi teorisi açısından varsayımsal bir unsurdur. Diğer bir deyişle meydana gelen değişikliğin öngörülmemesi ve öngörülmesinin de beklenmemesi, sözleşmeyle bağlı kalınmasını dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde ağırlaştıracağı ve edimin ifa edilmesinin beklenmeyeceği konusunda bir varsayımdır. Dolayısıyla tarafların değişikliği öngörmüş olup sonuçlarının gerçek boyutlarını öngörmemeleri halinde de sözleşmeyle bağlı kalınmasının

³⁶¹ Medicus, 2002: Nr. 868; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 8; Belling ve Hartmann, 1997: 99; Finkenauer, 2012: 60-63; Hohloch, 2004: § 313, Nr. 24; Kegel, 1953: 201; Larenz, 1963: 107; Fikentscher, 1971: 70.vd.

³⁶² Kegel, 1953: 200.

³⁶³ BT-Drucks, 14/6040, s. 175; NJW 2002, s. 362.

³⁶⁴ Finkenauer, 2012: § 313, Nr. 74; BT-Drucks, 14/6040, s. 175.

³⁶⁵ Belling ve Hartmann, 1997: 100; Chiotellis, 1981: 58. BGH WM 1964, s. 1254.

katlanılamaz hale geleceği ve işlem temelinin çökmüş olacağı kabul edilmelidir³⁶⁶. Zira tarafların ortaya çıkacak olan ekonomik krizi öngörmemeleri nedeniyle normal piyasa koşulları altında sözleşme yapmaları durumunda sonrada ortaya çıkan kriz nedeniyle işlem temelinin çökmüş olduğunu kabul ederken, piyasalarda değişiklik olacağını öngörmüş olmakla beraber bunun bir ekonomik kriz haline geleceğini ve sonuçlarının çok ağır olacağını öngörmemeleri halinde sözleşmeyle bağlı kalınacağını kabul etmek isabetsiz olacaktır.

Burada ortaya tarafların meydana gelen değişikliği öngörmemiş ve öngörmelerinin de beklenmemesi konusunun hangi ölçütlere göre belirleneceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Sorunun çözülmesi için hem ortaya çıkan durum açısından hem de taraflar açısından ikili bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu durumda meydana gelen değişikliğin öngörülemez olmasının kabul edilmesinde “objektif bir ölçüt” kullanarak mevcut durumun objektif olarak öngörülemez nitelikte olması mı aranmalıdır? Yoksa “sübjektif bir ölçüt” ile ortaya çıkan değişikliğin öngörülemez olmasında tarafların durumu mu dikkate alınmalıdır? Bu husus Alman doktrininde tartışmalıdır.

Titze’ ye göre³⁶⁷ ortaya çıkan durumun öngörülemez olmasının değerlendirilmesinde tamamen objektif ölçüt benimsenmelidir. Bu görüşe göre meydana gelen değişikliğin değerlendirilmesinde tarafların durumu dikkate alınmamalı ve değişikliğin objektif kıstaslara göre öngörülebilirlik öngörülemezliği değerlendirilmelidir. Bu kapsamda, sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların değişeceği bir kişi tarafından dahi öngörülmüş ise, bu durumda söz konusu durum öngörülebilir bir durum olarak değerlendirilmelidir.

Objektif ölçüt, gerçekleşen bir olayın öngörülebilir olmasının değerlendirilmesi hususunda getirmiş olduğu kıstaslar bakımından somut olayda olumsuz sonuçlar doğurması nedeniyle doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Bu konuda yapılan eleştirilerden en önemlisi Weber’ in görüşleridir. Nitekim Weber’e göre objektif ölçüt, işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulama alanını önemli ölçüde daraltacak, hatta hiç uygulanmayacak bir kurum haline getirir³⁶⁸.

Gerçekten de bir olayın gerçekleşeceği bir kişi tarafından dahi öngörülmüş ise, artık objektif ölçüt uyarınca ortada öngörülmemiş bir durum söz konusu olmaz. Ancak her olayın bir kişi tarafından öngörülmesi elbette mümkündür. Bu eleştirilerden yola çıkarak öngörülemezliğin tespiti açısından sübjektif ölçüt görüşünü benimseyen yazarlar da

³⁶⁶ Finkenauer, 2012: § 313, Nr. 74; Belling ve Hartmann, 1997: 100; Chiotellis, 1981: 58.

³⁶⁷ Titze, 1921: 24; “Kıracının işyerini kapatmış olması tek başına işlem temelinin çökmüş sayılması için yeterli değildir. Bu hususun objektif ve somut delillerle ispat edilmesi gerekir”. Bk.. BGH V ZR 42/15.

³⁶⁸ Weber, 1961: § 242, Nr. 468, İnce, 2016: 4864’ten naklen.

olmuştur³⁶⁹. Sübjektif ölçüte göre gerçekleşen değişikliğin öngörülmesi hususunda tarafların bir kusuru olup olmaması önem arz eder. Bu kapsamda eğer taraflar kusurlu olarak gerçekleşmesi öngörülebilecek bir olayı öngörememişlerse bu durumda işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmeye müdahale edilmesini talep edemezler.

Görüldüğü üzere işlem temeli haline gelen durumlardaki değişikliğin taraflarca öngörülmemiş olması ve öngörülmesinin de beklenmemesi hususunda objektif ve sübjektif ölçütlere göre yapılan değerlendirmeler çok farklı sonuçlar doğurur. Nitekim objektif ölçüt işlem temelinin uygulanmasını önemli ölçüde daraltır, sübjektif ölçüt ise tamamıyla tarafların durumunu göz önüne aldığı için keyfiyete yol açar. Bu nedenle doktrinde bu iki görüşün olumlu taraflarından yola çıkılarak, “makul ve mantıklı bir kişinin öngörebilmesi kıstası” olarak üçüncü bir görüş benimsenmiştir. Bu görüşe³⁷⁰ göre gerçekleşen olayın öngörülebilir olup olmamasının tespitinde, sözleşmenin yapıldığı duruma, sözleşmenin türüne ve tarafların menfaatlerine göre makul, normal, dürüst ve mantıklı bir kişi tarafından öngörülebilecek olup olmamasından yola çıkmak gerekir. Bu görüş doktrinde çoğunluk tarafından da benimsenen görüştür³⁷¹.

Bu konuda yapılacak değerlendirmede doktrinde çoğunluğun kabul ettiği bu görüşün benimsenmesi isabetli olur. Nitekim sadece kişisel özelliklerden yola çıkılarak bir değerlendirme yapılırsa, normal şartlar altında makul bir kişi tarafından öngörülebilecek olan bir durumun somut olayda taraflarca öngörülmemesi halinde değişiklik öngörülemez olarak nitelendirilecek, bu sonuç da keyfiyete yol açar. Buna karşılık objektif olarak tek bir kişi tarafından dahi öngörülmüş olan bir durumdan yola çıkılırsa da somut olayda haksız sonuçlar ortaya çıkar ve aşırı ifa güçlüğü kurumu kullanılamaz hale getirilir. Bu durumda göz önüne alınması gereken ölçüt, somut olaydaki iş çevresindeki dürüst, makul ve mantıklı bir kişinin sözleşme yapıldığı sırada öngörebilmesi ölçütüdür. Eğer ilgili iş çevresindeki dürüst, mantıklı ve makul bir kişi, göstermesi gereken dikkat ve özeni göstererek, işlem temeli haline gelen durumlarda değişiklik olacağını öngörebilecek ise, somut olaydaki sözleşmenin tarafı bunu öngörmemiş olsa dahi sözleşmeyle bağlı kalması gerekir.

Tarafların meydana gelen değişikliği öngörmelerinin beklenmesi hususunda da bu ölçüt benimsenir. Bu kapsamda iş çevresindeki olağan, alışlagelmiş ilişkilere ait durumların, değişikliklerin ve genel hayat tecrübesi haline gelen bilgilerin genel olarak öngörülebilmesi beklenir. Özellikle uzun süreli sözleşmelerde paranın zaman içerisinde değer kaybedeceği, sonradan maliyetlerin artabileceği gibi hususlar çoğu iş çevresinde genel hayat tecrübesi

³⁶⁹ İnce, 2016: 4864, dn 92.

³⁷⁰ Belling ve Hartmann, 1997: 99; Kegel, 1953: 203; Grüneberg ve Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 30.

³⁷¹ Belling ve Hartmann, 1997: 99; Kegel, 1953: 203; Grüneberg ve Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 30.

haline gelmiş bilgilerdir. Keza sözleşmenin taraflarından, meslek alanlarındaki ve iş çevrelerindeki olağan sözleşme rizikolarını öngörmeleri de beklenir³⁷².

Özellikle ekonomik, siyasi ve hukuki belirsizliklerin olduğu, her türlü olumsuz sonucun gerçekleşmesinin pek muhtemel hale geldiği kriz dönemlerinde yapılan sözleşmelerde, bu olumsuz durumlardan dolayı sözleşme rizikolarının gerçekleşebileceği taraflarca öngörülmelidir. Bu kapsamda, normal şartları altında taraflardan makul ve mantıklı bir kişinin göstereceği dikkat ve özeni göstermeleri beklenirken, olumsuz sonuçların doğmasının muhtemel olduğu kriz dönemlerinde taraflardan beklenen dikkat ve özenin ağırlığı da artacaktır. Diğer bir deyişle, sözleşmenin yapıldığı zamanda rizikonun gerçekleşmesi ihtimali ne kadar yüksek ise, tarafların göstermesi gereken dikkat ve özen de bir o kadar yüksek olmalıdır³⁷³.

3.2.3. Meydana Gelen Durumdan Borçlunun Sorumlu Olmaması

3.2.3.1. Genel Olarak

TBK m. 138 uyarınca aşırı ifa güçlüğü'nün gerçekleşmesi için bulunması gereken şartlardan birisi de sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme-yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durumun, borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkmasıdır. Bu kapsamda işlem temelinin çökmesi sonucunu doğuran sözleşme rizikosunun gerçekleşmesine borçlunun sebebiyet vermesi halinde, borçlu aşırı ifa güçlüğü'nün gerçekleşmiş olduğu iddiası ile sözleşmenin uyarlanmasını talep edemez.

TBK m. 138' de aranan olağanüstü durumun borçludan kaynaklanmayan bir sebeple ortaya çıkması unsuru, Alman hukukundaki klasik işlem temelinin çökmesi teorisi ile de bir nebze örtüşür. Zira BGB § 313 uyarınca işlem temelinin çökmüş olması için, tarafların sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinden dolayı sorumlu tutulmamaları aranır. Ancak Alman hukukunda "tarafların sorumlu tutulmamaları" unsuru, genellikle meydana gelen değişikliğin taraflarca öngörülememesi kapsamında değerlendirilen bir husustur³⁷⁴.

Eğer taraflardan birisi kusuru ile sözleşme rizikosunun gerçekleşmesine neden olmuş ise ya da riziko bundan olumsuz etkilenen tarafın sorumlu olduğu bir alanda gerçekleşmiş ise, bu taraf mağdur durumda olsa da sözleşmeyle bağlı kalması ve rizikoya katlanması beklenir³⁷⁵.

Alman hukukunda sözleşme rizikosunun gerçekleşmesinde tarafların sorumlu olmamalarının hizmet ettiği bir diğer husus ise, sözleşmeyle bağlı kalmanın

³⁷² Topuz, 2009: 211.

³⁷³ Topuz, 2009: 212 vd.

³⁷⁴ Kegel, 1953: 203; Belling ve Hartmann, 1997: 99; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 72.

³⁷⁵ Kegel, 1953: 203; Belling ve Hartmann, 1997: 99.

beklenilemezliğidir. Gerçekten de işlem temelinin çökmesi durumunda mağdur olan tarafın, bundan dolayı sorumlu olup olmadığının tespiti, sözleşmeyle bağlı kalmasının kendisi açısından katlanılamaz bir durum teşkil edip etmediğinin belirlenmesinde de önem arz eder. Bu husus mahkeme kararlarında da *“işlem temelinin bozulmasına başvuracak olan tarafın bu durumdan sorumlu olmaması gerekir. Eğer işlem temelinin çökmesinden bahisle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep eden taraf, işlem temelinin çökmesine kendisi sebep olmuşsa bu takdirde BGB § 313’ e başvuramayacaktır.”* şeklinde vurgulanmıştır³⁷⁶.

Alman Hukuku bakımından işlem temelinin çökmesine kendisi sebebiyet veren tarafın burada mutlaka kusurlu olması zorunluluğu bulunmamaktadır. Dolayısıyla işlem temelinin bozulmasından sorumlu olmak, farklı şekillerde ortaya çıkabilir³⁷⁷. Sözleşmenin tarafı kusurlu davranışları ile işlem temelinin çökmesine neden olabileceği gibi, bu durum kişinin hâkimiyet alanından da kaynaklanmış olabilir. Hatta kişiden kaynaklanan nedenlerle meydana gelen sonucun daha da ağırlaşması da söz konusu olabilir. Ancak her halükarda işlem temelinin çökmesine sebebiyet veren kişi, artık sözleşmeye müdahalede bulunularak korunmayı hak etmez³⁷⁸.

Bununla birlikte işlem temelinin bozulmasına sebebiyet veren tarafın artık sözleşmeye müdahalede bulunamaması, her olay bakımından istisnasız ve katı bir şekilde uygulanması hakkaniyete aykırı sonuçlar da doğurabilir. Bu bakımdan bu unsurun istisnalarının da olabileceği kabul edilir. Burada yapılması gereken, somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılmasıdır. Zira Alman hukukunda bu unsurun amacı, yukarıda da izah edildiği üzere, sözleşme kurulduktan sonra şartların ağır derecede değişmesinden dolayı mağdur duruma düşen borçludan, bu sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemez olmasının tespiti ve bu durumun borçlu açısından öngörülemez olmasının belirlenmesidir. Diğer bir deyişle, işlem temelinin bozulmasına kendisi sebep olan tarafın sözleşmeyle bağlı kalması ve gerçekleşen rizikoya katlanması gerekir.

Ayrıca duruma kişinin kendisinin sebep olması halinde bunun o kişi açısından öngörülemez olması da artık söz konusu olmayacaktır. Bu bakımdan bu unsuru çok sıkı bir şekilde gözetmek doğru olmaz. Her somut olayın özelliği dikkate alınarak, hafif ihmali ile işlem temelinin bozulmasına sebep olan kişinin de BGB § 313’e başvurmasına imkan tanınması savunulmuştur³⁷⁹. Keza kişinin işlem temelinin bozulmasındaki artışa sebep olması halinde de korunması savunulur. Ancak burada gözden kaçırılmaması gereken husus, hafif

³⁷⁶ BGH NJW 2005, s. 363.

³⁷⁷ Belling ve Hartmann, 1997: 100; Finkenauer, 2012: § 313, Nr. 75; Hohloch, 2004: § 313, Nr. 24.

³⁷⁸ BGH NJW 1982, s. 145; BGH NJW 1995, s. 2028; BGH NJW 2011, s. 991.

³⁷⁹ Belling ve Hartmann, 1997: 99.

ihmali ile işlem temelinin çökmesine neden olan tarafın da hiç kusuru bulunmaksızın işlem temelinin çöktüğü durumlarla tamamen aynı koşullarda mütalaa edilemez. Zira hafif ihmali olan kişiye, işlem temelinin çökmesinde kusursuz olan kişiyle aynı muamelede bulunması beklenemez. Buradaki ayrım kendisini sözleşmeyle bağlı kalmanın katlanılamaz olmasının tespitinde gösterir. Kişi işlem temelinin çökmesine kendisi sebep olmamış ise, sözleşmeyle bağlı kalması kişi açısından katlanılamaz bir hale gelir. Ancak işlem temelinin çökmesine hafif ihmali ile sebebiyet vermiş ise, bu durumda tamamıyla bir katlanılamazlık söz konusu olmaz fakat BGB § 313' e başvurma hakkı da elinden alınmamalıdır³⁸⁰.

Türk/İsviçre hukuku açısından da, tarafların kusuruyla, sözleşme kurulduğu sıradaki şartların sonradan öngörülemez şekilde değişmesine neden olmamaları gerektiği doktrinde hakim olan görüştür³⁸¹. 818 s. eBK döneminde, bu hususun hukuki dayanağını eBK m. 117 ve m. 96 (TBK m. 136 ve 112) hükmü teşkil etmişti. Bu kapsamda, borç hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi halinde, borçlunun kendisine hiçbir kusurun yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, alacaklının bundan doğan zararını gidermekle yükümlü olacağı ve imkânsızlık durumunda da borçlunun aynı şekilde kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe imkânsızlıktan dolayı sorumlu olacağı düzenlemeleri göz önünde bulundurularak bu sonuca varılmıştır. Bu bakımdan aynı sonuç aşırı ifa güçlüğü halinde de söz konusu olur. Burada borçlu, sözleşmenin kurulduğu sırada öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durumun meydana gelmesi ve bu suretle işlem temelinin çökmesi konusunda kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edemez³⁸².

İşlem temelinin çökmesine neden olan durumun borçludan kaynaklanmayan bir nedenle ortaya çıkması gerekliliği TBK m. 138 hükmünde de korunmuştur. Bu durumda artık borçlunun kendisine hiçbir kusur yüklenemeyeceğini ispat etmedikçe sözleşmeye müdahale edilemeyecek olmasının hukuki dayanağı eBK m. 117 ve m. 96'dan değil, bizatihi TBK m. 138' den anlaşılmaktadır. Maddeden de açıkça anlaşılabileceği üzere, sözleşme kurulduğu sırada taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum, borçludan kaynaklanmayan bir nedenle ortaya çıkmış olması gerekir.

³⁸⁰ Belling ve Hartmann, 1997: 99.

³⁸¹ Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 227; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 673; Bischoff, 1983: 216; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 342; Keller ve Schöbi, 1988: 256; Gürsoy, 1950: 153; Erzurumluoğlu, 1970: 73; Kaplan, 1987: 152; Burcuoğlu, 1945: 10 vd; Akyol, 1995: 87; Kocayusufoğlu vd., 2016: § 20, Nr. 8; Arat, s. 135; Eren, 2016a: 441; Oğuzman ve Barlas, 2017: 221; Baysal, 2017: 131; Yarg. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171; Yarg. 13. HD, 29.05.2003, E. 2003/ 3007, K. 2003/ 7017; Yarg. 13. HD, 03.03.2005, E. 2004/ 14870, K. 2005/ 3171.

³⁸² Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 227; Deschenaux, 1986: 202; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 673; Bischoff, 1983: 216; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 342; Keller ve Schöbi, 1988: 256; Gürsoy, 1950: 153; Erzurumluoğlu, 1970: 73; Kaplan, 1987: 152; Eren, 2016a: 442.

Ancak burada “borçludan kaynaklanmayan bir nedenle ortaya çıkma” kavramından ne anlaşılması gerektiği izaha muhtaçtır. Burada ilk akla gelen durum, sözleşme kurulduğu sıradaki şartlarda sonradan meydana gelen ve aşırı ifa güçlüğüne yol açan değişikliğin meydana gelmesinde borçlunun kusurlu olmamasıdır. Eğer borçlu kusuru ile böyle bir durumun ortaya çıkmasına sebep olursa, TBK m. 138’ e başvurma hakkına sahip olmayacaktır ki bu sonuç klasik Alman işlem temeli teorisine de uygun düşer. Bununla birlikte, böyle bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet vermek için, mutlaka kusurlu olarak hareket etmek gerekmez. Diğer bir deyişle bir durumun meydana gelmesinde kusurlu olmak ile meydana gelmesinden sorumlu olmak aynı şey değildir. Bu durumun daha doğru tespit edilebilmesi için, kusur ve sebep kavramlarını kısaca izah etmek gerekir.

Kusurlu davranış, hukuk düzeninin kınadığı ve onaylamadığı bir davranıştır. Bu davranış kasten yapılabileceği gibi, ihmal ile de yapılabilir. Hukuka aykırı hareketle zararlı sonucun gerçekleşeceğini bilerek ve isteyerek hareket edilmesi halinde kast, zararlı sonuç istenmemekle birlikte, böyle bir sonucun meydana gelmemesi için şartların gerekli kıldığı dikkat ve özen sarfedilmemiş ise ihmal söz konusu olur. Diğer bir deyişle, ihmal durumunda zararlı sonuç öngörülmemekte ancak kişi gerekli iradî çabayı sarfetmiş olsaydı, böyle bir sonucu öngörebilecek durumda olacaktır³⁸³.

Borçlar hukuku açısından kusur kavramı, sübjektif açıdan(özellikle ayırt etme gücü vs) değil, objektif açıdan değerlendirilmektedir. Buna “kusurun objektifleştirilmesine” adı da verilmektedir. Objektifleştirilmiş kusurdan amaç, zararlı sonucun meydana gelmemesi için, failin değil fakat onun mensup olduğu meslekî, sosyal, kültürel vs. çevredeki normal, orta zekada bir şahsın sarfedeceği iradî çaba, özen ve dikkatin somut olayda gösterilmemiş olmasıdır. Belirli bir olayda normal veya orta zekâlı bir şahsın davranışından ayrılan davranış tarzı, kusurlu bir davranıştır. İşte, iş çevresinde ilke olarak her şahsın göstermesi gereken bu özen ve dikkat derecesi, kusurun objektif yönünü (unsurunu) ifade etmektedir³⁸⁴.

Bu durumda işlem temelinin çökmesinin taraflardan birisinin kusuruna dayanması, farklı şekillerde ortaya çıkabilir. Sözleşmenin taraflarından birisi kasten veya ihmali davranışlarda bulunarak, sözleşme sırasında öngörülmemiş olan bir durumun ortaya çıkmasına neden olabilir. Buna karşılık, işlem temelinin çökmesine kusuru ile neden olmak kavramı ile, işlem temelinin çökmesinden sorumlu olmak birbirinden farklı kavramlardır. Nitekim borçlu kusurlu olmadan da işlem temelinin çökmesine sebebiyet vermiş olabilir. Bu

³⁸³ Tandoğan, 2010: 45; Gürsoy, 1950: 330; Keller ve Schöbi, 1988: 69; İmre, 1976: 24-25; Reisoğlu, 2014: 105; Eren, 2016a: 1249.

³⁸⁴ Oftinger, 1939/40: 124-125; Engel, s. 313; Tandoğan, 2010: 50; Gürsoy, 1950: 332; İmre, 1976: 24-25; Tunçomağ, 1976: 284.

nedenle sebep kavramına da kısaca değinmek gerekir. Ancak burada söz konusu olan sebep ile kazandırıcı işlemlerde mevzubahis olan sebep kavramını birbirine karıştırmamak gerekir. Kazandırıcı işlemler yönünden hukuki sebep, bu muamelelerle ulaşılmak istenilen amacı ifade eder³⁸⁵.

Konumuzda mevzubahis olan sorumluluk açısından, hukuka aykırı sonucun zorunlu şartlarından (*conditio sine qua non*) her biri, sebep adını almaktadır. Bu konuda geliştirilen şart teorisine göre, bir olayın varlığı, zorunlu bir biçimde bu olayı meydana getiren her şartın varlığına bağlıdır. Bu şartlardan biri mevcut olmadığı takdirde, olay meydana gelmez. Bu nedenle şartlardan her biri, diğer her şartı illî kılar, ona illî bir nitelik verir. Sonucu meydana getiren şartlardan herhangi birini gerçekleştiren şahıs, yalnız bu şartı gerçekleştirmiş olması sebebiyle zararlı sonuçtan sorumludur. Sorumluluk için, bu şahsın diğer şartları da gerçekleştirmiş olması gerekmez. Zararlı sonucun şartlarından biri olan failin davranışına, ondan önce mevcut veya onunla birlikte ya da ondan sonra gerçekleşen davranış ve şartlar eklense bile, ilk davranış ile zararlı sonuç arasındaki illiyet bağı geçerliğini korur.

Şart teorisinin sebep olarak nitelendirdiği şart, zorunlu şarttır (*conditio sine qua non*). Somut olayda fiilen gerçekleşmiş olan sonuç ortadan kalkmadıkça, yokluğu tasavvur edilemeyecek her şart, zorunlu şarttır³⁸⁶. Ancak, somut olayda hukuka aykırı sonucu meydana getiren sayısız şartlar vardır. Bu şartlardan bazıları, zararlı sonucun gerçekleşmesinde herhangi bir katkıda bulunmamış olabilir. Bazı şartlar ise, zararlı sonucun gerçekleşmesi veya artmasıyla ilgili olmayıp, sadece onun özellik ve niteliğini belirler. Bu nedenle şart teorisine göre, şartların tamamının nazara alınması zorunlu değildir. Şartlar arasında, zararlı sonucun doğmasına veya artmasına katkıda bulunup bulunmamlarına göre bir ayırım yapılır; zararlı sonucun doğmasına veya artmasına hiçbir katkıda bulunmayan şartlar, hukukî bir önem taşımadığı için nazara alınmaz³⁸⁷.

Doktrinde hâkim teori olan uygun sebep veya uygun illiyet bağı teorisine göre ise, somut olayda gerçekleşen türden bir sonucu, olayların normal akışına ve hayat tecrübelerine göre, mahiyeti itibarıyla meydana getirmeye genel olarak elverişli olan veya bu türden bir sonucun gerçekleşme ihtimalini objektif olarak artırmış bulunan zorunlu şartla söz konusu sonuç arasındaki bağı uygun illiyet bağı denilir³⁸⁸. Bu itibarla, faile yükletilen davranış ya da olayla zarar arasında tabii illiyet bağı yoksa söz konusu davranış veya olayın uygunluğunu araştırmaya lüzum yoktur.

³⁸⁵ Schwarz, 1944: 279; Eren, 1975: 17.

³⁸⁶ Tandoğan, 2010: 74 vd; Larenz, 1987: 314; Oser ve Schönerberger, 1929: Art. 41. No. 77; Eren, 1975: 22.

³⁸⁷ Eren, 1975: 22.

³⁸⁸ Tandoğan, 2010: 76; Schwarz, 1944: 127; Tunçomağ, 1976: 289; Eren, 1975: 54 vd; Reisoğlu, 2014: 108-109; Feyzioğlu, 1978: 365; Karahasan, 2003: 68.

Bu nedenle, bir olayın meydana gelmesine neden olmak ile bu olayın meydana gelmesinde kusurlu olmak ayrı olarak ele alınmalıdır³⁸⁹. Dolayısıyla, TBK m. 138 kapsamında “borçludan kaynaklanmayan bir durum” ifadesinden anlaşılması gereken, aşırı ifa güçlüğü’nün gerçekleşmesinden dolayı borçlunun sorumlu tutulamaması olmalıdır³⁹⁰. Aksi halde, borçludan kaynaklanan bir sebeple işlem temelinin çökmesi durumunu borçlunun kusurlu olması şeklinde değerlendirmek isabetsiz olacaktır. Zira işlem temelinin çökmesinin borçludan kaynaklanan bir nedenle çökmesi, borçlunun kusuru olmaksızın da gerçekleşebilir.

Örneğin, borçlu sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişikliklerle ilgili alması gereken tedbirleri almayarak, meydana gelen sonucun ağırlaşmasına da neden olabilir. Burada göz önünde bulundurulması gereken diğer bir durum da, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olağanüstü bir durum nedeniyle işlem temelinin çökmesinden önce borçlunun veya alacaklının temerrüde düşmesi halidir. Burada işlem temelinin çökmesine borçlu neden olmamakta ve bu konuda bir kusuru da bulunmamaktadır. Ancak sözleşmeyi zamanında ifa etmiş olsa idi, söz konusu değişikliklerden dolayı bir aşırı ifa güçlüğü de meydana gelmemiş olacaktır. Bu bakımdan önceden öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum ortaya çıkmadan önce borçlu temerrüde düşmüş ise, işlem temelinin bozulmasından ve bu suretle aşırı ifa güçlüğü’nden sorumlu olduğunun kabulü gerekir³⁹¹. Zira her ne kadar bu durumun ortaya çıkmasına kusuru ile neden olmasa da, borcunu zamanında ifa etmeyerek, işlem temelinin bozulmasına sebebiyet vermiştir. Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğü halinin gerçekleşmesinden sorumlu olacaktır. Aynı sonucun alacaklı açısından da geçerli olması gerekir. Zira alacaklı temerrüde düştükten sonra olağanüstü bir durum meydana gelmiş ve aşırı ifa güçlüğü söz konusu olmuş ise, bu duruma alacaklı kusuru ile neden olmasa dahi ifa güçlüğü’nün ortaya çıkmasından sorumlu olacaktır.

3.2.4. Meydana Gelen Durumun Sözleşmenin Yapıldığı Sırada Mevcut Olguları, Kendisinden İfanın İstenmesi Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşecek Derecede Borçlu Aleyhine Değiştirmiş Olması

3.2.4.1. Genel Olarak

TBK m. 138 hükmüne göre işlem temelinin bozulması halinde ortaya çıkan aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin içeriğine müdahalede bulunabilmek için gereken bir diğer şart ise, meydana gelen durumun sözleşmenin yapıldığı sırada mevcut olguları, kendisinden ifanın

³⁸⁹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 673; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 342.

³⁹⁰ Bischoff, 1983: 217; Gürsoy, 1950: 154; Arat, 2006: 136; Topuz, 2009: 246 vd.

³⁹¹ Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 227; Deschenaux, 1986: 202; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 674; Bischoff, 1983: 218 vd; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 344; Gürsoy, 1950: 154; Erzurumluoğlu, 1970: 73; Kaplan, 1987: 152; Burcuoğlu, 1945: 11; Arat, 2006: 137.

istenmesi dürüstlük kuralına aykırı düşecek derecede borçlu aleyhine değiştirmiş olmasıdır. Bundan anlaşılması gereken, işlem temeli haline gelen durumların sonradan ağır bir şekilde değişmesi nedeniyle borçlunun sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının beklenilemez olmasıdır.

Diğer bir deyişle, sözleşme kurulduğu anda öngörülme ve öngörülmesi de mümkün olmayan bir durumun ortaya çıkması ile artık borçludan ifanın talep edilmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. TBK m. 138'in lafzından çıkarılan bu unsur, BGB § 313'de de düzenlenmiş olan "ifanın beklenilemezliği" şeklinde açıklanır. Nitekim BGB § 313 uyarınca sözleşmeye müdahale edilebilmesi için, taraflardan birisinin sözleşmeyle aynen bağlı kalmasının kendisinden beklenilemez olması gerekir³⁹².

Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olması için koşullarda sonradan olağanüstü bir değişiklik olması tek başına yeterli olmayıp, bu değişiklikten dolayı borçlunun sözleşmeyle bağlı kalması beklemek dürüstlük kuralına aykırı olmalıdır. Burada borçludan ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek olmasının değerlendirilmesinde her somut olayın özellikleri göz önünde tutularak taraflar arasındaki menfaatlerde bir dengeleme yapılmalıdır. Keza bu değerlendirme yapılırken meydana gelen durumun borçlu açısından olumsuz sonuçlar doğurup doğurmaması, sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir düzenleme yapıp yapılmadığı ya da kanunda risk dağılımına ilişkin bir hükmün bulunup bulunmadığı da göz önünde bulundurulmalıdır.

3.2.4.2. Durumların Borçludan İfanın İstenmesi Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşecek Şekilde Değişmesi

Aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olabilmesi için, durumlarda sonradan meydana gelen değişikliklerin belirli bir ağırlığa ulaşmış olması gerekir. Türk/İsviçre hukukundaki hâkim görüşe göre aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin içeriğine müdahale edilebilmesi için koşullarda ağır bir değişiklik olması gerekir³⁹³. Burada koşullarda ağır surette değişiklik olmasından anlaşılması gereken, borçludan borcun ifasının istenmesi dürüstlük kuralına uygun düşmeyecek olmasıdır.

Türk/İsviçre hukukunda kabul edilen koşullardaki ağır değişiklik unsuru, Alman hukuku bakımından da geçerlidir. Nitekim BGB § 313'ün uygulama alanı bulabilmesi için koşullarda ağır bir değişiklik meydana gelmiş olmalıdır. Bu bakımdan BGB § 313 hükmü koşullardaki ağır değişiklik hususu bakımından daha somut bir açıklama getirmektedir.

³⁹² Fikentscher, 1971: 70 vd; Haarman, 1979: 35 vd; Belling ve Hartmann, 1997: 97.

³⁹³ Oftinger, 1978: 235; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 678 vd, 684; Bischoff, 1983: 190 vd; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 346; Gürsoy, 1950: 90; Erzurumluoğlu, 1970: 69; İmre, 1976: 281; Sungurbey, 1984: 104; Edis, 1993: 313; Kaplan, 1987: 148 vd.; Akyol, 1995: 88; Burcuoğlu, 1945: 9; Arat, 2006: 111.

Maddede açıkça ifade edildiği üzere taraflardan en az birinin eğer koşulların bu şekilde değişeceğini bilseydi, sözleşmeyi hiç veya bu şekilde yapmayacak olması halinde koşullarda ağır bir değişiklik söz konusu olacaktır³⁹⁴.

Buna karşılık ne zaman koşullarda ağır bir değişiklik olduğunun kabul edileceği konusunda Türk/İsviçre hukukunda da Alman hukukunda da bir görüş birliği yoktur. Alman mahkemeleri bakımından koşullarda ağır bir değişikliğin var olduğunun kabul edilmesi için genel geçer belirli bir oran getirilmemekle beraber, somut olayın özelliklerine göre değişen bir oranlama eğilimi olduğu görülür. Diğer bir deyişle koşullarda ağır bir değişiklik olduğunun tespiti için bir oran belirlenmesi kısmi olarak mahkeme kararlarında kabul edilmiştir³⁹⁵. Ancak doktrinde diğer bir görüşe göre ise, koşullarda ağır bir değişikliğin meydana gelmesinin tespit edilmesi için risk dağılımı, öngörülebilirlik, sözleşmenin türü ve süresi gibi hususlar göz önünde bulundurulması gerekir. Bu değerlendirme yapılırken standart bir oran belirlemek isabetsiz olacaktır³⁹⁶. Yargıtay da işlem temelini çökmüş olması için sözleşmede tarafların edimleri arasındaki dengenin şartların sonradan değişmesi sonucunda aşırı ölçüde bozulmuş olması gerektiğini kabul etmektedir³⁹⁷. Ancak Alman hukukundaki uygulayıcılar gibi genel geçer bir oran belirlememiştir.

Bu konuda durumlardaki ağır değişikliğin objektif ölçütlerle tespit edilememesi, bu konuda getirilecek olan oranların, somut olayda keyfiyete yol açacak olmasından kaynaklanır. Gerçekten de koşulların ağır bir surette değişmiş olmasını belirli oranlara bağlarsak, bu durumda taraflar arasındaki menfaat dengesi, tarafların maddi durumu, sözleşmesel ya da kanuni bir riskin üstlenilmiş olup olmadığı gibi daha önemli diğer unsurlar önemini kaybeder. Buna rağmen koşullardaki ağır değişiklik ile ilgili yaklaşık bir değerlendirme yapabilmemiz mümkündür.

Öncelikle kabul edilmesi gereken borçlunun yıkımına neden olacak şekilde şartların sonradan değişmesi halinde, borçludan ifanın beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Nitekim Yargıtay'ın da belirttiği üzere³⁹⁸ ortaya çıkan durumun işlem temelini tamamıyla alt üst etmesi ve borçludan ifanın beklenilmesi onun açısından ekonomik bir yıkıma neden olması halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanıp edimler arasındaki dengenin dürüstlük kuralına uygun bir hale getirilmesi mümkündür. Buna karşılık meydana

³⁹⁴ Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 58; Hohloch, 2004: § 313 Nr. 22.

³⁹⁵ BGH NJW-RR 2005, s. 237; BGH NJW 2004, s. 3114; İnce s. 4857'den naklen.

³⁹⁶ Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 58; Hohloch, 2004: § 313 Nr. 22.

³⁹⁷ Yarg. HGK 01.07. 1992, 1992/13-360 E, 1992/425K; Yarg. HGK 18.11.1998, 1998/ 13-815E, 1998/ 835K, (kazancı)

³⁹⁸ Yarg. HGK 7.5.2003, E. 2003/ 13-332, K. 2003/ 340; Yarg. HGK 15.10.2003, E. 2003/ 13-599, K. 2003/ 599 (kazancı).

gelen değişikliğin mutlaka borçlunun yıkımına yol açacak bir değişiklik olması kabul edilmemektedir³⁹⁹.

3.2.4.3. Yasal ve Sözleşmesel Risk Dağılımına Göre Borçludan İfanın İstenmesinin Dürüstlük Kuralına Aykırı Düşmesi

3.2.4.3.1. Genel Olarak

Aşırı ifa güçlüğü durumunun söz konusu olabilmesi için durumlarda ağır bir değişiklik olması tek başına yeterli değildir. Bunun yanında borçludan ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşmesi de gerekir. Bu bakımdan yukarıda da izah ettiğimiz üzere sözleşmeyle bağlı kalmanın borçlu açısından katlanılamaz olması gerekir. Sözleşme kurulduğu sırada taraflarca öngörülmemiş olan bir durumun ortaya çıkması halinde, bu durumun mevcut koşulları borçludan ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde değiştirmiş olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken bir diğer husus da taraflarca sözleşmesel veya kanuni bir rizikonun üstlenilip üstlenilmediğidir.

Tarafların sözleşmesel veya kanuni bir rizikoyu üstlenmelerinden anlaşılması gereken, tarafların yaptıkları sözleşmede gerçekleşmesi muhtemel sözleşme rizikolarının ortaya çıkması halinde buna kimin katlanacağına ilişkin düzenlemede bulunmasıdır. Bu durumda sözleşmede bir rizikonun üstlenilmesi halinde bu husus sözleşmenin içeriği haline gelir⁴⁰⁰. Eğer sözleşmede bir riziko üstlenilmişse bu husus sözleşmenin içeriği haline gelecek ve işlem temelinin konusunun dışında kalacaktır. Dolayısıyla böyle bir durumun gerçekleşmesi halinde işlem temelinin çökmüş olduğu iddiasıyla sözleşmeye müdahale edilmesi talep edilemez⁴⁰¹.

Yasal ve sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde edimin ifa edilmesinin istenmesinin borçludan beklenemez olması hususu BGB § 313'ün lafzından da açıkça anlaşılmaktadır. Nitekim bu husus “...*bu sözleşmenin kurulduğu şekilde ifası artık tarafların birinden, somut olayın tüm özelliklerine ve özellikle yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma geldiyse...*” şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Buna karşılık, TBK 138 lafzına bakacak olursak, koşullarda meydana gelen değişiklik neticesinde borçludan ifanın istemesinin dürüstlük kuralına aykırı düşeceğinin tespit edilmesinde “yasal ve sözleşmesel risk dağılımı” ifadesine açıkça yer verilmemiştir. Ancak kanunun lafzında böyle bir değerlendirilme yapılmasına yer verilmediğinden hareketle, yasal ve sözleşmesel risk dağılımının göz önünde bulundurulmayacağı söylemek isabetli değildir. Zira TBK m. 138 hükmü niteliği itibarıyla tamamlayıcı bir düzenlemedir. Eğer gerçekleşen

³⁹⁹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 682; Bischoff, 1983: 196; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 348; Art. 18 OR, Nr. 104; Arat, 2006: 114.

⁴⁰⁰ Fikentscher, 1971: 31 vd; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 35 vd; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 18.

⁴⁰¹ BGH NJW 2006, s. 901; Fikentscher, 1971: 31 vd; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 35 vd.

aşırı ifa güçlüğü hallerine ilişkin olarak tarafların sözleşmede yaptığı bir düzenleme varsa ya da somut olaya uygulanabilecek nitelikte kanunda tamamlayıcı nitelikte başka bir düzenleme mevcutsa bu hususlar işlem temelinin konusu dışında kalacaktır.

Böylece sözleşmede bir tarafın bazı riskleri üstlendiği ya da kanunda risk dağılımına ilişkin bir düzenlemenin bulunduğu durumlarda artık borçludan ifanın beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmez. Zira ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşeceği durumlar tarafların sözleşmeyle üstlendikleri ya da kanun tarafından yüklenen rizikolar aşıldığı takdirde söz konusu olur. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü kapsamında işlem temelinin çökmüş olduğunun tespitinde “sözleşmesel ve yasal risk dağılımının değerlendirileceği” hususu her ne kadar kanunda belirtilmemiş olsa da dürüstlük kuralına aykırı düşmenin tespitinde göz önünde bulundurulacaktır.

3.2.4.3.2. Sözleşmede Risk Dağılımına İlişkin Hüküm Bulunması

Yukarıda da açıklandığı üzere Alman hukukunda kabul edildiği üzere BGB § 313’ e göre sözleşmenin kurulduğu şekilde ifası artık tarafların birinden, somut olayın tüm özelliklerine ve özellikle yasal ve sözleşmesel risk dağılımı anlayışına göre beklenemez duruma gelmesi, kanunda tanımlanmamış olan sözleşmeyle bağlılığın katlanılamaz oluşunun tespitinde önemli bir yere sahiptir. Bu kapsamda göz önünde bulundurulması gereken tarafların bu değişikliği önceden öngörselerdi, sözleşmeyi hiç kurmayacakları veya başka içerikte kuracakları gerçeğine kesin gözüyle bakılmasıdır.

Kanımızca aynı durum Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Elbette böyle bir sonuca varmak için sözleşmenin yorumlanmasına ve tarafların farazi iradelerinin tespitine ihtiyaç vardır. Buna karşılık tarafların böyle bir durumu bilselerdi sözleşmeyi hiç yapmayacak olacakları yönündeki farazi iradelerinin ne zaman aranacağı meselesi doktrinde tartışmalıdır. Bu konuda hâkim görüş farazi iradelerin araştırılmasında esas alınacak an, bu iddianın ileri sürüldüğü ya da bu konuya ilişkin davanın açıldığı an olmayıp, sözleşmenin kurulduğu andır⁴⁰².

Buna karşılık tarafların sözleşmenin bir kısmının hükümsüz olması halinde geri kalan tüm sözleşme hükümlerinin farazi irade araştırılması yapılmaksızın geçerli olacağı şeklinde bir anlaşma yapmaları mümkündür. İşte tarafların bu tür yapmış oldukları anlaşmalara “butlan anlaşması” denir⁴⁰³. Sözleşmenin bir kısmının geçersiz olması halinde geri kalan kısmının akıbetinin ne olacağı yönünde yapılan butlan anlaşmaları üç farklı şekilde yapılabilir⁴⁰⁴.

⁴⁰² Hürlimann, 1984: 65; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.19/20 Or, Nr.367.

⁴⁰³ Gauch ve Schluep, 1995: OR AT, Rn. 695; ; Kramer ve Schmidlin, 1986: Art.19-20 OR, Rn.330 vd.

⁴⁰⁴ Gauch ve Schluep, 1995: OR AT, Rn. 695.

Taraflar sözleşmenin bir kısmı geçersiz ise, geri kalan kısmının da geçersiz olacağını belirleyebilirler; taraflar sözleşmenin bir kısmının geçersiz olması halinde geri kalan kısmının geçerli olabileceğini belirleyebilirler; sözleşmenin bir kısmı geçersiz olursa, bu kısmın içeriğinin değiştirilerek sözleşmenin ayakta tutulacağını kararlaştırabilirler. Tarafların bu üçüncü halde yapmış oldukları düzenleme “ikame kayıtları” adını alır. İkame kayıtlarında taraflar, sözleşmenin bir kısmı hükümsüz ise hükümsüz olan kısmın yerine bir kanun hükmünün yahut bizzat kendilerinin kararlaştırmış oldukları bir kaydın uygulanacağını kararlaştırırlar⁴⁰⁵. İkame kayıtlarının en yaygın görünüm şekli “uyarlama kayıtları” olarak karşımıza çıkar. Örneğin tarafların edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve bu suretle aşırı ifa güçlüğü söz konusu olma ihtimaline karşı, sözleşmedeki edimler arasındaki dengenin bozulması halinde piyasa rayıcı veya para değerindeki değişimin esas alınacağına ilişkin düzenleme yapabilirler. Dolayısıyla tarafların durumlarda meydana gelecek değişikliği öngörmeleri halinde bu rizikoyu kontrol altına almak ve riziko gerçekleşmesi halinde de sözleşmeyle bağlı kalmayı sağlamak için sözleşmede uyarlama kayıtları kararlaştırmaları mümkündür⁴⁰⁶; bu durum sözleşme özgürlüğünün doğal sonucudur. Türk hukuku bakımından da TBK m. 138 hükmü emredici bir nitelik taşımadığından dolayı⁴⁰⁷ taraflar sözleşmede risk dağılımına ilişkin düzenlemelerde bulunabileceği kabul edilir. Bu kapsamda sonradan ortaya çıkan değişikliklerden dolayı aşırı ifa güçlüğü durumlarının meydana gelmesi ile borçludan borcun ifasının istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşüp düşmediğinin tespitinde taraflarca düzenlenen uyarlama kayıtları önem taşır.

3.2.4.3.2.1. Uyarlama Kayıtları

Sözleşmede risk dağılımına ilişkin hüküm bulunması halinde uyarlama kayıtları söz konusu olur. Diğer bir deyişle tarafların bir sözleşmeyi hazırlarken risk dağılımına ilişkin düzenleme yapmaları, hangi rizikoların risk dağılımı kapsamına gireceği ve bunların meydana gelmesine hangi tarafın katlanacağını belirlemeleri, uyarlama kaydı şeklinde ortaya çıkar.

Uyarlama kayıtları, tarafların sözleşme yaparken, ortaya çıkması muhtemel olan sözleşme rizikoları ile ilgili olarak yaptıkları ve bu rizikoların ortaya çıkması halinde sözleşmenin akıbetinin ne olacağını belirledikleri sözleşme hükümleridir. Burada sözleşmelerin kurulması ile ifası arasında geçen sürede meydana gelebilecek olan rizikoların

⁴⁰⁵ Jauernig, 2003: § 139 BGB, Nr. 13.

⁴⁰⁶ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 576; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 276; Kaplan, 1987: 122.

⁴⁰⁷ Gümüş, 2012: 87; Baysal, 2017: 273; Topuz, 2009: 128.

sözleşmenin taraflarından birisine yükletilmesi amaçlanır⁴⁰⁸. “Uyarlama kayıtları”, rizikonun gerçekleşmesi halinde sözleşmenin belirlenen şekilde uyarlanmasına veya tümüyle sona erdirilmesine ilişkin olan “olumlu uyarlama kayıtları” ile sözleşmenin hiçbir şekilde uyarlanmayıp mevcut haliyle sözleşmeyle bağlı kalınacağına ilişkin olan “olumsuz uyarlama kayıtları” kavramlarını da içerecek şekilde kullanılan bir üst kavramdır⁴⁰⁹.

Bu kapsamda sözleşmenin tarafları, meydana gelebilecek olan rizikoyu önceden öngörebilir ve bunu kontrol altına almak için olumlu uyarlama kayıtları kullanarak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağını kabul edebilecekleri gibi, olumsuz uyarlama kayıtları koyarak sözleşmenin değişen koşullara rağmen uyarlanmayıp mevcut şekliyle devam edeceğini kararlaştırabilirler⁴¹⁰.

Olumlu uyarlama kayıtlarında taraflar sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağı konusunda anlaşılır. Bu bakımdan olumlu uyarlama kayıtları, gelecekteki bir olayın gerçekleşmesine bağlı olarak devreye girer ve sözleşmenin uyarlanması sonucunu doğurur⁴¹¹. Uygulamada en yaygın kullanılan uyarlama kayıtları olan olumlu uyarlama kayıtlarına genellikle sürekli borç ilişkilerinde rastlanır. Özellikle teknoloji transferinin söz konusu olduğu know-how sözleşmelerinde⁴¹² sözleşme süresi içindeki teknolojik gelişmeler göz önünde tutularak uyarlama kayıtları kullanılır. Keza enerji, gaz, petrol ve su tedarikine ilişkin olan uzun süreli teslimat sözleşmelerinde ve uzun süreli kira sözleşmelerinde de olumlu uyarlama kayıtlarına rastlanır⁴¹³. Örneğin hammadde fiyatlarının artması veya yükselmesi halinde ya da ithalat veya ihracat yasakları ortaya çıkarsa, sözleşme değişen şartlara uyarlanacaktır gibi kayıtlar olumlu uyarlama kayıtlarının yaygın örnekleridir.

Bununla birlikte olumlu uyarlama kayıtları, ileride meydana gelecek değişiklikler halinde sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin de olabilir⁴¹⁴. Burada en yaygın görünen örnekler savaş kayıtları kayıtlarıdır⁴¹⁵. Örneğin tarafların sözleşmeye koydukları bir kayıt “savaş çıkması halinde sözleşme sona erecektir” şeklinde ise burada da olumlu bir uyarlama kaydı söz konusu olur. Bu bakımdan ileride gerçekleşecek bir olaydan dolayı sözleşmenin

⁴⁰⁸ Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 64; Emmerich, 2005: § 28 Nr. 21; Bischoff, 1983: 91 vd; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 576; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 276; Kaplan, 1987: 122; Arat, 2006: 141.

⁴⁰⁹ Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 64; Emmerich, 2005: § 28 Nr. 21; Bischoff, 1983: 91 vd; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 576; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 276; Kaplan, 1987: 122; Arat, 2006: 141.

⁴¹⁰ Gauch vd., 2003: Nr. 1284.

⁴¹¹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 579; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 277; Kaplan, 1987: 123; Bischoff, 1983: 96.

⁴¹² Baysal, 2017: 276.

⁴¹³ Topuz, 2009: 131.

⁴¹⁴ Bischoff, 1983: 96.

⁴¹⁵ Topuz, 2009: 131.

sonra erdirileceğine ilişkin olumlu uyarlama kayıtları, bozucu şarta benzer. Nitekim TBK m. 170/I ve 173/I uyarınca sözleşmenin sonuç doğurması ya da sonuçlarının ortadan kalkması, gelecekteki belirsiz bir olayın gerçekleşmesine bağlanıyorsa, burada koşula bağlı bir sözleşme söz konusu olacaktır⁴¹⁶.

Koşula bağlı borç, tarafların iradelerinden kaynaklanır ve hukuki işlemin bir parçasını oluşturur. Koşul olarak belirlenen olaylar, gerçekleşip gerçekleşmeyeceği belirsiz olan olaylardır. Burada belirsizlik objektif nitelikli olmalıdır. Diğer bir deyişle sözleşmenin yapıldığı sırada ileride gerçekleşeceği objektif olarak bilinmeyen geleceğe ilişkin bir olay koşulun konusunu oluşturur⁴¹⁷. Bozucu koşulda ise geçerli olarak yapılmış bir sözleşmenin sona ermesi önceden gerçekleşip gerçekleşmeyeceği bilinmeyen bir olguya bırakılması halinde söz konusu olur (TBK m. 173/I). Bu kapsamda sürekli sözleşme ilişkilerinde kullanılan olumlu uyarlama kayıtları, bozucu koşul şeklinde ortaya çıkabilir⁴¹⁸. Ancak bozucu koşulla yapılan sözleşmeler, yapıldıkları anda hüküm ve sonuç doğursalar da, koşulun gerçekleşmesi ile sözleşmenin hüküm ve sonuçları geleceğe etkili olarak ortadan kalkar (TBK m. 173/II).

Bu nedenle bozucu koşul niteliğindeki uyarlama kayıtları, sözleşmenin değişen şartlara rağmen ayakta tutulması ve değişen şartlara uyarlanmasını içeren uyarlama kayıtlarına nazaran uygulamada daha az kullanılır. Zira burada tarafların sözleşmedeki risk dağılımına ilişkin iradeleri sözleşmenin sona erdirilmesi şeklindedir ve bu nedenle hukuki sonuçları bakımından daha esnek olan ve sözleşmenin uyarlanmasına imkan veren uyarlama kayıtları daha sık kullanılmaktadır.

Olumlu uyarlama kayıtları, sözleşmede “genel uyarlama kayıtları” olarak belirtilmiş olabilir. Tarafların sözleşme kurulduktan sonra şartların değişmesi halinde sözleşmenin bu değişen koşullara uyarlanacağına ilişkin genel bir uyarlama kaydı getirmesi mümkündür. Bu kapsamda sözleşmenin uyarlanacak olması ve uyarlamanın şartları da genel olarak düzenlenir⁴¹⁹. Bununla birlikte, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin olarak “değişen şartlar” veya bunların değişmesindeki oranlar da somut olarak belirlenebilir. Burada belirlenen kayıt uyarınca söz konusu değişikliğin meydana gelmesi ile sözleşmenin uyarlanması gündeme gelir. Bu tür durumlarda “otomatik uyarlama” söz konusu olur.

Uygulamada en sık kullanılan otomatik uyarlama kayıtları, fiyat endeksine ilişkin olan

⁴¹⁶ Feyzioğlu, 1978: 343; Tekinay vd., 1993: 328; Tunçomağ, 1976: 991; Sirmen, 1992: 30; Nomer, 2017, Nr. 221; Nr. 221; Eren, 2016a: 1161.

⁴¹⁷ Feyzioğlu, 1978: 343; Tekinay vd., 1993: 437 vd; Tunçomağ, 1976: 995; Sirmen, 1992: 99; Nomer, Nr. 221; Eren, 2016a: 1165 vd.

⁴¹⁸ Bischoff, 1983: 96; Topuz, 2009: 131.

⁴¹⁹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 580; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 277; Wiegand, 1996: Art. 18 OR Nr. 110.

endeks kayıtları (Indexklauseln)dır.⁴²⁰ Otomatik uyarlama kayıtlarının belirli bir fiyat endeksi ile ilişkilendirilmesi durumları genel olarak endeks kayıtları olarak adlandırılmakla birlikte Türk hukukunda bunların görünüm şekilleri TÜFE ve ÜFE olarak karşımıza çıkar. TÜFE (Tüketici Fiyatları Endeksi), belirli bir referans döneminde bireylerin ortalama tüketim kalıplarını yansıtan bir mal ve hizmet sepetinin zaman içinde fiyat değişimini ölçerken, ÜFE(Üretici Fiyatları Endeksi) ise, ülke ekonomisinde üretimi yapılan ve yurtiçine satışa konu olan ürünlerin, üretici fiyatlarını zaman içinde karşılaştırarak fiyat değişikliklerini ölçer⁴²¹.

Bir diğer olumlu uyarlama kaydı ise, yeniden müzakere kayıtlarıdır. Bu tür uyarlama kayıtlarında tarafların iradeleri, koşulların değişmesi halinde bir araya gelerek, sözleşmeye ilişkin yeniden müzakere yapmaları yönündedir. Dolayısıyla bu tür kayıtlarda tarafların yeniden müzakere yükümlülüğü söz konusu olur⁴²². Yeniden müzakere yükümlülüğü taraflarca bir yükümlülük olarak kararlaştırılabileceği gibi bir ödev olarak da kararlaştırılabilir. Bunun bir ödev veya yükümlülük olarak kararlaştırılmasının arasındaki fark, yükümlülük durumunda, sözleşme kurulduktan sonra koşulların değişmesi halinde tarafların müzakereye katılmaması veya gereği gibi sürdürmemesi halinde bir tazminat talebinin bulunacağının da kararlaştırılabilmesidir⁴²³.

Tarafların sözleşmede olumlu uyarlama kayıtları kapsamında, sözleşmenin taraflarından birisinin uyarlama yapabilmesi hakkına sahip olması da mümkündür. Bu durumda “edimin tek taraflı olarak belirlenmesi kayıtları” söz konusu olur⁴²⁴. Bu tür olumlu uyarlama kayıtlarında fiyatın veya edimin uyarlanmasını gerçekleştirmek üzere taraflardan birisine hak tanınır. Şartlarda değişiklik olması durumunda da bu tarafın talep etmesi ile sözleşmede değişiklik yapılması gündeme gelir. Söz konusu hak taraflardan birisine verilebileceği gibi üçüncü kişilere de verilebilir. Örneğin, “Euro’nun satın alma gücü ilerleyen tarihlerde azalırsa, bilirkışı marifetiyle kararlaştırılan bedel yeniden takdir edilecektir” veya “piyasalarda esaslı değişiklikler olması halinde banka, faiz yükünü değiştirme hakkına sahiptir” gibi kayıtlar, tek taraflı olarak uyarlamanın belirlenmesine örnek teşkil eder⁴²⁵.

⁴²⁰ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 580; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 277; Wiegand, 1996: Art. 18 OR Nr. 109.

⁴²¹ TÜİK, Fiyat Endeksleri ve Enflasyon, Sorularla Resimli İstatistikler Dizisi, s. 21 vd.

⁴²² Gauch vd., 2003: Nr. 1285; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 286; Wiegand, 1996: Art. 18 OR Nr. 121.

⁴²³ Baysal, 2017: 276.

⁴²⁴ Gauch vd., 2003: Nr. 1285; Bischoff, 1983: 100; Baysal, 2017: 276; Topuz, 2009: 134.

⁴²⁵ Topuz, 2009: 134.

Olumsuz uyarlama kayıtlarında ise tarafların iradeleri, şartlar ne suretle değişirse değişsin, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmayacağı yönündedir⁴²⁶. Olumsuz uyarlama kayıtlarında tarafların meydana gelen bir değişikliğin sözleşmenin ifasına engel olmayacağını kararlaştırmaları, genel olarak rizikonun üstlenilmesi anlamına gelir. Bu kapsamda şartlar her ne şekilde değişirse değişsin, taraflar sözleşmeyle bağlı kalacaklardır.

Olumlu ve olumsuz uyarlama kayıtları, sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde değerlendirilmektedir. Taraflar olumlu uyarlama kayıtlarına başvurarak değişen şartlarda uyarlama yapılabileceğini kararlaştırabilecekleri gibi, uyarlamanın hiçbir koşulda gerçekleşmeyeceğini de kararlaştırabilirler. Ancak burada unutulmaması gereken husus, sözleşmesel risk dağılımının değerlendirilmesinin, ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırı düşüp düşmeyeceğinin tespitinde önem taşımasıdır. Diğer bir ifade ile sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilmesi için gereken şartlardan birisi olan “koşulların borçludan ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde değişmesi” unsurunun değerlendirilmesi açısından sözleşmesel risk dağılımının göz önünde bulundurulacak olmasıdır. Bu kapsamda eğer taraflar olumsuz uyarlama kayıtları kullanarak sözleşmenin hiçbir şekilde uyarlanmayacağını kararlaştırmışlarsa, uyarlama kayıtları da sözleşmenin bir parçasını oluşturacağından dolayı, değişen koşullar karşısında bu kayıtların da uyarlanması mümkün olmalıdır⁴²⁷.

Baysal’a göre, sözleşmedeki hükümlerin uyarlanması mümkün olduğu gibi, uyarlama hükümlerinin de uyarlanmasının kabul edilmesi gerekir. Zira uyarlama kayıtlarının da önceden öngörülmeven durum değişiklikleri nedeniyle ifası beklenemez hale gelebilir. Buna karşılık olumsuz uyarlama kayıtlarının var olması halinde, risk paylaşımına ilişkin değerlendirme doğal olarak daha sıkı yapılacaktır. Sözleşmede yer alan olumsuz uyarlama kayıtları, durum değişikliğinin getirdiği riski daha üst bir kademeye taşımaktan başka bir şey değildir⁴²⁸.

Yargıtay’a göre de sözleşmede olumlu veya olumsuz uyarlama kayıtları bulunmakla birlikte, bu kayıtlara dayanılarak sözleşmenin aynen uygulanmasını talep etmek MK m. 2/2 hükmü anlamında hakkın kötüye kullanılması manasına gelebilir. Böyle bir durumda sözleşmedeki kayıtlara rağmen edimler arasında aşırı bir dengesizlik çıkmışsa uyarlama yine de yapılmalıdır⁴²⁹. Bu nedenle her ne kadar sözleşmede olumsuz uyarlama kayıtları bulunsa da, yine de TBK m. 138 hükmü uygulama alanı bulabilir.

⁴²⁶ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 584, Bischoff, 1983: 105; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 278, Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 109; Baysal, 2017: 276; Topuz, 2009: 135; Kaplan, 1987: 124.

⁴²⁷ Burcuoğlu, 1945: 12; Baysal, 2017: 276 vd.

⁴²⁸ Baysal, 2017: 277.

⁴²⁹ Yarg. HGK 15.10.2013, 2003/13E, 2003/599K(kazancı).

Kanımızca somut olaydaki özelliklere göre, sözleşmede olumsuz uyarılama kayıtları bulunduğu bahisle ifanın aynen istenmesi, MK m. 2/2 uyarınca hakkın kötüye kullanılması anlamına gelecek durumda ise, yine de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını kabul etmek gerekir. Zira yasal ve sözleşmesel risk dağılımı uyarınca ifanın beklenemezliği hususu, borçludan ifanın istenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edip etmeyeceğinin tespiti açısından önem taşımaktadır. Bu bakımdan Yargıtay'ın hakkın kötüye kullanılmasına yönelik görüşü kanımızca daha isabetlidir.

Buna karşılık, kanunun lafzından çıkarılamasa dahi, yasal ve sözleşmesel risk dağılımı uyarınca ifanın beklenemezliği, işlem temelini çökmüş olması için var olması gereken bir unsurdur. Diğer bir deyişle, her ne kadar tarafların yüklenmiş olduğu sözleşmesel ve kanuni riskin dikkate alınacağı TBK m. 138 hükmünde açıkça belirtilmemiş olsa da, değişikliklerin katlanılamaz olduğunun tespitinde dikkate alınması gereken bir husustur⁴³⁰. Bu bakımdan her ne kadar sözleşmesel bir rizikoyu üstlenen veya zaten o ilişkide bir rizikoyu üstlenilmesi normal olan bir taraf sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep edemeyecek olsa da, olumsuz uyarılama kayıtları da sözleşmenin içeriğine dâhil olan bir husus olduğu için, bu kayıtların da uyarlanabilecek olmasını kabul etmek gerekir.

Sözleşmeyle bağlılığın katlanılabilir olup olmadığının tespitinde her somut olayın özelliği dikkate alınarak tarafların menfaatleri arasında bir dengeleme yapılması gerekir. Tarafların menfaatleri arasındaki dengeleme konusunda somut olay açısından adaletsiz sonuçlar doğuracak olan olumsuz uyarılama kayıtları da bu kapsamda uyarılama konusu yapılmalıdır.

3.2.4.3.2.2. Uyarılama Kayıtlarının Yorumu

Aşırı ifa güçlüğü hallerinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için tarafların sözleşmede üstlenmiş oldukları bir rizikonun bulunup bulunmadığı önem taşımakla birlikte, meydana gelen değişikliğin sözleşmede bulunan uyarılama kayıtlarının kapsamına girip girmediğinin de tespit edilmesi gerekir ki bu durumda uyarılama kayıtlarının yorumlanması gerekir⁴³¹.

Uyarılama kayıtlarının yorumlanmasındaki amaç, olumlu uyarılama kayıtlarının kapsamının genişletilerek uygulama alanlarının dışında kalan olaylarda da kıyasen uygulanmasının önüne geçilmesidir. Uyarılama kayıtlarının yorumlanmasında Türk hukuku bakımından sözleşmelerin yorumlanmasında kullanılan genel ilkelerden yararlanılır. Bu

⁴³⁰ NJW-RR 2010, s. 1017; NJW 2006, s. 901; NJW 2000, s. 1716.

⁴³¹ Fikentscher, 1971: 34; Jäggli ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 588; Bischoff, 1983: 100; Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 111.

kapsamda TBK m. 19'a göre tarafların yanlışlıkla veya gerçek amaçlarını gizlemek için kullandıkları sözcüklere bakılmaksızın gerçek ve ortak iradeleri esas alınır. Burada sübjektif (açıklayıcı) yorum kullanılarak öncelikle tarafların sözleşmenin kurulduğu andaki gerçek ve ortak iradeleri tespit edilmeye çalışılır. Tarafların gerçek ve ortak iradeleri yeterince açık değilse ya da tam olarak tespit edilemiyorsa, bu durumda objektif yorum kullanılarak dürüstlük kuralından faydalanılır. Bu kapsamda hâkim, makul ve dürüst bir şekilde davrandığı varsayılan sözleşme taraflarının, sözleşme kurulduğu andaki şartlar altındaki iradelerini tespit eder⁴³².

Ancak sözleşmenin yorumlanmasına ilişkin genel ilkeler, uyarlama kayıtlarının uyarlanması hususunda her zaman yeterli olamayabilir. Zira sözleşmesel riskler çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilirken, sözleşmede riskin üstlenilmesine ilişkin kayıtlar da çeşitli şekillerde düzenlenebilmektedir. Bu bakımdan her olayda uygulanma kabiliyeti olan yeknesak bir yorum formülü, sözleşmesel risk dağılımına ilişkin hükümlerin yorumlanmasında söz konusu olamaz. Bu nedenle somut olayın özelliklerinin değerlendirilmesi önem taşımaktadır. Uyarlama kayıtlarının açık bir şekilde düzenlenmiş olması halinde bu kayıtların yorumlanmasında büyük ölçüde bir sorun söz konusu olmaz. Zira bu tür kayıtlarda uyarlamanın yapılacağı hal ve şartlar ya da uyarlamanın hiçbir surette yapılmayacak olması gibi hususlar açık ve net bir şekilde düzenlenir. Eğer olumsuz uyarlama kayıtlar mevcut ise tarafların iradeleri, şartlar ne surette değişirse değişsin, sözleşmeyle bağlı kalmaktan yanadır.

Eğer olumlu uyarlama kaydı söz konusu ise bu durumda hâkim gerçekleşen olayların uyarlama kaydının kapsamına girip girmediğini belirler. Örneğin sözleşmede yukarıda da değinmiş olduğumuz savaş çıkması halinde sözleşmenin yeniden müzakere edilip değişen şartlara göre uyarlanacağına ilişkin bir olumlu uyarlama kaydı mevcut ise, bir savaş halinde hakim ortaya çıkan savaşın uyarlama kaydının konusu ve sınırları içerisinde olup olmadığını belirler. Ancak bu kayıtların kıyas yoluyla genişletilerek kapsamı dışında olan durum değişikliklerine uygulanması mümkün değildir. Mesela söz konusu “savaş halinde yeniden müzakere ve uyarlama kaydı” na dayanarak, ekonomik kriz veya doğal afetler nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmek mümkün değildir.

Buna karşılık her ne kadar uyarlama kayıtlarının kıyas yoluyla kapsamı genişletilerek başka durumlara da uygulanması mümkün olmasa da, bu kayıtların kapsamlarının yorum yöntemleri kullanılarak lafzen bu kayıtların kapsamı dışında olsa da düzenlemenin amacına ve ruhuna uygun durumlara da uygulanması söz konusu olabilir. Mesela sözleşmede savaş kayıtlarına ilişkin bir düzenleme bulunurken ortada bir iç savaş

⁴³² Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 124; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 588; Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 13; Eren, 2016a: 426; Kaplan, 1987: 26; Kırca, 2004: 87.

veya bölgesel çatışmalar varsa, hakim bu durumların lafzen uyarlama kaydının kapsamına girmese de, mantıksal çerçevede bu kapsama girebileceği hususunu göz ardı etmemelidir⁴³³.

Uyarlama kayıtlarının yorumlanmasında dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, bu kayıtların sınırlarıdır. Zira uyarlama kayıtları sözleşmede açık bir şekilde somutlaştırılarak düzenlenebileceği gibi, genel bir şekilde de düzenlenebilir. Nitekim sözleşmede “şartlar önemli surette değişirse” şeklinde genel ifadeler de yer verilebilir. Bazı hallerde ise, genel olarak konulan uyarlama kayıtlarına bazı örnekler eklenebilir. Mesela “*ekonomik krizler, hammadde kıtlığı, ihracat yasağı getirilmesi, paranın alım gücünün düşmesi gibi hallerle şartların önemli surette değişmesi halinde uyarlama yapılacaktır*” şeklindeki kayıtlarda durum böyledir. Acaba burada sayılan sözleşmesel rizikolar örnek babında mı sayılır yoksa uyarlama nedenleri bunlarla mı sınırlıdır? Burada sayılmayan bir değişiklikten dolayı aşırı ifa güçlüğü halinde düşen taraf sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilecek midir? Görüldüğü üzere bu gibi genel uyarlama kayıtlarının var olduğu durumlarda ortaya birtakım sorunlar çıkabilir. Ortaya çıkan sorunun çözümü için olumlu ve olumsuz uyarlama kayıtları arasında bir ayırım yapılması gerekir.

Olumlu uyarlama kayıtları bakımından, eğer taraflar genel olarak düzenledikleri bir olumlu uyarlama kaydına yer vererek bunu örneklendirme yoluna gitmişlerse, bu durumda genel uyarlama kaydının bazı örnek olaylarla somutlaştırılmış olduğu kabul edilmelidir⁴³⁴. Bu nedenle tarafların saymış oldukları örnekleri sınırlayıcı olarak değerlendirmemek, bu olaylar gibi şartların önemli surette değişmesine neden olan olaylar meydana gelirse bunların da uyarlama kaydı kapsamına girmesi gerekir. Diğer bir deyişle genel bir şekilde düzenlenen olumlu uyarlama kayıtları “*ekonomik krizler, hammadde kıtlığı, ihracat yasağı getirilmesi, paranın alım gücünün düşmesi gibi şartların önemli surette değişmesine neden olan olayların gerçekleştiği hallerde sözleşme değişen şartlara uyarlanacaktır*” gibi bazı örnekler içeriyorsa, bu örneklerle sınırlandırılmış olduğu kabul edilemez. Somut olayda bu örneklerin yanında şartların önemli surette değişmesine neden olan başka olayların da, aşırı ifa güçlüğüne neden olduğu sürece, uyarlama kaydı kapsamında düşünülmesi gerekir.

Eğer taraflar genel olarak sözleşmenin hiçbir surette uyarlanmayacağını kararlaştırmışlarsa bu durumda da ortada olumsuz uyarlama kaydı söz konusu olur. Buna karşılık olumsuz uyarlama kayıtları genel bir ifade ile düzenlenmeyip, bazı somut olaylar dikkate alınmış ise, bu olayların dışında kalan değişikliklerin ortaya çıkması halinde sözleşmenin uyarlanacağı kabul edilmelidir. Zira bu durumlarda sözleşmenin bütünü dikkate

⁴³³ Baysal, 2017: 278.

⁴³⁴ Bischoff, 1983: 102.

alınmalı ve açıkça öngörülmüş olan olaylar dışındaki değişikliklerin olumsuz uyarlama kaydının kapsamı dışında olacağı kabul edilmelidir⁴³⁵.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise⁴³⁶, sözleşmede rizikonun paylaştırılmasına yönelik olarak yapılan uyarlama kayıtları kıyas yoluyla genişletilemeyeceği gibi, bu kayıtların da dar yorumlanması gerekir. Bu kapsamda sözleşmede kararlaştırılan uyarlama kayıtları örneğin ekonomik dalgalanmalar, kriz olayları veya kanun değişikliklerine ilişkin ise, burada yapılan düzenlemelerin dışında daha başka olağanüstü olaylar gerçekleşmesi halinde, bu olayların da ekonomik dalgalanmalar, kriz olayları veya kanun değişiklikleri kapsamına girip girmediğine bakılmaz. Burada yapılması gereken değerlendirme bu olayların sözleşme kurulduğu sırada öngörülüp öngörülmediğidir.

Bu olaylar öngörülmüş olmalarına rağmen diğer olaylar gibi sözleşmede düzenlenmeyip uyarlama kaydının dışında tutulmuş ise, üstü örtülü bir olumsuz uyarlama kaydının bulunduğu sonucuna varılır. Aynı şekilde olumsuz uyarlama kayıtları içeren sözleşmelerde gerçekleşen olay tümüyle öngörülemez nitelikte ise, sözleşmenin ve bu suretle olumsuz uyarlama kayıtlarının kapsamının dışında kalacağı kabul edilmelidir⁴³⁷.

Sonuç olarak olumsuz uyarlama kayıtlarında genel bir ifadede bulunulmuş ise, sözleşmenin bütünü dikkate alınmalı ve ortaya çıkan durum değişikliklerinden dolayı sözleşmenin uyarlanamayacağı sonucunun sadece önceden öngörülebilen durum değişiklikleri ile sınırlı olacağı kabul edilir. Olumsuz uyarlama kayıtlarında genel bir ifade yerine somut olaylar belirtilerek belirlenmesi halinde ise, bunların dışında kalan olaylar bakımından sözleşmenin uyarlanmasına bir engel bulunmamaktadır.

3.2.4.4. Kanunda Risk Dağılımına İlişkin Hüküm Bulunması

3.2.4.4.1. Genel Olarak

TBK m. 138 hükmü ile aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması genel bir hükümle düzenlenmiştir. Buna karşılık, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması ile ilgili olarak bazı sözleşmelere ilişkin özel hükümler de mevcuttur. Bu hükümlerin özelliği, nasıl ki taraflar sözleşmede risk dağılımına ilişkin düzenlemeler kapsamında olumlu veya olumsuz uyarlama kayıtları yapıyorlarsa, kanunda da risk dağılımına ilişkin olarak yapılan düzenleme niteliğinde olmalarıdır. Kanunda bulunan bu düzenlemeler de bazı hallerde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanacağı ile ilgili iken, bazı hükümlerde de

⁴³⁵ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 586; Baysal, 2017: 278.

⁴³⁶ Topuz, 2009: 141. (Dn. 509'dan naklen)

⁴³⁷ Topuz, 2009: 142.

tıpkı olumsuz uyarılama kayıtları gibi sözleşmenin mevcut haliyle kalıp uyarılamanın talep edilemeyeceği ile ilgilidir.

Aşırı ifa güçlüğü bakımından kanunda risk dağılımına ilişkin özel düzenlemeler bulunmasının önemi ise şudur: Aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin içeriğine müdahale edilebilmesi için, sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir düzenleme bulunmaması gerektiği gibi kanunda da böyle bir düzenleme bulunmaması gerekir. Eğer sözleşmede veya kanunda risk dağılımına ilişkin bir hüküm varsa bu sözleşmenin içeriğine dahil bir durumdur ve bu nedenle uyarılamanın dışındadır. Ayrıca gerçekleşen olaya ilişkin kanunda veya sözleşmede bir hüküm varsa, bu durum artık taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen bir durum olmaktan çıkar⁴³⁸.

Bir sözleşmenin değişen koşullara göre uyarlanmasına ilişkin kanunda bir hüküm bulunuyorsa, bu hüküm öncelikle dikkate alınmalıdır. Zira TBK m. 138 ile özel hükümler arasında özel-genel kural ilişkisi söz konusudur⁴³⁹. Bu nedenle eğer aşırı ifa güçlüğü hali söz konusu ise, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için diğer şartların yanında bulunması gereken diğer bir unsur da somut olayla ilgili kanunda risk dağılımına ilişkin özel bir hükmün bulunmamasıdır. Kanunda uyarlamaya ilişkin özel bir düzenleme mevcut ise, bu düzenlemeler dikkate alınır. Buna karşılık doktrindeki bir görüşe göre, her ne kadar risk dağılımına ilişkin özel bir hükmün varlığı karşısında uyarılamanın ikincilliği ilkesi gereği olarak TBK m. 138 hükmü ikinci planda tutulup öncelikle özel hükümler uygulanacak ise de, bu özel düzenlemelerin uygulanması aşırı ifa güçlüğü ve işlem temelinin çökmesi karşısında adaletli bir çözüm getiremeyecekse, TBK m. 138 hükmü son çare (ultima ratio) olarak uygulanmalıdır⁴⁴⁰.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer husus ise kanunda ve sözleşmede yer alan uyarılama hükümlerinin yarışması hususudur. Nitekim bazı hallerde hem sözleşmede hem de kanunda risk dağılımına ilişkin düzenleme bulunması mümkündür. Bu hallerde, sözleşmede yer alan hükümlerin uygulanması önceliklidir. Diğer bir deyişle, sözleşmede risk dağılımına ilişkin hüküm bulunması halinde kanunda yer alan hükümler, düzenleyici hükümler olup emredici hükümler olmamaları nedeniyle, devre dışı kalacaktır. Zira kanunda

⁴³⁸ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 624 vd; Bischoff, 1983: 60 vd; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 276; Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 112; Kaplan, 1987: 150; Burcuoğlu, 1945: 10; Eren, 2016a: 440; Erzurumluoğlu, 1970: 73; Kocayusufoğlu vd., 2016: § 20, Nr. 8; Topuz, 2009: 250 vd; Baysal, 2017: 288 vd.

⁴³⁹ Baysal, 2017: 289.

⁴⁴⁰ Baysal, 2017: 289.

yer alan düzenleyici hükümler tarafların bu konuda düzenleme yapmamaları halinde uygulama alanı bulacaktır⁴⁴¹.

Türk hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili olarak birçok özel nitelikli kanun hükmü bulunur. Bu hükümler hukuki niteliği itibarıyla kanuni uyarlama hükümleridir. Dolayısıyla aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olabilmesi ve bu suretle TBK m. 138'in uygulama alanı bulabilmesi için "yasal risk dağılımında hüküm bulunmaması" hallerinden anlaşılması gereken, somut uyuşmazlıkla ilgili kanuni uyarlama hükümlerinin bulunmamasıdır.

3.2.4.4.2. Eser Sözleşmesinin Değişen Şartlara Uyarlanması

Sözleşmede risk dağılımına ilişkin hüküm bulunan haller denilince ilke akla gelen husus, eser sözleşmesinde bedelin götürü olarak belirlendiği durumlarda başlangıçta öngörülemeyen değişikliklerin gerçekleşmesi halinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasına imkân veren TBK m. 480/II hükmüdür. eBK m. 365 hükmünü karşılayan TBK m. 480, sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin özel risk paylaşımı hükmü olma özelliğini taşımakla birlikte, aşırı ifa güçlüğüne ilişkin genel bir kanuni düzenlemenin bulunmadığı dönemlerde sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki temelini de teşkil etmiştir. Bu kapsamda doktrinde eBK m. 365 (TBK m. 480) hükmünün sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ile ilgili hukuki bir dayanak olduğu ve bunun kıyas yoluyla diğer sözleşmelere de uygulanabileceği savunulmuştur⁴⁴².

TBK m. 480'e göre:

“Bedel götürü olarak belirlenmişse yüklenici, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlüdür. Eser, öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenici, belirlenen bedelin artırılmasını isteyemez.

Ancak, başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülebilip de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda yüklenici, ancak fesih hakkını kullanabilir.

Eser, öngörülenden az emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile iş sahibi, belirlenen bedelin tamamını ödemekle yükümlüdür.”

Madde metninden de anlaşılacağı üzere TBK m. 480 hükmünün uygulama alanı bulması için öncelikle eser sözleşmesinde ücretin götürü olarak belirlenmesi gerekir. TBK m.

⁴⁴¹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 595; Arat, 2006: 132; Kaplan, 1987: 150; Baysal, 2017: 290.

⁴⁴² Tekinay vd., 1993: 784.

480 hükmünde bedelin götürü olarak belirlenmiş olması şartı aranmakta iken, götürü bedel kavramının kanuni tanımını içermemektedir. Sözleşmenin konusunu teşkil eden eserin bedelinin, önceden ve kesin bir şekilde belirlenmiş olması, bedelin götürü olarak tespit edildiği anlamına gelir⁴⁴³. Götürü bedelin kapsamına eserin imali için gereken tüm maliyetler, giderler ve kar payı girmektedir⁴⁴⁴.

Eser sözleşmesinde bedelin yaklaşık bedel olarak belirlenmesi ise, eserin yapılıp iş sahibine teslim edilmesi halinde, eserin yapıldığı yer ve zamanda eserin değerine ve yapılan giderlere bakılarak belirlenmesidir. Bu kapsamda yaklaşık bedel tespit edilmesi halinde iş sahibi aleyhine ancak yüklenicinin lehine bir durum ortaya çıkarken, götürü bedelde bunun tam tersi söz konusu olur. Zira götürü bedelde işin başlangıçta kararlaştırılan bedelden daha fazlaya mal olması rizikosu ise yüklenicinin üzerine bırakılır⁴⁴⁵. Bu doğrultuda TBK m. 480/II hükmü tüm götürü bedel türlerine uygulanacak olan bir hükümdür⁴⁴⁶. Götürü bedelde tarafların sözleşmede ödenecek olan bedeli önceden ve kesin olarak belirlemeleri ve şartların olağanüstü değişmesi halleri dışında değiştirilmeyeceği konusunda anlaşmaları söz konusu olduğu için, “kesin bedel”, “sabit bedel” veya “anahtar teslim bedel” olarak da tanımlanmaktadır⁴⁴⁷.

Bu kapsamda eğer götürü bedel belirlenmiş ise, eser öngörülenden fazla emek ve masrafi gerektirmiş olsa da, yüklenici belirlenen bedelin artırılmasını kural olarak talep edemez. Ancak istisnai olarak başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin yapılmasına engel olur veya son derece güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenemediği takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.

TBK m. 480/II uyarınca başlangıçta öngörülemeyen veya öngörülüp de taraflarca göz önünde tutulmayan durumlar, taraflarca götürü bedelle belirlenen eserin yapılmasına engel olur veya aşırı derecede güçleştirirse yüklenici, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını ve bedelin artırılmasını talep edebilir. Bunun mümkün olmadığı veya karşı

⁴⁴³ Tandoğan, 1985b: 100; Baygın, 2000: 30; Gökyayla, 2009: 220.

⁴⁴⁴ Erman, 1979: 63; Tandoğan, 1985b: 101.

⁴⁴⁵ Eren, 2016: 651; Kocağa, 2014: 174.

⁴⁴⁶ Kocağa, 2014: 187. Götürü bedelin başlıca iki türü, toptan götürü bedel ve birim fiyatı üzerinden götürü bedeldir. Toptan götürü bedelde eserin tamamı veya belirli bir kısmı için tespit edilen tek bir bedel söz konusu iken, birim fiyatı üzerinden götürü bedelde ise yükleniciye ödenecek olan bedel, eseri oluşturan birimlerin fiyatları esas alınarak belirlenmektedir. Bk.. Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 527; Eren, 2016b: 652; Kaplan, 1987: 129; Gümüş, 2014: 79; Aral ve Ayrancı, 2015: 368.

⁴⁴⁷ Tandoğan, 1985b: 234; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 527; Eren, 2016b: 652; Kaplan, 1987: 129; Gümüş, 2014: 79; Aral ve Ayrancı, 2015: 368.

tarafıtan beklenmediğı hallerde ise, yüklenici sözleşmeden dönebilir. Buna karşılık dürüstlük kuralının gerektirdiğı hallerde yüklenici ancak sözleşmeyi fesih hakkını kullanabilir.

TBK m. 480/II düzenlemesi ile maddenin birinci fıkrasında düzenlenen bedelin götürü olarak belirlenmişse yüklenicinin, eseri o bedelle meydana getirmekle yükümlü olması, eser öngörülenden fazla emek ve masrafı gerektirmiş olsa bile yüklenicinin, belirlenen bedelin artırılmasını istemeyeceğı kuralı gevşetilmiş ve götürü bedelin mutlak olmadığı kabul edilmiştir⁴⁴⁸. Doktrindeki hâkim görüşe göre bu düzenleme niteliğı itibariyle kaynağını MK m. 2’de bulan clausula rebus sic stantibus kuralının özel bir uygulama alanını oluşturmaktadır⁴⁴⁹. Buna karşılık Gümüş’e göre ise, bu düzenlemenin hukuki niteliğini, TBK m. 32’de düzenlenen temel hatası ile olan bağlantısına binaen, clausula rebus sic stantibustan farklı olarak, işlem temelinin çökmesi olarak nitelendirir⁴⁵⁰.

3.2.4.4.2.1. Başlangıçta Öngörülemeyen veya Öngörülebilir de Taraflarca Göz Önünde Tutulmayan Olağanüstü Bir Durum Ortaya Çıkmış Olmalıdır.

TBK m. 480/II’nin uygulama alanı bulabilmesi için öncelikle ortaya olağanüstü bir durum çıkmalıdır. Burada olağanüstü durum deprem, yıldırım düşmesi, fırtına, sel, inşaat yapılacak olan arazinin zemin durumunun öngörülenden çok farklı olması gibi bir doğa olayı olabileceğı gibi savaş, isyan, enflasyon, devalüasyon, genel grev, işçi ücretleri veya malzeme fiyatlarının aşırı oranda artması gibi beşeri bir olayda olabilir. Keza olağanüstü durumun mutlaka bir mücbir sebep olması zorunluğu değildir. Beklenmedik bir olay da olağanüstü durum teşkil edebilir⁴⁵¹.

Ortaya çıkan olağanüstü durumun zamanı ile ilgili olarak kanunda herhangi bir düzenleme bulunmasa da, ilke olarak sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan durumlar, TBK m. 480/II’ye konu olacaktır. Buna karşılık “öngörülüp de göz önünde tutulmayan durumlar” ifadesinden de anlaşılacağı üzere, sözleşme kurulmadan önce de bu durumlar mevcut olabilir. Mesela kanun değişiklikleri, savaş hali, grev gibi durumlar sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan durumlara genel örnek teşkil ederken, eserin meydana getirileceğı yerin jeolojik yapısının öngörülenden daha farklı olması ise, durumun sözleşme kurulması sırasında mevcut olması haline örnek teşkil edebilir⁴⁵². Bu durumda yukarıda örneklendirdiğimiz gibi bir inşaatın yapılacağı arazinin jeolojik yapısı öngörülenden

⁴⁴⁸ Eren, 2016b: 654; Gümüş, 2014: 85.

⁴⁴⁹ Tandoğan, 1985b: 239; Aral ve Ayrancı, 2015: 369; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 535; YHGK, 30.5.2001, 15-402/459(Kazancı).

⁴⁵⁰ Gümüş, 2014: 86.

⁴⁵¹ Eren, 2016b: 656; Tandoğan, 1985b: 239; Aral ve Ayrancı, 2015: 370; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 537; Yavuz vd., 2016: 1013; Kaplan, 1987: 150; Erman, 1979: 74.

⁴⁵² Tandoğan, 1985b: 240; Eren, 2016b: 656.

daha sert bir durumda ise ve hafriyat çalışmaları ve temel kazma vs. işlemleri için öngörülenden çok daha fazla mesai ve masraf gerektirebilir. Burada teknik ve jeolojik bir durum söz konusudur ancak sözleşme hazırlanması sırasında gerekli incelemelerin yapılmasına rağmen tespit edilememiş ya da taraflarca öngörülmesine rağmen göz önünde tutulmamış olabilir.

Ortaya çıkan durumun olağanüstü bir olay olmasından ilk başta anlaşılması gereken, bu durumun tarafların davranışı dışındaki bir durum olmasıdır. Zira bu durumun çeşitli şekillerde ortaya çıkması mümkündür. Fakat bunun olağanüstü olması niteliği, taraflar açısından da beklenilemez olması ile yakın bağlantılıdır. Eren'e göre⁴⁵³ *“bir olay ne kadar olağanüstü nitelikte bir olay ise, o kadar da öngörülemez bir olaydır.”*

Bu durumda ortaya çıkan olağanüstü bir durumun taraflar açısından da öngörülemez nitelikte bir durum olması arasında sıkı bir ilişki mevcuttur. Buna karşılık, ortaya çıkan durumun olağanüstü olması subjektif olarak, somut olaydaki yüklenici açısından öngörülemez olması şeklinde anlaşılmalıdır. Burada söz konusu olan öngörülemezlik objektif olarak, aynı iş çevresindeki basiretli her yüklenici açısından da öngörülemez nitelikte olması şeklinde anlaşılmalıdır. Burada somut yüklenicinin subjektif öngörülleri bir önem taşımamakta; makul, orta zekalı, dürüst bir yüklenicinin objektif öngörüsü esas alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır⁴⁵⁴. Buna karşılık doktrindeki bir görüşe göre, yüklenicinin mevcut yetenekleri ve öngörülleri ile makul ve dürüst bir yüklenicinin objektif öngörüsü birbirine eklenerek, ağırlaştırılmış bir değerlendirilme yapılması gerekir⁴⁵⁵.

Ortaya çıkan olağanüstü durum, zaman bakımından da süreklilik arz etmelidir. Nitekim geçici nitelikte bir durum, TBK m. 480/II kapsamında değerlendirilemez. Bu bakımdan öngörülemez olay sürekli veya en azından uzun süreli olması gerekir⁴⁵⁶.

TBK m. 480/II uyarınca hakimden yeni koşullara uyarlanmasını istemek için ortaya çıkan durumun taraflarca öngörülemez bir durum olmasının yanında bir diğer husus ise, durumun taraflarca öngörülmüş olup, göz önünde tutulmaması halidir. Bu kapsamda taraflarca öngörülmüş olup da göz önünde tutulmayan olaylar da öngörülemez olay sayılmakta ve aynı hukuki sonuca bağlanmaktadır.

TBK m. 480/II uyarınca meydana gelen bir durumun taraflarca öngörülmemiş olmasının yanında öngörülmüş olup da taraflarca göz önünde tutulmayan durumların mevcut olması da mümkündür. Burada söz konusu olan durumlar, sözleşmenin kuruluşu sırasında

⁴⁵³ Eren, 2016b: 656.

⁴⁵⁴ Tandoğan, 1985b: 240; Eren, 2016b: 657.

⁴⁵⁵ Eren, 2016b: 656 Dn. 292.

⁴⁵⁶ Tandoğan, 1985b: 241; Zevkililer ve Gökyayla, 2017: 536; Eren, 2016b: 657.

tarafarla öngörölmekle birlikte sözleşmeye bir etkisi olmayacağı düşünölerek, işlem temeli düzeyine yükseltilmemektedir. Ancak tarafların ortak tasavvurlarına dayalı bu kabullerinin aksine olarak ortaya çıkan durumlarda önceden kararlaştırılan bedel ile bağıllık, dürüstlük kuralının ihlalini oluşturuyorsa ve bu nedenle hakimin müdahalesi haklı görölüyorsa, önceden öngörölen fakat göz önünde tutulmayan durumlar da olağanüstü durumlar olarak değeriendirilir⁴⁵⁷.

Bu kapsamda taraflarla öngörölmekte birlikte göz önünde tutulmayan olaylar da öngörölemez olay sayılır. Taraflarla öngörölmüş olup da göz önünde tutulmayan durumların en klasik örneklerinden birisi yüklenicinin bir uzman raporuna veya iş sahibinin beyanlarına güvenerek hareket etmesi halleridir. Örneğin eser sözleşmesine konu olan arsanın niteliği hakkında bir uzman raporu ya da iş sahibinin vermiş olduğu bilgiler doğrultusunda hareket eden yüklenicinin, işin devamı sırasında gerçek durumun bu şekilde olmadığı, ya da yanlış şekilde olduğunu öğrenmesi hallerinde durum böyledir. Yüklenicinin, iş sahibinin ya da bir uzman raporunun vermiş olduğu bilgiye güvenerek hareket ettiği bu gibi hallerde ayrıca işlem temelinde de hataya düşmüş olması söz konusudur. Bu tür durumlarda önceden belirlenmiş olan götürü bedelle bağıllı kalmak dürüstlük kuralına aykırı düşeceğinden dolayı hakimin sözleşmeye müdahale etmesi gerekir⁴⁵⁸.

Netice itibariyle öngörölemeyen bir durumun varlığı hususu, uzman ve özenli bir yüklenicinin bakış açısından, daha ağır ölçütlerle değeriendirilecek, yüklenicinin bilgi, yetenek ve uzmanlığı da göz önünde bulundurulacaktır. Ayrıca olağanüstü durumun varlığını ispat yükü yüklenicide olacaktır⁴⁵⁹. Yüklenicinin somut olayın özelliklerine göre sözleşmenin kuruluşunda mevcut olup da sonradan açığa çıkan durumların ya da sözleşme kurulması sırasında göz önünde tutmasının beklenmediği durumların gerçekleşmesi halinde, öngörölemezlik şartının gerçekleşmiş olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda, normal fiyat artışlarının, genel hayat tecrübelerine göre uygun olmayacağı kabul edilen hava veya arsa koşulları, öngörülebilir durumlar olarak değeriendirilir⁴⁶⁰. Buna karşılık mücbir sebepler, beklenmeyen jeolojik durumlar, uzun süreli ekonomik istikrarı olan ölkelerde meydana gelen fiyat dalgalanmaları, radikal idari tedbirler, savaş ve toplumsal olaylar gibi durumlar öngörölemez kabul edilir⁴⁶¹.

⁴⁵⁷ Gümüş, 2014: 87.

⁴⁵⁸ Gauch, 1996: Nr. 1090; Tandoğan, 1985b: 240; Eren, 2016b: 667; Gümüş, 2014: 87.

⁴⁵⁹ Yarg. 15. HD. 20.1.1993, 2015/157; Gümüş, 2014: 86.

⁴⁶⁰ Örneğin dik bir yamaca yapılacak olan bina bakımından toprak kaymasının meydana gelmesi, nehir kıyısına yapılan binalarda temelde su çıkması gibi durumlar öngörülebilir niteliktedir. Bk.. Gümüş, 2014: 86.

⁴⁶¹ YHGK, 20.9.2006, 11-525/554, Gümüş, 2014: 86.

3.2.4.4.2.2. Meydana Gelen Durum İfayı Engellemeli veya Son Derece Güçleştirmelidir.

Madde 480/II'nin uygulama alanı bulabilmesi için bulunması gereken şartlardan bir diğeri de taraflarca belirlenen götürü bedel ile eserin meydana getirilmesinin son derece güçleşmesi veya eserin yapılmasının engellenmesidir. Buna karşılık meydana gelen durumlardan dolayı ifanın engellenmesi kavramı, ifa imkânsızlığı olarak anlaşılmalıdır. İfanın engellenmesi kavramından anlaşılması gereken, borçlanılan edimin ifasının mümkün olmakla birlikte durumların değişmesi nedeniyle yerine getirilmesi aşırı ölçüde zorlaşması olmalıdır. İfanın engellenmesi veya son derece güçleşmesi kavramının ifa imkânsızlığından ayrıldığı nokta da kendisini burada gösterir. Esasen ifa imkânsızlığının yükleniciden kaynaklanmayan nedenlerle oluşması durumunda sözleşme sona erecek, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Buna karşılık edimin ifasının yüklenicinin kusuru ile imkânsızlaşması durumunda ise bu takdirde kusurlu imkansızlık söz konusu olur ve uyarlamanın yerine yüklenicinin sorumluluğu devreye girer⁴⁶².

Ortaya çıkan olağanüstü bir durum nedeniyle eserin yapılmasının son derece güçleşmesi halleri uygulamada genellikle ortaya çıkan masraf ve maliyet artışlarının eserin taraflarca belirlenen götürü bedelle yapılmasına engel olması veya bunu son derece güçleştirmiş olması şeklinde ortaya çıkar. Hiç şüphesiz masrafların ve maliyetlerin artması yüklenici açısından bir risk oluşturacaktır. Buna karşılık masraflardaki olağan artışlar, olağan bir risk teşkil eder. Zira her sözleşme ve her yükümlülük borçlu için bir risk içerir. Dolayısıyla olağan risklere borçlu katlanmak zorundadır. Ancak öyle bazı haller söz konusu olabilir ki öngörülemeyen hesaba katılmayan olağanüstü bir durum neticesinde sözleşme ile üstlenilen edimin yerine getirilmesi son derece güçleşir. Bu kapsamda özellikle masraflarda ve maliyetlerde söz konusu olan artışlar da olağanüstü bir artış olacaktır⁴⁶³. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki edimin ifasının son derece güçleşmesi ile ifanın engellenmesi durumları somut olayda hemen hemen iç içe geçmiştir şekilde karşımıza çıkar.

Buna karşılık madde 480/II'nin uygulama alanı bulabilmesi için ortaya çıkan olağanüstü durum değişikliği nedeniyle yüklenicinin iflas etmesi veya ekonomik açıdan perişan duruma düşmesi aranmamaktadır. Bu kapsamda sadece yüklenicinin masraf artışları nedeniyle aşırı ifa güçlüğü haline düşmesi yeterlidir. Ancak somut olayda meydana gelen masraf ve maliyet artışlarının olağan üstü artış olup olmadığının tespiti konusunda mutlaka taraflar arasındaki menfaat açısından bir değerlendirme yapılması gerekir. Doktrindeki hakim görüşe göre bunun söz konusu olabilmesi için ortaya çıkan olağanüstü durum nedeniyle

Eren, 2016b: 658.

⁴⁶³ Eren, 2016b: 659; Tandoğan, 1985b: 245; Erman, 1979: 84; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 539; Aral ve Ayrancı, 2006: 371.

edimler arasındaki dengenin önemli ölçüde bozulmuş olması gerekir⁴⁶⁴. Özellikle işçi ücretlerinin, malzeme fiyatlarının yükselmesi nedeniyle masraflarda meydana gelen aşırı artışlar sözleşmenin kurulması sırasında mevcut olan edim bile karşı edim arasındaki dengenin önemli ölçüde bozulması sonucunu doğuracaktır. Bu halde edimler arasındaki mevcut dengenin önemli ölçüde bozulması halinde yükleniciden sözleşme ile bağlı kalmasının istenmesi ve kararlaştırılan götürü bedelde değişiklik yapılmaması dürüstlük kuralına aykırı olacaktır⁴⁶⁵.

3.2.4.4.2.3. Meydana Gelen Durumun Yükleniciden Kaynaklanmamış Olmalıdır.

Madde 480/II uyarınca eser sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanması için olağanüstü olayın gerçekleşmesi ve bunun yarattığı olumsuz durumun neticesinde edimler arasındaki dengenin bozulmasından yüklenici sorumlu tutulamamalıdır. Eğer yüklenici bu duruma kendi kusuruyla sebebiyet vermişse, edimler arasındaki dengenin bozulması yüklenicinin kusuru veya ihmali yüzünden doğmuşsa yüklenici madde 480/II hükmüne dayanamayacaktır⁴⁶⁶. Keza fiyat artışının, yüklenicinin alt yüklenicisinin kusurlu davranışından veya yüklenicinin gevşek ve özensiz iş görmesinden kaynaklanması hallerinde de TBK m. 480/II uygulanamayacaktır⁴⁶⁷.

3.2.4.4.2.4. Yüklenicinin Bu Durumu İş Sahibine Bildirmelidir.

Yüklenicinin madde 480/II uyarınca hakimden eser sözleşmesinin yeni duruma uyarlanması talebinde bulunmadan önce vakit geçirmeden bu durumu iş sahibine bildirmelidir⁴⁶⁸. Meydana gelen olağanüstü durumu öğrenir öğrenmez derhal ve nihayet eser tamamlanana kadar gecikmeksizin iş sahibine ihbar külfeti, her ne kadar TBK m. 480/II'nin lafzından açıkça anlaşılamıyorsa da, yüklenici bu külfeti yerine getirmemesi halinde ihbar tarihine kadar olan fiyat artışına ilişkin haklarını kaybeder. Ancak ihbar, eser tamamlanana kadar hiç yapılmazsa, TBK m. 480/II'ye dayanan haklarının kullanımını tamamen kaybeder⁴⁶⁹.

⁴⁶⁴ Eren, 2016b: 659; Tandoğan, 1985b: 245; Erman, 1979: 84; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 538; Aral ve Ayrancı, 2015: 371; Gümüş, 2014: 92.

⁴⁶⁵ Eren, 2016b: 659.

⁴⁶⁶ Eren, 2016b: 660; Tandoğan, 1985b: 247; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 540; Erman, 1979: 97; Gümüş, 2014: 93; Aral ve Ayrancı, 2015: 371; Kaplan, 1987: 152.

⁴⁶⁷ Gümüş, 2014: 88.

⁴⁶⁸ Yavuz vd., 2016: 1015; Eren, 2016b: 660; Gümüş, 2014: 93; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 539.

⁴⁶⁹ Gümüş, 2014: 88.

3.2.4.4.2.5. Yüklenicinin Bu Haktan Daha Önce Vazgeçmemiş Olmalıdır.

Yukarıda da belirttiğimiz üzere taraflar sözleşmede olumlu veya olumsuz uyarlama kayıtları düzenlemek suretiyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağı veya uyarlanmayacağı yönündeki iradelerini ortaya koyabilirler. Bu kapsamda olumlu uyarlama kayıtları ile sözleşmenin uyarlanmasında nasıl bir yol izleneceği ve ortaya çıkabilecek olan sözleşmesel rizikoların kapsamı gibi hususları önceden düzenlerler. Olumsuz uyarlama kayıtları ile de sözleşmenin her halükarda mevcut haliyle korunacağı ve her ne surette değişiklikler meydana gelirse gelsin yeni koşullara uyarlanmayacağı belirlenir. Dolayısıyla eser sözleşmesinde de yüklenici ortaya çıkan olağanüstü bir durum değişikliği nedeniyle sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını talep etme hakkından vazgeçebilir. Bu vazgeçme kısmen olabileceği gibi tamamen de söz konusu olabilir. Hatta yüklenicinin sahip olduğu uyarlama hakkı kapsamı bakımından daha da ağırlaştırılabilir; özellikle uyarlama talebinin içeriğini oluşturacak olan sözleşmesel rizikoların kapsamı daraltılabilir.

Madde 480/II hükmü emredici değil, düzenleyici bir hukuk kuralı olması nedeniyle, yüklenicinin hakimden bedelin uyarlama yoluyla artırılmasını isteme, bunun mümkün olmadığı halde sözleşmeden dönme hakkından sözleşmeye konulan bir olumsuz uyarlama kaydı ile önceden vazgeçmesi mümkündür. Bu gibi hallerde yüklenicinin madde 480/II'ye başvurma imkanı bulunmamaktadır. Buna karşılık madde 480/II, MK. m. 2' de düzenlenmiş olan dürüstlük kuralının özel bir uygulama alanıdır. Bu nedenle her ne kadar sözleşmedeki uyarlama kayıtları kapsamında yüklenicinin sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkından vazgeçmiş olması veya sözleşmenin uyarlanmayacağına dair hüküm bulunması halinde madde 480/II' ye başvurma hakkı kural olarak bulunmasa da, ekonomik yönden ortaya çıkan ağır durumların neticesinde ifanın istenmesi dürüstlük kuralına ve hakkaniyet ilkelerine aykırılık teşkil ediyorsa, bu takdirde yüklenici hakimden sözleşmeye müdahale ederek, sözleşmenin yeni şartlara uyarlanmasını isteme, bunun mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenilmediği takdirde, sözleşmeden dönme veya fesih hakkını kullanabileceği kabul edilmelidir⁴⁷⁰.

Sözleşmeye konulan uyarlama kayıtları kapsamında yüklenicinin sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkından vazgeçmiş olduğunu taraflar genel bir şekilde düzenleyebilecekleri gibi “kararlaştırılan bedel kesindir”, “belirlenen bedel değiştirilemez” gibi ifadelerle de yer verilebilirler. Eren’ e göre bu gibi hallerde ortaya çıkan olağanüstü bir durum neticesinde edimler arasındaki denge ilişkisinin sarsılması halinde sözleşmenin uyarlanabilip uyarlanamayacağı bir yorum meselesidir. Sözleşmenin yorumlanması

⁴⁷⁰ Eren, 2016b: 660-661.

durumunda yüklenicinin olağanüstü durum ve olayları ileri sürmekten vazgeçmesini, madde 482/II hükmü saklı kalmak kaydıyla yapmış olduğu sonucuna varılabilir. Bununla birlikte şüphe halinde düzenleyici kanun hükümlerine uygun yorum kullanılarak madde 480/II'nin uygulanabileceği şeklinde karar verilmesi gerekir. Zira düzenleyici hukuk kuralının aksini öngören anlaşmalar daraltıcı yorum kuralına göre dar bir şekilde yorumlanmalıdır⁴⁷¹. Bununla birlikte yüklenicinin bedelin artırılması talebinden vazgeçmiş olması halinde karşı tarafın böyle bir feragati dürüstlük kuralına aykırı olarak ileri sürmesi de mümkün değildir. Böyle bir hak kullanımı MK madde 2/II uyarınca hukuki korumadan yararlanamaz.

3.2.4.4.2.6. TBK madde 480/II'in Sonuçları

Madde 480/II hükmünde, öngörülen şartların gerçekleşmesi halinde yükleniciye hakimden sözleşmeyi yeni koşullara uyarlanmasını isteme hakkı tanınmıştır. Ancak bu uyarlamanın mümkün olmadığı veya bunun iş sahibinden beklenmediği hallerde yüklenici sözleşmeden dönme, dürüstlük kurallarının gerektirdiği durumlarda da sözleşmeyi feshetme hakkına sahiptir.

Burada yüklenici öncelikle sözleşmenin uyarlanmasını talep etme hakkına sahip olup bunun caiz olmadığı hallerde sözleşmeden dönme veya fesih hakkını kullanabilir. Dolayısıyla burada uyarılama hakkı ile dönme ve fesih hakkı arasında bir seçimlik hak ilişkisi bulunmamaktadır. Aksi kabul edilecek olursa uyarılama hakkı ile dönme ve fesih hakları birbiriyle yarışan seçimlik haklar olacak ve yüklenici dilerse sözleşmenin uyarlanması dilerse dönme veya fesih hakkını kullanacaktır. Bu sonuç madde 480 / II'deki Kanun koyucu' nun iradesine aykırı bir sonuç doğuracaktır. Zira kanun koyucu söz konusu hakları arasında dışlama ilkesini öngörmüş ve uyarılama hakkını birincil olarak, dönme veya fesih hakkını da ikincil olarak düzenlemiştir. Böylece birincil hak olan uyarlamanın mümkün ve caiz olduğu hallerde yüklenici dönme veya fesih hakkını kullanamayacaktır⁴⁷².

TBK m. 480/II' de yükleniciye tanınmış olan uyarılama hakkı, özel yenilik doğuran bir hak değil, yenilik doğuran bir dava hakkıdır. Yenilik doğuran hak, hak sahibinin tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılıyorsa ortada özel yenilik doğuran bir hak söz konusu olur. Özel yenilik doğuran hak, sahibinin irade beyanı karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda, karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurur. Buna karşılık, yenilik doğuran hak dava yoluyla kullanılıyorsa, yenilik doğuran dava söz konusu olur ve bu takdirde hak, hüküm ve sonuçlarını ancak hâkimin vereceği karar üzerine meydana getirir. Madde 480/II' de

⁴⁷¹ Eren, 2016b: 661; Aynı yönde Bk.. Tandoğan, 1985b: 248 vd.

⁴⁷² Gauch, 1996: Nr. 1119; Eren, 2016b: 662.

yüklenicinin uyarlamayı ancak hakimden isteyebileceği, dolayısıyla uyarlama hakkının yalnız dava yoluyla kullanılabileceği hükme bağlandığı için Türk hukuku bakımından uyarlama hakkı, yenilik doğuran bir dava hakkıdır. Uyarlama davası, hâkimin vereceği kararlar sözleşmede belirlenmiş olan bedeli değiştireceği için, niteliği itibarıyla değiştirici yenilik doğuran bir davadır⁴⁷³.

Bununla birlikte eBK m. 365 uyarlama hakkının içeriğini bedel artışı veya sözleşmeden dönme seçimlik hakları olarak belirlemişken, madde 480/II, dönmeyi uyarlama hakkının kapsamı dışında tutmuştur. Bu durum karşısında burada düzenlenen uyarlama hakkı, artık yalnız bedel artış istemi ile sınırlı kalmayıp sözleşmenin süresinin uzatılması veya kısaltılması ya da edimin kapsamının değiştirilmesi gibi istemleri de içerebilir⁴⁷⁴. Esasen eBK döneminde madde 365/II'nin uygulanması halinde yüklenici hakimden sözleşmeye müdahale edilmesini isteyebilirdi. Burada hakimın takdir yetkisi çerçevesinde bedelin artırılması veya sözleşmenin sonra erdirilmesine karar verilebilirdi. Yukarıda izah ettiğimiz üzere burada yüklenicinin yenilik doğuran hak niteliğinde seçimlik haklara sahip, bu seçim hakkı ile hakimın bağlı olduğu doktrinde ileri sürülmüştür⁴⁷⁵. Doktrindeki karşı görüşe göre ise, eBK m. 365/II lafzına göre burada yüklenicinin iki hukuksal imkandan birisini seçmeye yönelik bir yenilik doğuran hakkı kullanması söz konusu olmayıp, sahip olduğu tek yetki hakimın müdahalesini talep etmek olduğu savunulmuştur. Buna göre hakim somut olayın şartlarını ve tarafların menfaat durumunu gözeterek ya bedel artırımına ya da sözleşmenin sona erdirilmesine karar verebilir⁴⁷⁶. Ancak TBK m. 480/II ile bu tartışmanın bir önemi kalmamıştır. Zira artık yüklenicinin hakime yönelik talep hakkı “sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını istemek” şeklinde düzenlenmiştir. Bu talebin kapsamına iş görme süresinin uzatılması veya yüklenicinin ediminin azaltılması hususları da girer. Buna karşılık, sözleşmenin sona erdirilmesini talep etmek, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasına ilişkin talebin dışında kalacaktır.

Eser tamamen veya büyük oranda tamamlanmışsa hâkim, bedel artışına karar vermelidir. Ancak hakim karar verirken burada bir bedel uyarlaması söz konusu olduğu için bedel artışına neden olan tüm gider artışlarını da iş sahibine yüklememelidir. Çünkü olağanüstü durumun ortaya çıkmasında iş sahibine de yükletilebilecek herhangi bir kusuru yoktur. Öte yandan, hakimın buradaki görevi iş sahibinin durumunu ağırlaştırmak değil, yüklenicinin katlanamayacağı kadar yüksek olan gider artışlarını katlanabilecek bir düzeye

⁴⁷³ Eren, 2016b: 662-663.

⁴⁷⁴ Eren, 2016b: 663; Zevkliler ve Gökyayla, 2017: 542; Gümüş, 2014: 94; Yavuz vd., 2016: 1015 vd.

⁴⁷⁵ Eren, 2016b: 663; Yavuz vd., 2016: 1015 vd.

⁴⁷⁶ Gümüş, 2014: 89; Tandoğan, 1985b: 256.

çekmektir. Dolayısıyla hakim aşırı artışın tamamını değil, yalnız belirli bir kısmını iş sahibine yansıtmak suretiyle süper riski normal işletme riskine dönüştürmelidir⁴⁷⁷. Eren'e göre⁴⁷⁸ bu hususun aksinin kabulü, uyarılama hükümlerini yüklenici lehine konulmuş kaza veya afet sigortası durumuna getirmek olacaktır. Ayrıca hâkimin amacı yükleniciye ödül vermek değil, sadece kaldırılamayacak kadar ağır yüklerin bir kısmını üzerinden almak olduğu için kararında bir de onun lehine kâra hükmetmemelidir. Zira böyle bir halde yüklenici lehine hükmedilecek kar, ekonomik sonuçları itibariyle adeta iş sahibi aleyhine hükmedilen bir zarar haline gelir.

Hakim, açılan uyarılama davasını şartların oluşmadığı ya da iş sahibinin durumu dolayısıyla ondan uyarılamanın beklenmesinin caiz olmayacağı gibi gerekçelerle ret ederse yüklenici, sözleşmeden dönme hakkına sahiptir. Mesela sözleşmede kararlaştırılan götürü bedel ile bağdaştırılamayacak yükseklikte bir bedel artışının beklenemeyeceği yani artış yapmanın caiz olamayacağı gibi bir gerekçe ile uyarılama talebi reddedilirse yüklenici sözleşmeden dönebilir. Ancak, dürüstlük kuralının gerektirdiği hallerde yüklenici, artık dönme hakkını kullanamaz, onun yerine fesih hakkını kullanır.

Madde 480/II uyarınca açılacak uyarılama davası, yenilik doğuran bir dava hakkı iken, dönme ve fesih hakları özel yenilik doğuran haklardır. Dolayısıyla yüklenicinin dönme veya fesih davası açmasına gerek yoktur. Yüklenici bu hakkını tek taraflı, iş sahibinin hakimiyet alanına varması gerekli bir irade beyanıyla kullanabilir. Bu irade beyanı iş sahibinin hakimiyet alanına ulaşır ulaşmaz, onun kabul etmesine hatta bundan haberdar olmasına gerek olmadan sözleşme kendiliğinden sona eder. Fesih hakkı ise niteliği itibariyle sözleşmeyi geleceğe etkili olarak ortadan kaldırır. Bununla birlikte madde 480/II de hakkaniyetin özellikle de dürüstlük kurallarının gerektirdiği hallerde yüklenicinin dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanmasının sebebi ise, eser sözleşmesi ani edimli bir sözleşme olarak kabul edildiği için bu özelliğinin doğurabileceği hakkaniyete aykırı sonuçların önlenmesidir.

Eğer hakim sözleşmenin uyarılanmasının mümkün olmadığı veya karşı taraftan beklenmeyeceği sonucuna varırsa, bu sonucun tespitine yönelik bir tespit hükmü vermekle yetinir. Bu durumda, TBK m. 480/II uyarınca açılan uyarılama davası bir yenilik doğuran dava niteliğinde, hakimın vereceği uyarılama kararı ise bir yenilik doğuran karar niteliğinde iken, uyarılamanın mümkün olmayacağına ilişkin verilen karar ise bir “tespit hükmü” niteliğini haiz olacaktır⁴⁷⁹. Bu tespit hükmünün kesinleşmesinden sonra yüklenici, yukarıda belirttiğimiz

⁴⁷⁷ Eren, 2016b: 663.

⁴⁷⁸ Eren, 2016b: 663.

⁴⁷⁹ Gümü, 2014: 89; Madde 480'in Gerekçesinde sözleşmeden dönme hakkının iki durumda kullanılabileceği belirtilmiştir. Buna göre birinci durum, sözleşmenin yeni koşullara uyarılanmasının mümkün olmamasıdır. İkinci durum ise, iş sahibinden yüklenicinin uyarılama talebini kabul etmesinin beklenememesi halidir. Bu husus

yenilik doğuran hakkı bir dava yoluna başvurusu gerekmeksizin kullanabilecek ve sözleşmeden dönme veya dürüstlük kuralı hakkı kılıyorsa fesih hakkını kullanacaktır.

Kanun koyucu, dürüstlük kuralının gerektirdiği durumlarda fesih hakkının kullanılacağını, TBK m. 125 uyarınca iş sahibinin dönme hakkını kullandığı hallerde dahi uygulanabilir olduğunu kabul etmektedir. Nitekim bu son durumda, yüklenicinin temerrüdü nedeniyle iş sahibinin arsa payı karşılığı eser sözleşmesinden dönmesiyle, klasik dönme görüşüne göre, sözleşme kurulduğu ana etkili olarak ortadan kalktığı için yüklenicinin daha önce üçüncü kişilere mülkiyetini devretmiş olduğu bağımsız bölümlerin hukuki sebebi de ortadan kalkacak, böylece iyiniyetli alıcılar ortaya çıkan bu sonuçtan dolayı mağdur olacaktır.

Yargıtay bu gibi hallerde ortaya çıkan olumsuz sonuçları önlemek amacıyla geçmişe etkili olarak sonuç doğuran sözleşmeden dönme yerine geleceğe etkili fesih yolunu kabul etmiştir⁴⁸⁰. Dolayısıyla sözleşme kapsamında eserin önemli bir bölümünün tamamlanması halinde sözleşmeden dönme hakkının yerine ileriye etkili olarak sözleşmenin feshi söz konusu olabilir.

3.2.4.4.3. Sürekli Borç İlişkilerinin Hakkı Sebeple Feshi

Türk Borçlar Kanununda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması bakımından dikkate alınması gereken kanuni risk dağılımına ilişkin çeşitli düzenlemeler mevcuttur. Buna karşılık kanuni uyarlama ile ilgili genel bir düzenleme içermemekle birlikte bazı sözleşmelerin değişen şartlarda uyarlanmasına ilişkin olumlu veya olumsuz bazı uyarlama kuralları düzenlenmiştir.

TBK m. 331, 369, 617 maddelerinde olduğu gibi sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin hakkı sebeple feshine ilişkin olan hükümler burada ilk olarak akla gelen düzenlemelerdendir. Bu hükümlerin özelliği, sözleşmenin içeriğini oluşturan hak ve borçlarda değişiklik değil, vaktinden önce sona erdirmek suretiyle sözleşmenin süresinde değişiklik yapmasıdır. Kanımızca sürekli borç ilişkilerinin hakkı sebeple feshine ilişkin bu hükümlerin kıyas yoluyla ödünç ve saklama sözleşmelerine de uygulanması da mümkündür. Bu kapsamda öncelikle sürekli borç ilişkilerinin kapsamını incelemek daha isabetli olacaktır.

Sürekli borç ilişkileri, asli edim yükümlülüğünün ifası ile sözleşmenin zaman unsuru arasında sürekli bir ilişkinin söz konusu olduğu sürekli sözleşmelerdir. Buradaki süreklilik, örneğin hizmet sözleşmesinde işçinin ve kira sözleşmesinde kiralayanın asli edim yükümlülüklerinde olduğu gibi belirli veya belirli olmayan bir zaman dilimini kapsar. Sürekli

özellikle, uyarlama sonucunda artırılabilecek bedelin, sözleşmede kararlaştırılan götürü bedelle bağdaştırılamayacak bir miktara ulaşması halinde söz konusu olacaktır.

⁴⁸⁰ İBK 20.1.1984, 1984/1K.; YHGK 27.1.1988, 1988/48K.; Yarg. 15 HD. 24.3.2003, 2003/1471K; Eren, 2016b: 664.

borç ilişkilerinde asli edim yükümlülüğü, sözleşmenin sonuna kadar geçen süre içinde devamlı olarak ifa edilir⁴⁸¹.

Doktrindeki hakim görüşe⁴⁸² göre, bir borç ilişkisinin sürekliliğinin tespitinde, "alacaklının ifadaki menfaatinin bir zaman dilimine yayılmış olup olmamasını" dikkate almakta; bu soruya olumlu cevap verilebildiği hallerde, borç ilişkisinin sürekliliğinin kabul edileceği söylenmektedir. Yani borcun ifasının bir hazırlık sürecini gerektirmesine ve ifa faaliyetleri bir süreye yayılmasına rağmen, alacaklının edimin ifasındaki menfaati bir anda gerçekleşiyorsa, borç ilişkisi sürekli olarak değerlendirilemez.

Buna karşılık doktrindeki diğer bir görüşe⁴⁸³ göre ise borç ilişkisinin sürekliliğinin tespiti sırasında alacaklının menfaatinin değil, borçlunun ifa hareketlerinin dikkate alınması gerekeceği belirtilmektedir. Bu görüşe göre, borçlunun ifa hareketleri bir zaman sürecine yayılmışsa, burada sürekli bir borç ilişkisinin varlığı kabul edilmelidir. Böylece, sürekliliğin tespiti açısından borç ilişkisine borçlu açısından yaklaşılar ve borçlunun ön planda tutulduğu modern görüşlere uygun sonuçların ortaya çıkacağı ileri sürülmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre böylelikle eser sözleşmesine de sürekli sözleşmelere uygulanacak hukuki sonuçlar uygulanabilir.

İsviçre doktrininde⁴⁸⁴ ise ileri sürülen ayrımın ölçütü, zaman faktörünün borç ilişkisindeki karakteristik edim üzerindeki önemine dayanır. Buna göre, bir borç ilişkisinde karakteristik edimin kapsamı ancak zaman faktörüne göre belirlenebiliyor ise, sürekli bir borç ilişkisi söz konusudur. Başka bir deyişle, edimin kapsamı, geçmesi gereken süreyi değil; fakat geçen süre edimin kapsamını belirliyorsa, sürekli borç ilişkisinin varlığından söz edilebilir. Örneğin, kira sözleşmesinde karakteristik edim olan kirayaverenin ediminin kapsamı, sözleşmenin ifa edileceği süreye göre belirlenebilir hale gelmekte, yani ifa edileceği süre çerçevesinde bu edimin kapsamı da artmaktadır. Kira sözleşmesi, ister belirli ister belirsiz süreli olsun, bu durum değişmez; ifa süresine bağlı olarak kiraya verenin ediminde artış meydana gelir. Dolayısıyla sürekli borç ilişkilerinde ifa ile sona erme arasındaki bağ kesilmektedir.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerden ayrılması gereken bir diğer husus da, art arda ifalı sözleşmelerdir. Art arda ifalı sözleşmeler, borçlunun aralıklı olarak tekrarlanan ifa hareketlerinde bulunmasını gerektirir; burada zaman içerisinde ifa edilmesi gereken birden fazla edim vardır ve bunların tamamı, tek bir borcun

⁴⁸¹ Seliçi, 1977: 8.

⁴⁸² Seliçi, 1977: 8; Kuntalp, 2013: 18; Öz, 1989: 14.

⁴⁸³ Serozan, 2007: 164; Sungurbey, 1984: 480.

⁴⁸⁴ Gauch, 1968: 7.

konusunu oluşturur. Borçlu, düzenli veya düzensiz aralıklarla tekrarlanan ifa hareketlerinde bulmak suretiyle borcunu yerine getirir. Art arda ifalı sözleşmenin, ifası süreklilik gösteren sözleşmelerden farkı, ifada kesintisizlik olmamasıdır⁴⁸⁵.

Art arda ifalı sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi teşkil edip etmediği hususu, art arda tekrarlanacak olan edimlerin kapsamının belirliliğinden hareket ederek değerlendirilmelidir⁴⁸⁶. Buna göre, dönemli edimin zaman unsuruna bağlanması iki şekilde söz konusu olabilir. Taraflar tüm edim miktarını başlangıçta belirleyebilirler ya da tüm edim miktarını başlangıçta belirlemezler. Bu durumda ya tekrarlanacak edimlerin miktarı belirlenmiş, fakat edimlerin süreceği ifa zamanı belirlenmemiştir veya tekrarlanacak edimlerin miktarı dahi önceden belirlenmemiştir. Bu ikinci durumda tedarik sözleşmelerinden bahsedilmektedir⁴⁸⁷. Tarafların tüm edim miktarını başlangıçta belirledikleri hallerde, sözleşmenin genellikle ani edimli borç ilişkisi olduğu kabul edilmektedir⁴⁸⁸.

Tedarik sözleşmelerinde, tüm edim miktarı başlangıçta belli olmayıp, geçen süreye bağlı olarak artar. Bu nedenle bu sözleşmelerin sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda görüş birliği mevcuttur. Elektrik, gaz ve su abonmanlık sözleşmeleri bu kapsamda değerlendirilir. Burada edimin miktarı, abonmanın ihtiyacı çerçevesinde belirlenir ve bu miktar süre unsuruna bağlı olarak artış gösterir. Ancak birbirini takip eden bu edimleri kapsayan tek bir sözleşme söz konusudur; her bir edim için ayrı bir sözleşme kurulduğundan bahsedilemez.

Gümüş'e göre ise art arda ifalı sözleşmelerin süreklilik niteliğinin tespitinde alacaklının menfaati dikkate alınmalı ve alacaklının borç ilişkisinin tümü ele alınarak alacaklının edimlerin tamamının ifasındaki menfaatinin değerlendirilmesi gerekir. Bu kapsamda alacaklının asıl amacının bir zaman süreci boyunca ihtiyaçlarının sürekli olarak karşılanması olduğu sonucuna varılıyorsa, burada sürekli borç ilişkisinin var olduğunu kabul etmek gerekir⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ Kuntalp, 2013: 20. "Gerçek anlamda bir art arda teslimli sözleşmeden bahsedebilmek için, art arda teslimin asli bir unsur olması gerekir. Yani alıcı veya satıcının imkanları nedeniyle teslimin tek bir seferde yapılamadığı hallerde art arda ifa değil, bir edimin bölünerek ifası söz konusudur. Örneğin, bir dergi abonmanlığında art arda teslim sözleşmenin asli bir unsurudur, çünkü bunun başka şekilde ifası mümkün değildir. Böyle bir sözleşmede ifanın art arda gerçekleşmesi, sözleşmenin niteliği gereğidir". Bk., Kuntalp, 2013: 20 vd.

⁴⁸⁶ Seliçi, 1977: 13 vd.; Kuntalp, 2013: 9 vd.

⁴⁸⁷ "Tedarik sözleşmelerinde, tüm edim miktarı başlangıçta belli olmayıp, geçen süreye bağlı olarak artmaktadır. Bu nedenle bunların sürekli borç ilişkisi olarak kabul edilmesi gerektiği konusunda fikir birliği mevcuttur. Elektrik, gaz ve su abonmanlık sözleşmeleri bu kapsamda değerlendirilmektedir. Edimin miktarı, abonmanın ihtiyacı çerçevesinde belirlenir ve bu miktar süre unsuruna bağlı olarak artış gösterir. Birbirini takip eden bu edimleri kapsayan tek bir sözleşme vardır, yoksa her bir edim için ayrı bir sözleşme kurulduğundan bahsedilemez". Bk., Barlas, 1999: 225; Seliçi, 1977: 15; Kuntalp, 2013: 9.

⁴⁸⁸ Öz, 1989: 15; Kuntalp, 2013: 27; Seliçi, 1977: 20 vd.

⁴⁸⁹ Gümüş, 2013: 37.

Sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshi, hukuki niteliği itibariyle genel nitelikte bir olağanüstü fesih sebebidir⁴⁹⁰. Bunun sebebi, haklı sebeple feshin özel olarak belirlenmiş somut bir olaya bağlı olmaması; haklı sebebin çeşitli şekillerde ortaya çıkabilmesidir. Haklı sebeple fesih dışında, kanunen sözleşme ilişkisini fesih ile sona erdirmeye imkanı tanınan veya taraflarca fesih sebebi olarak kabul edilen diğer hallerde de, sözleşmenin olağanüstü fesih yoluyla sona erdirilmesi söz konusu olur; ancak burada özel olarak belirlenmiş somut olayların ortaya çıkmasına dayalı bir fesih söz konusudur. Örneğin TBK m. 138 kapsamında aşırı ifa güçlüğü halinde sürekli borç ilişkilerinin uyarlanması imkan olmaması halinde feshedilmesi bu şekildedir. Görüldüğü üzere olağanüstü fesih hallerini olağan fesihten ayıran şey, feshi geçerli bir nedene dayandırmak gerekliliğidir.

Türk Borçlar Kanunu'nda haklı sebeple fesih, sadece adi kira (TBK m. 331), hasılat kirası (TBK m. 369), hizmet (TBK m. 435), ölünceye kadar bakma (TBK m. 617) ve adi şirket (TBK m. 639/1, b.7) sözleşmeleri için sözleşmeyi sona erdiren bir imkan olarak öngörülmüştür. Ancak TBK' da bu sözleşmelerden adi kira, hasılat kirası ve ölünceye kadar bakma sözleşmeleri için "önemli sebep"; hizmet ve adi şirket sözleşmeleri için "haklı sebep" ifadelerinin kullanılması kanunun dili ile ilgili bir konu olup, bu düzenlemelerin hepsi haklı sebeple feshe ilişkindir. Nitekim bu maddelerin her birisinde, İsviçre Borçlar Kanunu'nda önemli sebep "wichtige Grund" ifadesi kullanılmıştır.

Bu bakımdan sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerin haklı sebeple feshine ilişkin kanun hükümleri, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması bakımından, kanuni risk dağılımına ilişkin düzenlemeler içerdiği için göz önünde tutulur. Aşağıda öncelikle sürekli borç ilişkisi içeren sözleşmelerin haklı sebeple feshi konusunda kanunda düzenlenmiş olan başlıca hükümler incelenecek, daha sonra bu hükümlerin kıyas yoluyla diğer sözleşmelere uygulanabilip uygulanamayacağı tespit edilir.

3.2.4.4.3.1. Ölünceye Kadar Bakma Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi

Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım alacaklısının hayat boyu bakım ve gözetimi karşılığında bakım borçlusuna bir malvarlığı veya belirli mallarını devretmeyi üstlendiği sözleşmedir⁴⁹¹. Nitekim bu tanım TBK m. 611'de "*Ölünceye kadar bakma sözleşmesi, bakım borçlusunun bakım alacaklısını ölünceye kadar bakıp gözetmeyi, bakım alacaklısının da bir malvarlığını veya bazı malvarlığı değerlerini ona devretme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*" şeklinde ifade edilmiştir. Açıkça görülmektedir ki bakım borçlusunun borcu, bakım alacaklısının hayatı süresince devam etmekte yani bir süreye yayılır. Ayrıca bakım

⁴⁹⁰ Gauch, 1968: 173.

⁴⁹¹ Bilge, 1970: 419.

borçlusunun ediminin kapsamını belirlemede, zaman faktörü de önemli bir rol oynar. Nitekim bakım borçlusunun toplam edimi, ancak bakım alacaklısının yaşadığı süreye göre tespit edilebilir. Bu özellikleri itibarıyla ölünceye kadar bakma sözleşmesinin, bir sürekli borç ilişkisi olduğu konusunda bir tereddüt yoktur⁴⁹².

TBK m. 617'ye göre

“Sözleşmeden doğan borçlara aykırı davranılması sebebiyle sözleşmenin devamı çekilmez hâle gelir veya başkaca önemli sebepler sözleşmenin devamını imkânsız hâle getirir ya da aşırı ölçüde güçleştirirse, taraflardan her biri sözleşmeyi önel vermeksizin feshedebilir. Sözleşme bu sebeplerden birine dayanılarak feshedildiği takdirde kusurlu taraf, aldığı şeyi geri verir ve kusursuz tarafa, bu yüzden uğradığı zarara karşılık uygun bir tazminat ödemekle yükümlü olur.

Hâkim, sözleşmenin önel verilmeksizin feshini yerinde bulabileceği gibi, taraflardan birinin istemiyle veya kendiliğinden, aile topluluğu içinde yaşamalarına son vererek, bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlayabilir.”

Bu hükümden de anlaşılabacağı üzere ölünceye kadar bakma sözleşmesinde, taraflardan her birinin sözleşmeyi bir önel vermeksizin feshedebilmesi mümkündür. Bu bakımdan feshin şartları için üç olasılık söz konusudur. İlk husus, borca aykırılık nedeniyle sözleşmenin devamının çekilemez hale gelmesidir. İkinci husus ise, borca aykırılık hallerinin dışında başkaca durumlardan dolayı sözleşmenin devamının imkânsız hale gelmesi veya aşırı ölçüde güçleşmesi halidir. Bu sebeplerden birisine dayanılarak sözleşmenin feshedilebilmesi mümkündür. Buna karşılık hâkim, sözleşmenin önel verilmeksizin feshini yerinde bulabileceği gibi, taraflardan birinin istemiyle veya kendiliğinden, aile topluluğu içinde yaşamalarına son vererek, bakım alacaklısına ömür boyu gelir bağlayabilir.

Yeri gelmişken sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeplerle feshine ilişkin TBK'da düzenlenen maddelerdeki “sözleşmenin devamının çekilemez hale gelmesi”, “borç ilişkisinin devamını çekilemez hale gelmesi” gibi ifadelerle düzenlenen “sözleşmenin katlanılamaz olması” durumu üzerinde biraz durmak gerekir. Nitekim bu düzenlemelerde ifade edilen borç ilişkisinin devamının çekilemez hale gelmesi, işlem temelinin çökmesi için TBK m. 138'de aranan dürüstlük kuralına göre sözleşmeyle bağlı kalmanın beklenemez olması durumu ile yakınlık arz eder. Bu konudaki ikinci bir husus ise, Alman hukukunda sürekli edimli sözleşmelerin önemli nedenlerden dolayı feshine ilişkin BGB § 314'te düzenlenen “sözleşmenin devamının beklenemez olması” kavramına burada da yer verilmesidir. Alman hukukundaki sürekli sözleşmelerin önemli nedenle feshine ilişkin genel nitelikli bir düzenleme olan BGB § 314'te de, hem TBK m. 138'de hem de BGB § 313'te aranan

⁴⁹² Gauch, 1968: 14; Seliçi, 1977: 30 vd.

beklenilmezlik unsuru aranmıştır. Alman hukukundaki düzenlemenin detayları ve aşırı ifa güçlüğü ile arasındaki ilişki aşağıda daha detaylı olarak inceleme konusu yapılacaktır. Buna karşılık burada belirtmekte fayda var ki, sürekli sözleşmelerin haklı nedenle feshi için sözleşme ilişkisinin devamının beklenemez olması için, edimin hiç veya gereği gibi ifa edilmemesi şeklinde bir borca aykırılık söz konusu olabileceği gibi tarafların güven sorumluluğundan kaynaklanan koruma yükümlülüklerine aykırılıklarda da beklenilmezlik gerçekleşir. Ancak Alman hukuku açısından sürekli borç ilişkisinin devamının beklenemez olması için gereken nedenler, borca aykırılık hallerinden ibaret değildir. Bu kapsamda dürüstlük kuralına göre sözleşmenin devamını çekilmez kılan her türlü neden önemli neden sayılacak ve sözleşmenin süresi sona ermeden feshine imkan verir. Kanımızca Türk hukuku bakımından da sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı nedenle feshine ilişkin düzenlemelerde karşımıza çıkan “beklenilmezlik” de bu şekilde değerlendirilmelidir.

3.2.4.4.3.2. Kira Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi

TBK m. 331’e göre, taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar.

Bu bakımdan belirli süreli kira sözleşmelerinde, sözleşmenin devamını tahammül edilmez bir hale getiren sebepler ortaya çıkarsa, iki taraftan her biri, kanuni sürelerle uymak şartıyla, kira süresinin sona ermesinden önce fesih bildiriminde bulunabilir. Görüldüğü üzere burada haklı sebep, sözleşmenin devamını tahammül edilmez hale getiren sebepler olarak ifade edilir. Bu açıdan söz konusu düzenleme, clausula rebus sic stantibus ilkesinin özel bir uygulama şekli olarak nitelendirilmiştir⁴⁹³.

eBK’dan farklı olarak, bu düzenleme ile artık bir kira sözleşmesinin haklı sebeple feshi için belirli süreli bir taşınmaz kirasının varlığı aranmayacak; her tür kira sözleşmesi haklı sebeple sona erdirilebilir. Diğer yandan, yeni TBK m. 331/2’de öngörüldüğü üzere, hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlayacaktır. Böylece, haklı sebeple kira sözleşmesini fesheden tarafın, karşı tarafa tam bir tazminat ödemesi gerektiği yönündeki eBK m. 264 düzenlemesi, yeni TBK’da çok isabetli bir şekilde kaldırılmış olmaktadır. Bu kapsamda hakim, somut olayın şartlarını ve tarafların kusurunu dikkate alarak tazminata gerek olup olmadığını belirler.

⁴⁹³ Tandoğan, 1985a: 230 vd.

3.2.4.4.3.3. Hasılat Kirası Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi

TBK’da sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı nedenlerle feshine ilişkin düzenlemelerden birisi de hasılat kirası sözleşmesinin haklı nedenlerle feshidir. Burada da sözleşmenin devamını çekilemez hale getiren nedenlerin varlığı halinde sözleşme feshedilebilir. TBK m. 369 uyarınca taraflardan biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Hâkim, durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar. Bu bakımdan tıpkı kira sözleşmesinin feshinde olduğu gibi, hasılat kirası sözleşmesinin de haklı sebeplerle feshedilebileceğini düzenlemiştir.

3.2.4.4.3.4. Hizmet Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi

TBK m. 435’e göre taraflardan her biri, haklı sebeplerle sözleşmeyi derhâl feshedebilir. Sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır. Sözleşmeyi fesheden taraftan, dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenemeyen bütün durum ve koşullar, haklı sebep sayılır.

Buna göre hizmet sözleşmesinin taraflarından her birisi (hem işçi hem de işveren) sözleşmeyi haklı sebeplerle feshedebilir. Burada dürüstlük kuralına göre hizmet ilişkisinin sürdürmesi beklenmeyen her türlü hal ve koşul, haklı sebep sayılmıştır. Bunun yanında sözleşmeyi fesheden taraf, fesih sebebini yazılı olarak bildirmek zorundadır.

Bu düzenlemeye karşılık gelen eBK m. 344 düzenlemesinde ise ahlaki sebeplerden ötürü veya iyiniyet kuralları açısından sözleşmenin taraflarından birinin sözleşmeye devam etmemesini haklı kılan her sebebin haklı sebep teşkil edeceği söz konusu idi. Bu bakımdan haklı sebep kavramının bir tanımı yapılmıştır. Nitekim TBK açısından haklı sebep kavramı, hizmet sözleşmesi açısından “dürüstlük kurallarına göre hizmet ilişkisini sürdürmesi beklenmeyen her türlü durum ve koşul” olarak tanımlanır.

3.2.4.4.3.5. Adi Şirket Sözleşmesinin Haklı Sebeple Feshi

TBK m. 639/b.7 uyarınca adi şirket ortakları, haklı sebeple fesih davası açmak suretiyle ortaklığı sona erdirme hakkına sahiptirler. Bu hak mutlak ortaksal bir hak olup, adi şirket sözleşmesi ile sınırlandırılması veya ortadan kaldırılması da mümkün değildir⁴⁹⁴. Hatta adi şirketin haklı sebeple feshine ilişkin dava hakkının her zaman açılabilmesine ilişkin TBK m. 639/b.7 düzenlemesi karşısında, belirli süreli adi ortaklık ilişkilerinde de belirlenen sürenin bitiminden evvel haklı sebeple fesih mümkündür.

⁴⁹⁴ Şener, 2017: 92; Yongalık, 2010: 82 vd.

Haklı sebeple adi ortaklığın sona erdirilebilmesi için, ortakların mahkemeden dava yoluyla talepte bulunması gerekir ki bu durumda hakimin verdiği karar yenilik doğuran bir karar niteliğindedir. Dolayısıyla bu durumda adi şirket haklı sebebin ortaya çıktığı anda veya dava açıldığı anda sonra ermemekte, daha ileriki bir tarihte sona ermektedir. Feshin, mahkeme kararının kesinleştiği andan itibaren sonuçlarını doğurması itibariyle adi şirketin haklı sebeple feshi, feshin derhal etkili olması kuralının bir istisnasını teşkil eder⁴⁹⁵.

Ortaklığın mahkeme tarafından sonra erdirilebilmesi için bulunması gereken haklı sebep, ortaklardan artık adi ortaklık ilişkisine devam etmesinin beklenemeyeceği veya ortaklığın amacına ulaşmasına oldukça kuvvetli bir olumsuz etkide bulunan sebepler olarak kabul edilir⁴⁹⁶.

3.2.4.4.3.6. Sürekli Borç İlişkilerinin Haklı Sebeplerle Feshine İlişkin Hükümlerin Kanuni Risk Dağılımı Bakımından Kapsamı

Haklı sebeple fesih imkanının dayanağını sürekli bir sözleşmenin varlığına bağlamak, tüm sürekli borç ilişkilerinde bu imkanın varlığını kabul etmek sonucunu doğuracaktır. Ancak kanunun haklı sebeple fesih konusunda, sürekli borç ilişkileri açısından farklı düzenlemeler getirmesi, tüm sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple fesih açısından aynı şekilde değerlendirilmediğini göstermektedir. Yani Borçlar Kanunu, bir ayırım yapmaksızın tüm sürekli borç ilişkilerinde haklı sebeple fesih imkanını tanımamıştır.

Kanunun haklı sebeple feshi düzenleme şeklinden yola çıkarsak, bu imkanın yoğun güven ilişkilerinin söz konusu olduğu sözleşmeler için getirildiğini görürüz. Haklı sebeple feshin öngörüldüğü hizmet, ölünceye kadar bakma ve adi şirket sözleşmeleri, taraflar arasında özel bir güven ilişkisinin ve yakın kişisel ilişkilerin doğmasına yol açarlar. Buna karşın bu özellik, tarafların yukarıdaki sözleşmelere oranla daha az bir işbirliği içinde olduğu kira, ödünç ve vedia sözleşmelerinde daha az belirgindir⁴⁹⁷.

Aslında her sürekli borç ilişkisi, sözleşmenin süresi bakımından genel bir güven ilişkisini gerektirir. Taraflardan her biri, diğer tarafın sözleşme süresince her zaman ifaya hazır olduğuna, özellikle beklenmedik şekilde ortaya çıkan zorlukları ortadan kaldırmak için her şeyi yapacağına güvenmelidir. Ancak tarafların ifa yönündeki iradelerine karşılıklı güvenleri ile uzun süreli bir ilişki kurulabilir ve devam ettirilebilir. Ancak son durumda

⁴⁹⁵ Önen, 1981: 114.

⁴⁹⁶ Honsell vd., 2003: Nr. 30.

⁴⁹⁷ Gauch, 1968: 189.

kanunun, ayırım kıstası olarak yakın kişisel ilişkileri dikkate aldığı ve yoğun güven ilişkisinin öne çıktığı sözleşmelerde haklı sebeple feshe imkan verdiği gözükmektedir⁴⁹⁸.

Doktrinde, haklı sebeple feshin tüm sürekli borç ilişkilerine de uygulanması gerektiğini savunan yazarların bir kısmı, haklı sebeple feshin dayanağını TMK md.2'de yer alan dürüstlük kuralı olarak kabul etmektedirler. Nitekim haklı sebeple feshin tanımına göre, taraflardan biri açısından sözleşme ilişkisinin devamını beklemek dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, bu taraf sözleşmeyi feshedebilir. O halde bir olayın haklı sebep olarak kabul edilip edilemeyeceğinin değerlendirilmesinde, muhakkak dürüstlük kuralı devreye girer. İşte haklı sebeple feshin tanımından yola çıkan bu yazarlar, eğer dürüstlük kuralı gerektiriyorsa sürekli bir borç ilişkisinin haklı sebeple sona erdirilebileceğini ve bu nedenle haklı sebeple feshin temelinde TMK m. 2'de yer alan dürüstlük kuralının yattığını, haklı sebeple feshin bu genel ilkenin özel bir uygulama hali olduğunu kabul ederler⁴⁹⁹. Dolayısıyla bu görüş çerçevesinde, kanunda haklı sebeple feshedilebileceği öngörülmemiş sürekli borç ilişkileri ile isimsiz sürekli borç ilişkilerinin haklı sebeple feshedilebilmesinin dayanağı dürüstlük kuralına ilişkin TMK m. 2'dedir.

Doktrinde bizim de katıldığımız görüşe⁵⁰⁰ göre ise, TBK'da sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin haklı sebeple feshini düzenleyen hükümler, olumlu kanuni uyarılama kurallarıdır. Bu kurallarda sözleşmenin içeriğini oluşturan hak ve borçlarda değişiklik değil, vaktinden önce borç ilişkisini sona erdirmek suretiyle sözleşmenin süresinde değişiklik yapılmaktadır. Bu bakımdan sürekli borç ilişkilerinin vaktinden önce haklı sebeple feshine ilişkin bu kurallar, diğer sürekli edimli sözleşmelere de uygulanabilir. Dolayısıyla kanunda risk dağılımına ilişkin düzenlemeler olması nedeniyle kanuni uyarılama hükümleri ve özellikle sürekli borç ilişkisi doğuran sözleşmelerin haklı sebeple feshine ilişkin hükümler, kanaatimizce işin özel niteliği ve şartlar elverdiği ölçüde tüm sözleşme ilişkilerine kıyas yoluyla uygulanmalıdır.

3.2.5. Borçlunun Borcunu Henüz İfa Etmemiş veya İfanın Aşırı Ölçüde Güçleşmesinden Doğan Haklarını Saklı Tutarak İfa Etmiş Olması.

3.2.5.1. Genel Olarak

TBK m. 138 uyarınca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için, borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını, bu kapsamda uyarılama, dönme ve fesih haklarını saklı tutarak ifa etmiş olmalıdır. Bu durumda

⁴⁹⁸ Gauch, 1968: 190.

⁴⁹⁹ Seliçi, 1977: 202.

⁵⁰⁰ Eren, 2016a: 484.

eğer borçlu borcunu ifa etmiş ise, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edemeyeceği gibi, TBK m. 138’de kendisine tanınmış olan hakları da kullanamaz.

3.2.5.2. Sözleşmenin Henüz İfa Edilmemiş Olması

Borçlar hukuku’nda genel kural sözleşmeyle bağlılık ilkesi olduğundan dolayı, sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan olağanüstü durum değişiklikleri nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ve bunun mümkün olmadığı durumlarda sözleşmenin sona erdirilmesi son çare (ultima ratio) olarak değerlendirilir ve sözleşmeyle bağlılık ilkesinin bir istisnasını teşkil etmesi nedeniyle belirli bir takım şartlara tabi tutulur. Sözleşmeyle bağlılık ilkesinin bir istisnasını oluşturan TBK m. 138 de, işlem temelinin çökmesine ilişkin bir düzenleme olması nedeniyle, sonuçlarını sözleşmenin ifa edilmemiş olması durumunda doğurur. Sürekli borç ilişkileri açısından ise, bu sonuçlar sözleşmenin henüz ifa edilmemiş olan kısımları üzerinden doğar. Eğer sözleşme tamamen ifa edilmiş ise ya da bir kısmı ifa edilmiş ise, ifa edilen kısım açısından işlem temelinin çökmesinin bir anlamı yoktur⁵⁰¹.

Sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin olarak verilen karar, kapsamı itibariyle sadece geleceğe etkili bir karardır. Bu nedenle geçmişe etkili olarak uyarlama yapılamaz⁵⁰². Doktrindeki bir diğer görüşe göre ise, uyarlama hem geçmişe hem de geleceğe etkili olarak yapılabilir. Bu nedenle ifa edilmiş olan sözleşmelerin uyarlanması da mümkün olmalıdır⁵⁰³. Görüldüğü üzere ifa edilmiş olan bir sözleşmenin uyarlanması doktrinde tartışmalı bir konudur. Doktrindeki hakim görüşe göre uyarlama ancak edimlerin henüz ifa edilmemiş olması halinde söz konusu olur. Buna karşılık sözleşmenin uyarlanması için edimin ifa edilmemiş olması şartı, TBK m. 138’de açıkça aranmış olduğu için, Kanun koyucu da doktrindeki hakim görüşle paralel bir düzenleme getirmiştir.

İfa edilmiş olan sözleşmelerin uyarlanamayacağı görüşü, ifa edilmiş olan bir edim söz konusu ise ortada ifanın güçleşmesi söz konusu olmayacağından hareket eder. Zira edimin ifa edilmesi ortada bir güçleşmenin de olmadığını gösterir⁵⁰⁴. Öte yandan doktrinde öteden beri savunula gelen ikinci görüşe göre⁵⁰⁵ ise, borcun ifa edilmiş olması ifanın güçleşmemiş olduğunu göstermez. Bu görüşü savunanların hareket noktası ise sözleşmelerin

⁵⁰¹ Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 52; Hochloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 15; Topuz, 2009: 326; Baysal, 2017: 215 vd; Eren, 2016a: 486; Bischoff, 1983: 220; Arat, 2006: 123; Kaplan, 1987: 153; Burcuoğlu, 1945: 12; Akyol, s. 103; Kılıçoğlu, 2016: 184.

⁵⁰² Bischoff, 1983: 231; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 676; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 345; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 225; Baumann, 1998: Art. 2 ZGB Nr. 455.

⁵⁰³ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 676; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 345.

⁵⁰⁴ Arat, 2006: 123; Kaplan, 1987: 153.

⁵⁰⁵ Baysal, 2017: 166, 316 vd.

uyarlanmasının sadece borçlu açısından değil alacaklı açısından da mümkün olduğuna göre alacaklının uyarılma talebinde bulunması halinde (örneğin kiralayanın kira bedelinin uyarlanmasını talep etmesi halinden) alacaklı aynı zamanda edimini ifa etmeye devam eder. Buna karşılık bu görüşte olan yazarlar dahi, aşırı ifa güçlüğü hallerinde edimlerin ifa edilmiş olmasının ifanın güçleşmiş olmaması anlamına geldiğini kabul ederler⁵⁰⁶.

Esasen aşırı ifa güçlüğü'nün şartlarının oluşması bakımından edimlerin henüz ifa edilmemiş olması, TBK m. 138 hükmünün lafzından da açıkça anlaşılmaktadır. Buna karşılık ifa edilen edimlerin söz konusu olması halinde dahi sözleşmenin uyarlanmasını savunan görüşler halen geçerliliğini korumaktadır. Buna durumda her ne kadar TBK m. 138'de açıkça edimlerin henüz ifa edilmemiş olması şartı aranmakla birlikte edimlerin tamamının veya bir kısmının ifa edilmiş olması halinde durumun ne olacağı meselesi geçerliliğini korumaktadır.

Burada savunulan görüşlerin temeli ise, asıl meseleyi daha farklı bir konuma taşır. Zira sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması bakımından “edimlerin henüz ifa edilmemiş olması kavramı” konusundaki tartışmaların daha iyi analiz edilmesi için başka bir hususu daha açıklamaya ihtiyaç vardır ki bu da uyarlamanın geçmişe etkili mi yoksa geleceğe etkili mi olduğudur. Gerçekten de sözleşmelerin uyarlanmasının yürürlük sorunu yukarıda izah edilen her iki görüşün de temelini oluşturur. Bu bakımdan eğer sözleşmelerin uyarlanmasının geçmişe etkili olacağını kabul edersek, bu takdirde ifa edilmiş edimler söz konusu ise, sözleşmenin yine de uyarlanacağı sonucuna varılır. Buna karşılık uyarlamanın ileriye etkili olduğunu kabul edecek olursak, edimin ifa edilmesi halinde sözleşme uyarlanamayacak zira bu hususun işlem temelini çökmesi ile bir ilgisi kalmayacaktır.

TBK m. 138 düzenlemesi bakımından kaynak konumunda olan Alman hukukunda, işlem güvenliği ilkesinin gereği olarak, sözleşmelerin uyarlanmasının hukuki sonuçları henüz ifa edilmeyen hususlar üzerinde kendisini gösterir⁵⁰⁷. Bu nedenle işlem temelini çökmesinin önemi sözleşmenin ifa edildiği oranda azalacaktır. Türk/İsviçre hukuku bakımından da sözleşmelerin uyarlanması ilişkin olarak hakimın vermiş olduğu karar sadece geleceğe etkili olarak sonuç doğurur. Bu nedenle de geçmişe etkili olarak uyarılma imkanı yoktur⁵⁰⁸. Buna karşılık somut olayda bazı durumlarda edimlerin ifasına rağmen, sözleşmenin uyarlanması adaletli ve hakkaniyetli bir çözüm için tek alternatif olabilir. Bu bakımdan sözleşmede kararlaştırılan edimlerin ifa edilmiş olması halinde sözleşmenin uyarlanmasına imkan olmadığı görüşüne kesin olarak bakmayan ikinci görüş ağırlığını korumaktadır⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ Baysal, 2017: 166.

⁵⁰⁷ Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 52; Hohloch, 2004: § 313 BGB, Nr. 15; Topuz, 2009: 326 Dn 1032.

⁵⁰⁸ Bischoff, 1983: 231.

⁵⁰⁹ Serozan, 2007: 341, Dn 224; Baysal, 2017: 166; 316; Topuz, 2009: 327 vd.

Nihayetinde aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmesel rizikoların ortaya çıkması halinde hakimin değişen şartlara uyarlama yaparken yaptığı şey, ortaya çıkan uyarlama boşluklarını doldurmaktır. Bu açıdan hakimin vermiş olduğu uyarlama kararının geçmişe etkili olması, karar verildikten sonra muaccel hale gelen borçlar açısından bir sorun teşkil etmez. Ancak karardan önce muaccel hale gelmiş bir borç varsa, bu durumda ortada bir sorun vardır. Zira bir tarafta muaccel hale gelen bir borcun alacaklısı olan taraf edimi talep etmekte iken, aşırı ifa güçlüğüne uğradığını iddia eden borçlu ise, borcu ifa etmemekte ve uyarlama talebinde bulunmaktadır. Şu halde, eğer borçlu açısından aşırı ifa güçlüğüne neden olacak bir sözleşme rizikosu meydana gelmiş ise ve işlem temelinin çökmesi söz konusu olmuş ise, bu durumda borcun ifasından kaçınabilir. Bu durumda bir borca aykırılık da söz konusu olmaz. Hatta alacaklının açmış olduğu aynen ifa davasında da borçlu cevap dilekçesinde sözleşmedeki riziko boşluğuna işaret ederek hakimin bu boşluğu doldurmasını talep edebilir. Hakim borçlunun iddia ettiği gibi bir riziko boşluğu tespit ederse sözleşmenin uyarlanması gibi bir karar vererek bu boşluğu doldurabilir⁵¹⁰.

Burada hakimin vereceği değiştirici yenilik doğuran karar, aynı zamanda borçlunun aşırı ifa güçlüğü nedeniyle borcunu ifa etmemesinin borca aykırılık teşkil etmemiş olduğuna dair bir tespit anlamı da taşır. Buna karşılık sözleşmenin uyarlanması ile hakimin vereceği uyarlama kararının içeriği, ortaya çıkan rizikolardan dolayı taraflarından hangisinin ne oranda katlanacağı olduğu için, borçlunun ilk etapta bunu değerlendirmesi söz konusu olamayabilir. Bu anlamda borçlu borcunu ifa etmeme hakkı varken, borcunu ne oranda ifa etmeme hakkı olduğu konusunda bir bilgi sahibi olmaya bilir. Özellikle de açacak olduğu uyarlama davasında haklı çıkmama ihtimali de göz önünde bulundurulduğunda edimini ifa etmesi söz konusu olabilir.

Bu gibi hakkaniyete aykırı durumların önüne geçilmesi ve bir nevi orta yolun bulunması amacıyla Türk/İsviçre hukukunda ileri sürülen ve kanun koyucu tarafından da kabul edilen görüş ise edimin ifa edildiği sözleşmelerin de belirli şartlar altında uyarlanmasına imkan tanınmasıdır. Bu bakımdan edim eğer aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklar saklı kalarak ifa edilmiş ise uyarlama talep edilebilir⁵¹¹.

⁵¹⁰ Topuz, 2009: 328.

⁵¹¹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 676; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 345; Bischoff, 1983: 219; Burcuoğlu, 1945: 13; Akyol, 1995: 103.

3.2.5.3. Edimin İfanın Aşırı Ölçüde Güçleşmesinden Doğan Hakların Saklı Tutularak İfa Edilmiş Olması

Yukarıda izah edildiği üzere, İsviçre/Türk hukukunda kural olarak sözleşmenin uyarlanması için edimin ifa edilmemiş olması gerekir. Buna karşılık ancak belirli şartların varlığı halinde sözleşmenin uyarlanması talep edilebilir ki bu da TBK m. 138’de de açıkça belirtilmiş olan “ifanın aşırı ölçüde güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olursa” durumudur. Bu kapsamda borçlunun borcunu, konusunu edimin aşırı derecede ağırlaşmasından kaynaklanan haklarının oluşturduğu, ihtirazi kayıt göstererek ifa etmesi halinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için TBK m. 138’e başvurmasının önünde herhangi bir engel bulunmayacaktır.

İhtirazi kayıt, asıl borç ilişkisinden kaynaklanan ve ona bağlı olarak varlık kazanan bir hak olup, hukuk düzeninin ifadaki belirsiz durumun hak sahibine zarar vermesinin engellemek için ileri sürülebileceğini kabul ettiği, alacaklının iradesi ile somut durum arasındaki yorum farkını gidermek için başvuru ve hak sahibine geleceğe ilişkin güvence sağlayan bir hak niteliğindedir⁵¹². Aşırı ifa güçlüğü bakımından edimin ihtirazi kayıt ileri sürülerek ifa edilmesinden anlaşılması gereken ise, borçlunun TBK m. 138’den kaynaklanan haklarını saklı tutarak edimini ifa etmesidir. Gerçekten de somut olayda borçlu, cebri icra gibi nedenlerle alacaklının ifa talebini gerçekleştirmek zorunda kalabilir.

Buna karşılık, eğer edimini ihtirazi kayıt ileri sürmeden ifa etmesi halinde ortaya çıkacak olan hak kaybı, örtülü bir irade beyanı ile aşırı ifa güçlüğünden kaynaklanan sözleşmenin uyarlanmasını talep etme, sözleşmeden dönme veya fesih hakları kullanmaktan vazgeçmiş sayılmasıdır. Bu nedenle örtülü irade beyanıyla edimin aşırı ölçüde güçleşmesinden kaynaklanan haklarından vazgeçmiş sayılmaması için borçlunun, ifanın kabulü veya en geç ifanın kabulünün ardından alacaklıya bir irade açıklaması ile yapılmalıdır. Bu bakımdan burada söz konusu olan ihtirazi kaydın mefhumu muhalifinden çıkarılacak olan anlamı, borçlunun ileride aşırı ifa güçlüğünden kaynaklanan haklarına başvuracak olduğunu ancak halihazırda sözleşmeyle bağlılık ilkesi gereği sözleşmeyi ifa etmekte olduğunu bildirdiği bir irade açıklamasıdır. Bu bakımdan ihtirazi kaydın borçlunun TBK m. 138’e başvurma hakkını koruyucu işlevi bulunan bir irade açıklaması olduğu düşünülebilir.

Borçlunun ihtirazi kayıta bulunması için, tek taraflı olarak varması gerekli bir irade açıklamasında bulunması gerekir. İhtirazi kaydın karşı tarafa varmış sayılması için onun hakimiyet alanına ulaşması yeterlidir; alacaklının hakimiyet alanına ulaştığı anda ihtirazi kayıt

⁵¹² Yılmaz, 2006: 309.

hukuki sonuçlarını doğurur⁵¹³. Bu bakımdan ihtirazi kayıta bulunma beyanı herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Ancak ispat sorunu nedeniyle uygulamada genellikle yazılı olarak yapılır. Buna karşılık, borcun ifanın aşırı derecede güçleşmesinden kaynaklanan hakların saklı tutularak ifa edildiğine ilişkin bir ihtirazi kaydın, muhatap tarafından hiçbir şüpheye yer verilmeyecek şekilde anlaşılması gerekir⁵¹⁴. Bu durumda borçlunun ödeme güçlüğüne düştüğüne, ifa sırasında sıkıntılar yaşadığına ilişkin beyanları bu anlamda düşünülemez.

3.2.6. Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin TBK M. 138 Hükümünün Değerlendirilmesi

3.2.6.1. Genel Olarak

Aşırı ifa güçlüğü ve edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halleri gibi, sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hususunda Türk hukukundaki gelişim, tarihsel süreçte İsviçre hukuku ile önemli benzerlikler göstermiştir. Bu kapsamda doktrinde ileri sürülen görüşler ve içtihatlar da benimsenen uyarlamanın hukuki temeline ilişkin hususlar oldukça yakındır. Bu kapsamda Türk hukukunda da sözleşmenin değişen şartlara göre uyarlanmasına imkan verilmesi, İsviçre hukukunda olduğu gibi önce içtihatlar da kabul edilmiş olan bir husustur. Sonradan doktrinde geliştirilen teorilerle bu uyarlamanın hukuki temeli tespit edilmeye çalışılmıştır. Bu bakımdan hem Türk hukuku hem de İsviçre hukuku, işlem temelinin çökmesi teorisini geliştiren Alman hukukundan ayrılmaktadır. Nitekim yukarıda da izah edildiği üzere, işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması ilk olarak doktrinde ileri sürülmüştür. Tarihsel süreçte işlem temelinin çökmesi teorisinin gelişimine en önemli katkıyı Windscheid'ın yapmış olduğunu görürüz. Bunun yanında Oertmann'ın ilk olarak geliştirdiği klasik işlem temeli teorisi sonradan doktrindeki diğer yazarlar tarafından tespit edilen eksiklikleri giderilmek suretiyle geliştirilmiş ve objektif bir nitelik kazandırılmıştır. Bu gelişim sürecinde Kegel, Larenz, Krückmann, Flume gibi yazarların modern işlem temelinin çökmesi teorisine katkıları yadsınamaz.

Tarihsel süreçte Alman hukukundaki gelişim bu şekilde iken, Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temeline ilişkin bir teori geliştirilmemiş ve geliştirilmiş olan diğer teoriler (clausula ve işlem temeli gibi) de benimsenmemiş; sadece sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının temelini dürüstlük kuralına dayandırmakla yetinilmiştir. Türk hukukundaki bu yaklaşım özellikle Alman Reform Kanunu'nda işlem temeli teorisinin kanuni düzenlemeye tabi tutulması ile değişmiş ve doktrinde işlem temeli teorisinin aşırı ifa güçlüğü hallerinde

⁵¹³ Yılmaz, 2006: 314.

⁵¹⁴ Karş. Baysal, 2017: 317; Yılmaz, 2006: 319.

sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temelini teşkil ettiğine ilişkin görüşler ağırlık kazanmıştır.

İşlem temeli teorisinin Türk hukukunda geniş çapta yankı bulmasına rağmen, uyarlamaya ilişkin tarihsel süreçte Türk hukuku ile büyük benzerlikler gösteren İsviçre hukukunda aynı sonuç meydana gelmemiştir. Nitekim İsviçre’de işlem temeli teorisinin Alman hukukuna ilişkin bir model olduğu ve sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli olarak kabul edilmesinin mümkün olmadığı savunulmuştur. Bu görüş farklılığı neticesinde, Türk hukuku da Alman hukukunda olduğu gibi işlem temelinin çökmesi sonucunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorunu kanuni düzenleme(TBK m. 138) ile çözüme kavuşmuştur. Bu kapsamda artık Türk hukuku bakımından koşullardaki önemli değişiklikler halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hususunun hukuki temeline ilişkin sorunlar ortadan kalkmış bulunmaktadır. Nitekim TBK 138’e göre sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli işlem temeli teorisidir.

Buna karşılık, uyarlamanın hukuki temeli olarak uzun yıllardan beri doktrinde ve içtihatlarda kabul edilen dürüstlük kuralının da etkisini kaybetmiş olduğunu söylemek isabetsiz olur. Nitekim Türk hukukunda hakim görüş, değişen şartlara göre sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının TMK m. 2/I’de düzenlenen dürüstlük kuralı olduğu yönünde gelişmiştir⁵¹⁵. Bu nedenle sözleşmenin uyarlanmasında dürüstlük kuralının konumunu bir çırpıda atmak mümkün değildir. Kaldı ki TBK m. 138’e kaynak teşkil eden BGB § 313 hükmünün de dürüstlük kuralı ile sıkı bir ilişkisi vardır. Nitekim Alman hukukunda göre BGB § 313’de düzenlenen işlem temeli, dürüstlük kuralının özel bir hali olarak kabul edilir.

Kaynak kanun olan BGB’de dahi işlem temeli ile dürüstlük kuralı arasındaki ilişki bu kadar sıkı iken, aynı sonucun Türk hukuku bakımından geçerli olmadığını söylemek isabetsiz olacaktır. Nitekim TBK m. 138’in gerekçesinde de dürüstlük kuralına açıkça atıfta bulunulmuştur. Kaldı ki sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin şartların gerçekleşmesi halinde hakimin uyarlama yaparken dürüstlük kuralına göre hareket edeceği de bir gerçektir. Bu kapsamda hakim sözleşmeyi dürüstlük kuralına göre kendi koyacağı hükümlerle uyarlayacaktır. Dolayısıyla dürüstlük kuralı hem sözleşmenin uyarlanmasında çıkış noktası, hem de uyarlama sonucunda ortaya çıkan durumun dürüstlük kuralına uygun olması ile belirleyici faktördür.

Kanımızca dürüstlük kuralı, sözleşmenin uyarlanmasının hukuki temelini teşkil etmesinden daha önemli bir konumu vardır ki bu da yukarıda izah ettiğimiz sözleşmenin uyarlanması sırasında hakime yol gösterici olmasıdır. Burada söz konusu olan dürüstlük

⁵¹⁵ Erman, 1979: 54; Akyol, 1995: 83; Oğuzman ve Barlas, 2017: 944; İmre, 1976: 190; Gönensay, 1939: 170.

kuralının düzeltici fonksiyonudur. Nitekim aşırı ifa güçlüğü halinde ortaya adaletsiz bir durum çıkar ve borçludan edimi ifa etmesinin beklenmesi, dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Bu adaletsiz durum hakimin müdahalesi ile düzeltilir. Hakim sözleşmeyi uyarlayarak edimler arasındaki denge ilişkisini düzeltir ve sözleşmesel rizikolara tarafların hangisinin ne oranda katlanacağını belirler. Bu faaliyetlerde bulunan hakime yol gösterecek olan kural, dürüstlük kuralıdır. Kaldı ki işlem temelinin çökmesi teorisi sadece aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelini teşkil eder ve işlem temeli haline gelen sözleşme rizikolarının belirlenmesine hizmet eder. Bu rizikolara taraflardan hangisini katlanacağını tespit etmek ve sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamak ancak dürüstlük kuralından hareket ederek mümkün olabilir.

Dürüstlük kuralının diğer bir önemi ise, sözleşmenin değişen şartlara hakim tarafından uyarlanmasının, sözleşmenin tamamlanması olarak kabul edilmesi halinde söz konusu olur. Aşağıda daha detaylı olarak inceleyeceğimiz üzere, bizim de savunduğumuz görüşe göre sözleşmenin hakim tarafından değişen şartlara uyarlanması sözleşmenin tamamlanmasının özel bir görünüm türüdür⁵¹⁶. Aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için, kanunda ve sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir hükmün bulunmaması gerekir. Bu durumda sözleşmede bir uyarlama boşluğu söz konusu olacaktır. Bu uyarlama boşluğunu hakim, MK m. 1/II uyarınca kendi koyacağı kurallara göre dolduracaktır.

Hakimin sözleşmedeki uyarlama boşluklarını doldurmak suretiyle değişen şartlara uyarlarken dürüstlük kuralını esas alır. Bu kapsamda eğer tarafların farazi ortak iradeleri tespit edilebiliyorsa, diğer bir deyişle bu uyarlama boşluğu taraflarca öngörülmüş olsa idi, nasıl karar verecekleri anlaşılabiliriyorsa buna göre karar uyarlama yapılır. Eğer farazi ortak irade tespit edilemiyorsa ya da tespit edilse dahi ortaya çıkacak olan sonuç dürüstlük kuralına uygun değilse bu durumda hakim uyarlama yaparken farazi ortak iradeleri dikkate almaz; adalet ve hakkaniyete göre karar verir. Görüldüğü gibi dürüstlük kuralının sözleşmenin uyarlanmasındaki bir diğer fonksiyonu da uyarlama sırasında hakime yol göstermesidir.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sırasında ortada bir uyarlama boşluğu olduğu ve bu boşluğun hakim tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak, tarafların menfaatleri ve sözleşmenin amacı da dikkate alınarak doldurulması gerektiği hususu Yargıtay tarafından da kabul edilmiş bir husustur⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Eren, 2016a: 483; Eren, 2016b: 661; Kaplan, 1987: 129.

⁵¹⁷ YHGK 15.10.2003, 2003/13-599E, 2003/599K; YHGK 7.5.2003, 2003/13-332E, 2003/340K kararları(Kazancı)

3.2.6.2. Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü Bakımından Değerlendirilmesi

TBK m. 138 düzenlemesi ile birlikte artık Türk hukukunda aşırı ifa güçlüğü hallerinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması kanuni düzenlemeye kavuşmuştur. Buna karşılık, bu düzenleme yeni bir düzenleme olmasından dolayı, kanunun yürürlük tarihi olan 1. 7. 2012' den önce düzenlenmiş olan sözleşmelere uygulanıp uygulanamayacağının tespit edilmesi gerekir.

Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun madde 11 düzenlemesine göre 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu 1. 7. 2012 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Buna karşılık aynı kanunun 7. maddesine göre TBK'nın kamu düzenine ve genel ahlaka ilişkin kuralları ile geçici ödemelere ilişkin madde 76, faize ilişkin madde 88, temerrüt faizine ilişkin madde 120 ve aşırı ifa güçlüğüne ilişkin madde 138 düzenlemeleri, görülmekte olan davalara uygulanacaktır. Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138 düzenlemesi yürürlük tarihinden önce akdedilmiş olan sözleşmelere⁵¹⁸ ve görülmekte olan davalara da uygulanacaktır.

Kanunu'un yürürlük tarihinden önce açılmış olan uyarlama davaları bakımından da aynı sonuç geçerlidir. Nitekim Yargıtay'ın vermiş olduğu kararlarda somut uyuşmazlık temyiz aşamasında olsa dahi, TBK m. 138'e göre karar verilmesi gerektiği belirtilir⁵¹⁹.

3.2.6.3. Uygulama Alanı Bakımından Değerlendirilmesi

Aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138 hükmü, Kanun'un "Borç İlişkisinin Hükümleri" başlığı altında düzenlenir. Bu bakımdan düzenlemenin hangi hukuki işlemler bakımından uygulama alanı bulacağının tespit edilmesi önem taşır. Nitekim hükmün lafzındaki ifadede açıkça "sözleşme" nin değişen şartlara uyarlanacağı belirtilmiştir. Dolayısı ile kanunun lafzından hareketle, sözleşmenin değişen koşullara uyarlanması açısından, ifadenin içeriğinde de vurgu yapıldığı üzere, ortada bir sözleşmenin bulunması gerekir. Buna karşılık bu konuda isabetli bir değerlendirmede bulunabilmek için MK m. 5 hükmünü göz önünde bulundurmak önem taşır. MK m. 5 hükmü uyarınca Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır. Maddenin Gerekçesinde de ifade edildiği üzere özellikle TBK'nın madde 1-

⁵¹⁸ TBK m. 138 düzenlemesinin görülmekte olan uyarlama davalarına da uygulanacak olması ile kanun koyucunun iradesi, artık sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sorununun bu düzenleme kapsamında çözüleceğine ilişkindir. Bu husus temyiz aşamasındaki davalarda dahi göz önünde bulundurulacaktır. Burada kanun koyucunun iradesinin yorumu ile ulaşılabilecek olan sonuç, henüz dava açılmamış olsa da, eBK döneminde düzenlenmiş olan sözleşmelerin de değişen şartlara uyarlanması açısından TBK m. 138'in uygulanması gerektiğidir. Bk.. Baysal, 2017: 134.

⁵¹⁹ Yarg. 13. HD 7. 2. 2013, 2012/3259E, 2012/21304 K sayılı karar için Bk.. Baysal, 2017: 133, dn 538.

181 arasındaki genel genel hükümleri ile, bunların dışında kalan fakat genel nitelik arzeden diğer hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanacaktır.

Doktrindeki bir görüşe göre⁵²⁰ MK m. 5 atfı ile TBK m. 138'in sadece sözleşmelere değil, niteliğine uygun düştüğü ölçüde tüm borç ilişkilerine uygulanması gerekir. Buna göre tüm özel borç ilişkilerine ve borçlar kanunu dışında düzenlenmiş olan sözleşme ilişkilerine de TBK m. 138'in uygulanması gerektiği savunulur. Esasen borçlar hukuku sözleşmelerinin değişen şartlara uyarlanması hususunda bir sorun bulunmaz. Buna karşılık hangi sözleşme ilişkilerinde uyarlamanın söz konusu olacağı hususu, Alman işlem temeli teorisine ilişkin ileri sürülen görüşler çerçevesinde çözümlenmelidir. Kaldı ki MK m. 5'te yapılan atıf nedeniyle tüm borç ilişkilerinin uyarlamaya konu olabileceği kabul edilse dahi, burada göz ardı edilmemesi gereken husus niteliğine uygun düştüğü ölçüde uygulanacağıdır.

Buna karşılık belirtmek gerekir ki, TBK m. 138'de aranan şartlardan birisi de edimin ifasının beklenilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesidir. İfanın beklenilemez olduğunun tespitinde önem taşıyan husus, kanuni ve yasal risk dağılımına ilişkin düzenlemenin bulunmaması halidir. Dolayısıyla özel hukuka ilişkin hukuki ilişkilere TBK m. 138'in uygulanması niteliğine uygun düşecek şekilde görünüyorsa da, risk dağılımına ilişkin kanuni veya sözleşmesel bir düzenleme mevcut ise, TBK m. 138 uygulama alanı bulamayacaktır.

Bu kapsamda öncelikle belirtmek gerekir ki, kurulması için bir kişinin irade beyanının yeterli olduğu tek taraflı hukuki işlemler, uyarlamaya konu olamayacaktır. Zira işlem temelinin çökmesi teorisi sadece borçlar hukuku sözleşmelerine ilişkin olmayıp niteliği itibarıyla her türlü sözleşme ilişkisine uygulanabilecek nitelikte bir teori iken, tek taraflı hukuki işlemlere uygulanabilme imkanı yoktur⁵²¹. Buna karşılık, her ne kadar tek taraflı işlemlerin, sonradan meydana gelen değişiklikler halinde değişen şartlara uyarlanması ihtiyacı söz konusu olursa, Alman hukukunda getirilen çözüm, işlem temeli teorisinin getirmiş olduğu çözümden pek de farklı değildir. Zira bu hususta da yapılması gereken, hakim tek taraflı hukuki işlemi, tamamlayıcı yorum kapsamında değerlendirmesidir. Bu kapsamda tek taraflı hukuki işlemde bulunan kişinin farazi iradesi tespit edilerek dürüstlük kuralı çerçevesinde adaletli ve hakkaniyetli bir karar verilmesi gerektiği savunulur⁵²².

Bu bakımdan vasiyetname, vakıf kurma, mülkiyet hakkından vazgeçme, ilan yoluyla vaatte bulunma gibi bir kişinin sadece kendi irade açıklaması ile meydana gelen ve hukuki

⁵²⁰ Gürzümar, 1995: 111 vd; Baysal, 2017: 145 vd.

⁵²¹ MünchKomm/Roth, BGB § 313 Nr. 127; Heinrichs, 2004: § 313 BGB Nr. 10.

⁵²² Finkenauer, 2012: § 313 BGB Nr. 3 vd. Bu bakımdan işlem temelinin çökmesi halinde de sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının, uyarlama boşluklarının hakim tarafından doldurulması olduğu göz önünde bulundurulursa, pratik bakımdan pek de bir fark olmadığı söylenebilir.

sonuçlarını doğuran tek taraflı hukuki işlemlerin, koşullarda sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle değiştirilmesi, TBK m. 138’de düzenlenen aşırı ifa güçlüğüne göre olmayacaktır. Ancak uyarılama sonucunda olduğu gibi tek taraflı hukuki işlemlerin de değiştirilmesi halinde hakimin kendi koyacağı kurallara göre adaletli ve hakkaniyetli bir karar vermesi söz konusu olacaktır. Bu kapsamda hakim, işlem temelinde olduğu gibi, öncelikle kişinin farazi iradesini tespit etmeye çalışacak, eğer söz konusu değişikliği önceden öngörse idi, nasıl karar vereceğini tespit etmeye çalışacaktır. Eğer farazi iradenin tespit edilmesi mümkün değilse ya da somut olay bakımından adaletsiz bir sonuç doğuracaksa, farazi irade tespit edilmeden tek taraflı hukuki işlem hakimin kendi koyacağı kurallar doğrultusunda değiştirilebilir. Elbette bu durumda da dürüstlük kuralı göz ardı edilemez⁵²³.

Buna karşılık doktrinde Öz’ e göre⁵²⁴ vakıf mallarının değiştirilmesi konusunda, eğer vakıf senedinde vakıf mallarının değiştirilmesi konusunda olumsuz bir hüküm bulunuyorsa, bu konuda sonradan meydana gelen önemli değişikliklerden dolayı hakimin sözleşmeye müdahalesine ilişkin şartların aranması gerekir. Görüldüğü üzere yazara göre vakıf senedi düzenlenirken vakfedenin öngörmediği durumlar ile sözleşmenin taraflarının sözleşme düzenlenirken öngörmediği hususlar bir tutulur. Her ne kadar bu sorunun uyarılama kapsamında çözülmesi savunulmuş olsa da, bu görüş uyarınca da “değişen şartlar vakfeden tarafından öngörülmüş olsa idi, vakıf mallarının değiştirilmesini yasaklamayacağı yönünde karar verecek idiyse, değiştirme mümkün sayılmalıdır” denilmek suretiyle vakfedenin farazi iradesinin yorumuna öncelik verilmiştir. Kanımızca da tek taraflı hukuki işlemlerin değişen koşullara göre uyarlanması sorununda farazi iradenin yorumuna öncelik tanıyan tamamlayıcı yorum, meselenin çözümünde öncelik taşır.

Buna karşılık, tek taraflı hukuki işlem ile kullanılan yenilik doğuran haklar (yenilik doğuran işlemler) kullanılmakla birlikte sonuçlarını doğurur; şarta veya vadeye bağlanamaz⁵²⁵. Bu nedenle yenilik doğuran hakların kullanılması ile sonuç doğurması arasında önceden öngörülemeyen bir durum değişikliğinin meydana gelmesi mümkün olmadığı için, yenilik doğuran işlemler bakımından uyarılama söz konusu olmayacaktır⁵²⁶.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması ile meydana gelen hukuki işlem ile (örneğin satış vaadi) yenilik doğuran işlem aynı anlama gelmezler. Zira yenilik doğuran bir hakkın kullanılması ile oluşan hukuki işlemlerin değişen şartlara uyarlanması mümkün olabilir. Nitekim önalım hakkının kullanılması ile kurulan satım

⁵²³ Tek taraflı hukuki işlemlerden vasiyetnamenin değişen şartlara uyarlanması ile ilgili Bk. Kocayusufoğlu, 1987: 326; Baysal, 2017: 148 ve özellikle dn 577.

⁵²⁴ Öz, 2010: 760.

⁵²⁵ Oğuzman ve Barlas, 2017: 568; Buz, 2005: 59.

⁵²⁶ Baysal, 2017: 149.

sözleşmesinde kararlaştırılan önalım bedelinin, değişen şartlara göre (taşınmazdaki değer artışı gibi) uyarlanması mümkündür ve burada genel olarak borçlandırıcı işlemlerin uyarlanması hükümleri söz konusu olur⁵²⁷.

İki veya daha çok taraflı sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda ise, kanımızca borçlar hukukunun dışında yer almaları halinde bir değişiklik olmayacaktır. Buna karşılık uygulamada sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda en yaygın görünen durum süreklilik arzeden borç ilişkileridir. Zira aşırı ifa güçlüğü söz konusu olması için aranan unsurlardan birisi olan öngörülemez durum değişiklikleri, ister istemez sözleşme ilişkisinde bir zaman faktörünün olmasını zorunlu kılar. İki taraflı sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda olduğu gibi, miras sözleşmesi, ortaklık sözleşmesi gibi, ikiden çok taraflı sözleşmelerin de işlem temelinin çökmesine konu olabilmesi mümkündür⁵²⁸. Bu nedenle ikiden çok tarafı bulunan bu tür sözleşmelerde de, sonradan meydana gelen olağanüstü durum değişiklikleri nedeniyle işlem temelinin çökmesi mümkün olacak ve TBK m. 138 hükmü uygulama alanı bulacaktır.

Yukarıda da izah edildiği üzere, borçlar hukuku sözleşmelerinde olduğu gibi, borçlar hukuku dışında kalan sözleşmelerin (aile, miras ve eşya hukuku sözleşmeleri gibi) de değişen şartlara uyarlanması konusunda TBK m. 138'in uygulama alanı bulmasının hukuki temeli, MK m. 5'te bulunan atıftır. Bu durumda aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138 hükmü, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine, dolayısıyla borçlar hukuku dışında kalan sözleşme ilişkilerine uygulanacaktır.

Bu kapsamda Aile hukukuna ilişkin sözleşmelerde ilk akla gelen, tarafların TMK m. 166/III ve TMK m. 184/V uyarınca boşanma davası açılmasından önce veya dava sırasında boşanmanın yan sonuçları ile ilgili sözleşme yapmaları halidir.

Nitekim TMK m. 166/III'e göre evlilik birliğinin temelden sarsılmış sayılması halinde, boşanma kararı verilebilmesi için, hakimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır. Hakim, tarafların ve çocukların menfaatlerini göz önünde tutarak bu anlaşmada gerekli gördüğü değişiklikleri yapabilir. TMK m. 184/V'e göre ise boşanma veya ayrılığın yan sonuçlarına ilişkin yapılan anlaşmaların geçerliliği, hakim tarafından onaylanmasına bağlıdır.

Burada söz konusu olan boşanmanın yan sonuçlarına ilişkin tarafların yapmış oldukları anlaşmalar yani boşanma protokolü, aile hukukuna ilişkin bir hukuki işlem

⁵²⁷ Şıpka, 1994: 33.

⁵²⁸ Baysal, 2017: 150.

olmasının yanında borçlar hukuku genel kurallarına tabi bir sözleşmedir⁵²⁹. Dolayısıyla boşanma protokolünün de önceden öngörülmeleyen durum değışiklikleri halinde TBK m. 138 kapsamında değışen şartlara uyarlanması kabul edilmektedir⁵³⁰.

Boşanma protokolünün dışında, nafaka alacaklarının değışen şartlara uyarlanması konusunda TMK m. 331 ve yoksulluk nafakasına ilişkin TMK m. 176/IV hükmünde ise, kanuni uyarlama hükümleri mevcuttur. Bu bakımdan nafaka alacaklarının değışen şartlara ilişkin uyarlanması konusunda kanunda risk dağılımına ilişkin düzenlemeler yapılmış olduğundan bu konudaki anlaşmaların değışen koşullara uyarlanması hususu, ancak kanuni risk dağılımına ilişkin kurallarda belirlenen durumun aşılması halinde söz konusu olabilir.

Borçlar hukuku sözleşmeleri dışında TBK m. 138'in uygulama alanı bulabileceğı bir diğeri sözleşme türü ise, miras sözleşmesidir. Miras sözleşmesi, olumlu miras sözleşmesi ve mirastan feragat sözleşmesi(olumsuz miras sözleşmesi) olarak ikiye ayrılır⁵³¹. Miras sözleşmesi, her iki türü de kapsayacak şekilde, miras bırakan ile karşı taraf arasında meydana gelen ve miras bırakanın ölümünden sonra mirası üzerinde ölüme bağı tasarrufta bulunduğu ya da karşı tarafın tereke üzerinde ileride doğacak taleplerinden vazgeçmesini sağladığı ölüme bağı tasarruflar olarak tanımlanır⁵³². Hukuki niteliğı itibariyle doktrindeki hakim görüş, miras sözleşmesinin gerçek anlamda bir sözleşme olduğunu kabul eder. Bu kapsamda miras sözleşmesi de TMK m. 5'te yapılan atıfla, uygun düştüğü ölçüde borçlar hukukunun genel nitelikli hükümlerine tabidir⁵³³. Bunun doğal bir sonucu olarak aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138 hükmü özellikle sağlar arası ivazlı miras sözleşmeleri bakımından uygun düştüğü ölçüde uygulanacaktır. Örneğın olumlu ve ivazlı miras sözleşmesinde, miras bırakanın ölüme bağı kazandırmada bulunmasına karşılık, karşı tarafın miras bırakana ölünceye kadar bakma konusunda sağlar arası bir edim borcu yüklenmesi halinde, sözleşme kurulduktan sonra miras bırakanın bakım ihtiyacının ortadan kalkması halinde, miras bırakanın işlem temelinin çökmesini ileri sürmesi mümkündür⁵³⁴.

Yukarıda da izah edildiğı üzere, aşırı ifa güçlüğü hallerinin önceden öngörülmeleyen durumlar nedeniyle koşullarda önemli değışiklikler söz konusu olduğunda gerçekleşmesi, ister istemez sözleşmenin zaman faktörü kapsamına girer. Bu nedenle daha çok edimin zaman içerisine yayıldığı sözleşmelerde bu durumun tespiti daha kolaydır; zira bu halde söz konusu değışikliklerin meydana gelme riski daha fazladır. Bundan dolayı uygulamada sıklıkla iki

⁵²⁹ Elçin Grassinger, 1996: 238.

⁵³⁰ Baysal, 2017: 152; Yarg. 3. HD 26.5.2005, 2005/5426E, 2005/5859K; Yarg. 3. HD 07.10.2004, 2004/11065E, 2004/10658K.

⁵³¹ Dural, 1980: 17; Hatemi, 2018: 97; Serozan ve Engin, 2018: § 4 Nr. 9.

⁵³² Dural, 1980: 17.

⁵³³ Dural, 1980: 23; Hatemi, 2018: 97; Serozan ve Engin, 2018: § 4 Nr. 10.

⁵³⁴ Baysal, 2017: 158.

tarafa borç yükleyen sürekli edimli sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü söz konusu olur. Buna karşılık acaba tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ve ani edimli sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü'nün uygulama alanı bulması da mümkün olabilecek midir? Alman hukuku'nda özellikle ön sözleşmelerin de değişen şartlara uyarlanabileceği ve bu durumda işlem temelinin çökmesinin mümkün olduğu kabul edilmektedir⁵³⁵. Ancak ani edimli sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olacağı konusu doktrinde tartışmalıdır.

Uygulamada genellikle iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü'nün meydana gelmesi söz konusudur. Zira aşırı ifa güçlüğü'ne en yakın kavramlardan birisi olan edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halleri, edim ve karşı edim kavramlarının varlığını zorunlu kılar. Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması hali, Türk hukukunda farklı olarak Alman hukuku'nda BGB § 313 kapsamında değerlendirilir ve işlem temelinin çökmesi hallerinden birisini oluşturur. Edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halinde, Türk hukuku bakımından TBK m. 138'in uygulama alanı bulamayacak olması⁵³⁶ da pratikte çok bir önem arz etmez. Zira bu sorun da hakimin sözleşmenin içeriğine müdahalesinin yine dürüstlük kuralı çerçevesinde kendi koyduğu kurallara göre uyarlamak suretiyle çözülür.

Dolayısıyla edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halinde de en nihayetinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağı kabul edilmelidir. Ancak burada edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi durumlarını değerlendirme konusunda önem taşır. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim arasındaki dengenin bozulması hallerinde daha belirgin olan işlem temelinin çökmesi, eksik iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de söz konusu olabilir. Bu kapsamda, doktrinde eksik iki tarafa borç yükleyen hallerde de işlem temelinin çökmesinin mümkün olduğu haklı olarak savunulmaktadır⁵³⁷.

Tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ise, edimler arasında bir denge ilişkisinin mevcut olmaması nedeniyle ilk bakışta bu sözleşmelerin edimler arasındaki dengenin bozulması haline uygun olmaması nedeniyle işlem temelinin çökmesine konu olamayacağı düşünülebilir. Fakat işlem temeline konu olan sözleşme rizikoları denge bozulması halleriyle sınırlı değildir. Denge bozulması sadece işlem temelinin uygulamada en çok rastlanan türüdür. Ayrıca aşırı ifa güçlüğü arz eden hallerin çoğu da aynı zamanda denge bozulmasına örnek teşkil eder. Ancak bu iki kavram, yukarıda da izah edildiği üzere birbirinden farklıdır. Dolayısıyla, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde her ne kadar edimler arasında denge

⁵³⁵ Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 47; İsviçre Hukuku için Bk., Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 236.

⁵³⁶ Bk., Madde 138 Gerekçesi

⁵³⁷ Bischoff, 1983: 223; Oğuzman ve Öz, 2018: Nr. 160; Baysal, 2017: 160.

bozulması söz konusu olmasa da aşırı ifa güçlüğü uygulama alanı bulabilir. Buna karşılık bu konuda doktrinde tartışmalar mevcuttur.

Doktrinde bir kısım yazarlar⁵³⁸, işlem temelinin çökmesinde en yaygın uygulama alanını teşkil eden edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasından hareket ederek, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde işlem temelinin çökmesinin mümkün olmadığını savunurlar. Bu görüşün hareket noktası, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim-karşı edim arasındaki denge ilişkisinin mevcut olmadığı ve bu nedenle işlem temelinin çökmesine konu olamayacağıdır.

Doktrinde baskın konumda olan ve kanımızca da daha isabetli olan ikinci görüşe göre ise, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin de işlem temelinin çökmesi nedeniyle değişen şartlara uyarlanması mümkündür⁵³⁹. Kanımızca da tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerin sonradan meydana gelen durum değişiklikleri nedeniyle değişen şartlara uyarlanmasının kabul edilmesi gerekir. Esasen Türk hukuku bakımından, edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasının gerçekleşme imkanının bulunmaması gerekçesi bir anlam da ifade etmez. Zira TBK m. 138 hükmü aşırı ifa güçlüğüne ilişkin olup, denge bozulması ve amacın boşa çıkması gibi diğer işlem temeli hallerini kapsamaz. Bu nedenle önceden öngörülemeyen olağanüstü bir durum değişikliği halinde edimin ifasının beklenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmesi, bir sözleşme ilişkisinde aşırı ifa güçlüğü'nün gerçekleşmesi için yeterlidir. Bunun dışında sözleşmeleri de tek taraflı ve iki taraflı olarak ayırmak isabetli olmayacağı gibi, uyarlamanın dışında tutularak sözleşmenin çözülmesi gibi çözümlere başvurmak da gereksizdir⁵⁴⁰. Kaldı ki, TBK m. 296'da da tek tarafa borç yükleyen bağışlama sözleşmesinde bağışlamanın geri alınmasına ilişkin kanuni bir uyarlama hükmü dahi mevcuttur. Bu nedenle de kanuni uyarlama imkanı tanınan bir sözleşme türüne, yargısal uyarlamanın önünü kapatmak, kanımızca isabetli olmayacaktır. Sonuç olarak, tek tarafa borç yükleyen sözleşmelerde de aşırı ifa güçlüğü nedeniyle TBK m. 138'in uygulama alanı bulması mümkündür.

Yukarıda izah ettiğimiz üzere, tek taraflı ve iki taraflı sözleşmelerde işlem temelinin çökmesinin mümkün olup olmayacağına ilişkin tartışmaların odak noktasını edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması halleri oluşturur. Uygulamada ani edimli sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusundaki tartışmaların odak noktasını ise, aşırı ifa güçlüğü'nün “sonradan meydana gelen durum değişikliği” unsurunun içinde yer alan zaman faktörüdür. Gerçekten de sözleşme kurulduktan sonra şartların olağanüstü şekilde değişmesi

⁵³⁸ Weber, 2000: 14.

⁵³⁹ Bischoff, 1983: 225; Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 47; Serozan, 2000a: 1018; Baysal, 2017: 161.

⁵⁴⁰ Bu görüş için Bk.. Serozan, 2000a: 1018.

ve değişen durumların önceden öngörülemez olması unsurları, sürekli edimli sözleşmelerde kendisini daha da belli eder. Bunun yanında uygulamada aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olduğu olayların büyük kısmı sürekli edimli sözleşmelerdir. Acaba ani edimli sözleşmelerde de işlem temelinin çökmesi mümkün olabilecek midir?

Hemen belirtmek gerekir ki doktrinde birçok yazar⁵⁴¹, işlem temelinin çökmesinin kabul edilmesi açısından ani edimli ve sürekli edimli sözleşmeler arasında katı bir ayırım yapmaz ve ani edimli sözleşmelerde de bazı hallere münhasır olsa da değişen şartlara uyarlamamanın mümkün olduğunu kabul eder. Buna karşılık burada doktrinde ani edimli sözleşmelerde işlem temelinin çökmesinin kabulü için göz önünde bulundurulan kıstas, aslında bu tür sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi için mutlaka bulunması gereken unsurdur ki bu da zaman faktörüdür. Zira aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için, sözleşme kurulduktan sonra önceden öngörülemeyen bir değişiklik gerçekleşmeli ve bundan dolayı borçludan borcunu ifa etmesinin beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmelidir. Bu unsur da sözleşmenin kurulması anı ile ifa edilmesi anı arasında ister istemez bir zaman diliminin bulunmasını zorunlu kılar.

Gerçekten de kurulması anı ile ifa edilmesi anı hemen hemen aynı zamana karşılık gelen ani edimli sözleşmelerde bu zaman faktörü neredeyse belirsizdir. Bu nedenle işlem temelinden bahsetmek de neredeyse mümkün değildir.

Buna karşılık, eğer kurulma anı ile ifa zamanı arasında belirli bir zaman dilimi söz konusu ise ve bu zaman içinde önceden öngörülemeyen durum değişikliği nedeniyle borcun ifası dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, diğer şartların da varlığı halinde işlem temelinin çökmesinin kabul edilmesi gerekir⁵⁴². Edimin ifası zamanına kadar işlem temelinin çökmüş olması için bulunması gereken zamanın yanında, ani edimli sözleşmelerin genellikle hemen ifa edilmesi de bu değerlendirmenin kapsamını oldukça daraltmaktadır. Zira ani edimli sözleşmelerde genellikle kurulması ile ifası arasında bir zaman dilimi içermesi şurada dursun; kurulması ile ifa hemen hemen aynı anda gerçekleşir. Buna karşılık TBK m. 138'de aşırı ifa güçlüğü'nün gerçekleşmesi için aranan şartlardan birisi de borcun henüz ifa edilmemiş veya aşırı derecede güçleşmesinden doğan haklar saklı tutularak ifa edilmiş olmasıdır. Maddenin lafzından çıkarılacak sonuca göre aşırı derecede güçleşmesinden doğan haklar saklı tutularak ifa edilmiş olan ani edimli bir sözleşmenin uyarlamaya konu olamayacağıdır.

⁵⁴¹Honsell, 2002: Art. 2 ZGB Nr. 19; Guhl vd., 2000: § 38, Nr. 27; Dural, 1976: 30; Baysal, 2017: 162 özellikle dn. 631'deki yazarlar.

⁵⁴²Serozan, 2007: 355; Baysal, 2017: 162 vd.

Doktrinde Baysal⁵⁴³ tarafından ileri sürülen “pratik sonuç” ise oldukça isabetlidir. Nitekim yazara göre TBK m. 138 hükmünde lafzen “sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır” ifadesinin karşıt yorumundan yola çıkarak, ani edimli sözleşmelerde de aşırı ifa güçlüğü söz konusu olabileceğini ve bu durumda sözleşmeden dönme hakkının kullanılacağını savunur. Bu ifadenin anlamı aşırı ifa güçlüğü hem ani hem de sürekli edimli sözleşmelerde söz konusu olabileceği ve sürekli edimli sözleşmelerde uyarlama imkanı bulunmuyorsa sözleşmenin feshi hakkının, ani edimli sözleşmelerde ise sözleşmeden dönme hakkının kullanılacağıdır.

Esasen sözleşmenin uzun süreli olması veya kısa süreli olması konusunda işlem temelinin çökmesi açısından bir sorun bulunmaz. Bulunması gereken şartların varlığı halinde her iki halde de işlem temelinin çökmesi mümkündür⁵⁴⁴. Buna karşılık ani edimli sözleşmelerde aşırı ifa güçlüğü söz konusu olması kural olarak kabul edilse de, yukarıda da izah edildiği üzere genellikle kurulması ile ifa edilmesi arasında bir zaman dilimi içermez. Bu açıdan ifa edilmiş olma ihtimali çok yüksektir. Bu durumda karşımıza ifa edilmiş olan ani edimli sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanıp uyarlanamayacağı meselesi karşımıza çıkar.

Hemen belirtmek gerekir ki doktrindeki hakim görüşe⁵⁴⁵ göre ayrıca TBK m. 138 lafzından da açıkça anlaşıldığı gibi aşırı ifa güçlüğü söz konusu olması için edimlerin henüz ifa edilmemiş olması gerekir. Diğer bir deyişle edimlerin henüz ifa edilmemiş olduğu hallerde işlem temelinin çökmesi mümkün olabilir. Bu kapsamda sözleşmedeki edimlerin borcun aşırı derecede güçleşmesinden doğan haklar saklı tutulmadan ifa edilmesi halinde, sonradan meydana gelen durum değişiklikleri nedeniyle dürüstlük kuralına aykırı bir durum ortaya çıkmış olsa ve borçlunun durumu ağırlaşmış olsa dahi, işlem temelinin çökmesi dolayısıyla aşırı ifa güçlüğü söz konusu olmayacaktır⁵⁴⁶.

Edimlerin ifa edilmiş olması halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanamayacağını savunan yazarlardan bazılarının göre⁵⁴⁷ borcun ifa edilmiş olmasının bizatihi ortada aşırı ifa güçlüğü bulunmayacağına dayanak teşkil etmektedir. Bu görüşü savunan yazarlara göre eğer sözleşmeden kaynaklanan bir edim ifa edilmiş ise, bu durumda ortada aşırı derecede güçleşme söz konusu olmaz, bu durum meydana gelen durum değişikliğinden dolayı borçlu tarafın etkilenmediği, durumlarında aşırı bir ağırlaşma meydana gelmediği anlamına gelir. Bu

⁵⁴³ Baysal, 2017: 163.

⁵⁴⁴ Burcuoğlu, 1945: 39; Gürsoy, 1950: 123; Kaplan, 1987: 159; Baysal, 2017: 163; Kısa süreli sözleşmelerde istisnai olarak olsa da uyarlamanın mümkün olduğu ile ilgili olarak Bk. YHGK 30.10. 2003, 2002715236E, 2003/4726 K.(Baysal s. 164, dn. 641).

⁵⁴⁵ Jaggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 675; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 345; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 225; Burcuoğlu, 1945: 12; Eren, 2016a: 486; Kaplan, 1987: 152; Akyol, 1995: 91; Arat, 2006: 123.

⁵⁴⁶ Bischoff, 1983: 220.

⁵⁴⁷ Kaplan, 1987: 153; Arat, 2006: 123.

kapsamda ifa edilmiş olan bir edim, dürüstlük kuralı çerçevesinde ifanın kendisinden beklenebilir olduğu anlamına gelmektedir⁵⁴⁸.

Doktrindeki karşı görüşe⁵⁴⁹ göre ise, bir sözleşme kapsamında edimlerin ifa edilmiş olması, genel olarak işlem temelinin çökmemiş olduğu anlamına gelmez. Bu görüş, ifada bulunmanın edimin aşırı derecede güçleşmemiş olduğu anlamına gelmediğine ilişkin tespitlerine, sözleşmenin alacaklısını baz alarak varır. Nitekim sözleşmenin uyarlanması sadece borçlu tarafça değil, alacaklı tarafından da ileri sürülebilir. Bu kapsamda bir kira sözleşmesinde alacaklının sözleşmenin uyarlanmasını talep etmesi halinde (kiralayanın kira bedelinin uyarlanması talebi) kiralananı kullandırmaya devam ederek edimi ifa etmeye devam eder. Buna karşılık edimi ifa etmiş olmasına rağmen uyarlanmayı talep edebilmektedir.

Ancak bu görüşü savunan yazarlar dahi, ifa edilmiş olan edimlerin varlığı halinde işlem temelinin çökmesinin genel olarak mümkün olduğunu savunsa da, aşırı ifa güçlüğü hallerini bu değerlendirmenin dışında tutarlar. Dolayısıyla edimlerin ifa edilmesi halinde aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olmayacağı hususunda doktrinde bir tartışmanın bulunmadığını söylemek mümkündür.

3.2.6.4. Temel Hatası ile Olan İlişkisi Bakımından Değerlendirilmesi

TBK m. 138’de düzenlenen aşırı ifa güçlüğünün hukuki temeli işlem temelinin çökmesi teorisi. Buna karşılık işlem temeli kavramından anlaşılması gereken hususa ilişkin kanunda bir düzenleme bulunmamaktadır. Kaynak düzenleme olan BGB § 313’de de işlem temeli açıkça tanımlanmasa da yukarıda izah edildiği üzere sözleşme kurulduktan sonra koşullara meydana gelen değişiklikleri ve işlem temeli haline gelen temel tasavvurlar, işlem temeli kapsamında sayılmıştır. Bu kapsamda Alman işlem temeli teorisi uyarınca sözleşme kurulurken tarafların temel tasavvurlarının boşa çıkmış olması halinde de BGB § 313 uygulanabilir. Bu bakımdan temel hatası teşkil eden saikte esaslı yanılma hallerinin TBK m. 138 kapsamında değerlendirilmesi gerekir. Ayrıca bunun bir diğer önemi ise, temel hatasının düzenlendiği TBK m. 32’de “sözleşmenin temeli” kavramından bahsedilmektedir. Bu bakımdan genel işlem temeli teorisi ile sözleşmenin temeli kavramları arasındaki ilişkinin incelenmesi gerekir.

Her ne kadar TBK’da işlem temelinin ne olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmasa da TBK m. 32 sözleşmenin temeli kavramından bahseder. Söz konusu düzenleme uyarınca saikte yanılma esaslı yanılma sayılmaz. Yanılanın, yanıldığı saiki sözleşmenin temeli sayması ve

⁵⁴⁸ Burcuoğlu, 1945: 12.

⁵⁴⁹ Baysal, 2017: 166.

bunun da iş ilişkilerinde geçerli dürüstlük kuralına uygun olması halinde yanılma esaslı sayılır. Ancak bu durumun karşı tarafça da bilinebilir olması gerekir (TBK m. 32).

Doktrindeki bazı yazarlara⁵⁵⁰ göre Türk hukukuna göre işlem temeli kavramının belirlenmesinde TBK m. 32’de düzenlenen sözleşmenin temeli kavramından hareket edilmesi gerekir. Gerçekten de sözleşme temeli, işlem temelinin belirlenmesinde önem taşır. Bu bakımdan sözleşme temeli haline gelen durumların söz konusu olması için, taraflardan birisinin yanıldığı saikler sözleşmenin temeli sayması ve bu durumun iş ilişkilerinde geçerli olan dürüstlük kuralına uygun olması ayrıca karşı tarafça da bu saiklerin sözleşmenin temeli sayıldığı bilinebilir olması gerekir. Burada sözleşmenin temelinin belirlenmesinde tarafların temel tasavvurlarının boşa çıkması yani temel tasavvurlarda yanılma söz konusu olmalıdır. Bu özelliği itibariyle Windscheid’in kayıt teorisinden beri Alman işlem temeli teorisinin kapsamına girmiş olan temel tasavvurlar söz konusu olur.

Sözleşme temelinin subjektif unsuru, hataya düşülen hususun bir tarafça sözleşme temeli haline gelmesidir. Fakat temel tasavvurların sözleşmenin her iki tarafı açısından da bilinmesine gerek yoktur. Diğer bir deyişle sözleşme temeli haline gelen temel tasavvurlar, sözleşmenin her iki tarafının ortak tasavvurları olması gerekmez. Bir tarafın sözleşme temeli haline getirdiği tasavvurların, diğer tarafça mutlaka bilinmesi zorunluluğu da söz konusu değildir. Bu hususun karşı tarafça bilinebilir olması yeterlidir. Buna karşılık sözleşme temelinin objektif unsuru ise, hataya düşülen tasavvurların sözleşme temeli haline gelmesinin dürüstlük kuralına uygun olmasıdır. Kanun koyucunun burada getirmiş olduğu objektif kıstas, ilgili iş çevresinde temel tasavvurlara böyle bir anlam yüklenmesinin dürüstlük kuralına uygun olmasıdır.

TBK m. 32’de düzenlenen temel hatasının kapsamı açısından da tartışmalar mevcuttur. Bu tartışmaların hareket noktası temel hatası haline gelen saikteki yanılmaların, sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan geleceğe ilişkin olaylarda yanılmaları da kapsadığı ya da sadece sözleşme kurulduğu sırada mevcut olan ve geçmişe ilişkin tasavvurlara ilişkin olduğu konusudur.

Doktrindeki bir görüşe⁵⁵¹ göre temel hatası, sadece sözleşme kurulduğu sırada var olan ya da geçmişteki maddi olgulara ilişkin tasavvurları kapsar. Buna karşılık sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan ve gelecekteki maddi olgulara ilişkin olan tasavvurlarda hataya düşmek temel hatası anlamına gelmez. Türk hukukundaki hakim görüşe göre de

⁵⁵⁰ Kocayusufpaşaoğlu, 2000: 511; Serozan, 2007: 343; Baysal, 2017: 183. Hatta bazı yazarlara göre bu durum, işlem temelinin baştan eksikliği halleri olarak değerlendirilir. Bk.. Honsell, 2002: Art. 2 ZGB Nr. 19.

⁵⁵¹ Bischoff, 1983: 144; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 194; Gauch vd., 2003: Nr. 796; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 610 vd.

geleceğe ilişkin yanlış tasavvurlar temel hatasına konu olamayacaktır⁵⁵². Doktrindeki karşı görüşe⁵⁵³ göre ise temel hatası sadece geçmişteki olgulara ilişkin tasavvurlarda yanılma ya da sözleşme kurulduğu sırada var olan tasavvurları içermez; bunun yanında bazı şartlar altında geleceğe ilişkin olaylar açısından da temel hatası söz konusu olabilir.

Burada ileride sürülen görüşe göre geleceğe ilişkin her türlü olaya ilişkin yanlış tasavvurlar değil, önceden öngörülebilip kesin gözüyle bakılan geleceğe ilişkin olaylardaki yanlış tasavvurlar, temel hatasının kapsamına girer. Buna göre geleceğe ilişkin bir olayın temel hatasına konu olabilmesi için, bu hususun önceden öngörülmesi ve kesin gözüyle bakılması gerekir ki bu durumda somut bir tasavvur söz konusu olur. Aksi halde gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakılmayan bir olayın temel hatası olarak düşünülmesi mümkün değildir⁵⁵⁴.

Geleceğe ilişkin olayları da temel hatasının kapsamına sokan bu görüşün Türk hukukundaki en önemli temsilcisi olan Kocayusufpaşaoğlu'na⁵⁵⁵ göre önceden öngörülebilip geleceğe ilişkin olaylarda bir hata var ise, bu hatanın sözleşme temeli haline gelen saikte yanılma olması halinde TBK m. 32 uygulanabilir.

Gelecekteki olaylardaki saiklerde yanılmanın temel hatası kapsamına girmesi için bulunması gereken öngörülme unsuru şu örnekle izah edilebilir⁵⁵⁶: Büyük bir alışveriş merkezinde kitapçı dükkanı açan kişi, aylık 10.000 Euro kira bedeli ile dükkanı kiralamıştır. Kira sözleşmesinin yapıldığı alışveriş merkezi için büyük reklam yatırımları yapılmış, açılış töreni televizyondan canlı olarak yayınlanmış ve açılışa önemli bir politikacı da katılmıştır. Ancak daha sonra pazarlamada yaşanan sıkıntılar ve alışveriş merkezinin önündeki ana yolda yapılan çalışmaların beklenmedik şekilde uzaması ve bir türlü bitmek bilmemesi nedeniyle alışveriş merkezine beklendiği ölçüde ziyaretçi uğramamıştır. Bunun neticesinde kitapçı dükkanı olan kiracı kira bedelini dahi çıkaramaz hale gelmiştir. Burada sözleşmenin kurulmasından sonra ortaya çıkan bu beklenmedik değişiklik, önceden öngörülüp kesin gözüyle bakılan bir olay üzerinde hatalı bir tasavvur niteliği taşımaktadır. Zira alışveriş merkezinin açılışında yapılan büyük yatırımlar neticesinde yüksek sayıda ziyaretçinin geleceği hususunda somut bir tasavvur söz konusudur. Burada önceden öngörülebilip kesin gözüyle bakılan olaylar söz konusu olduğu için, gelecekteki olaylara ilişkin yanılmada temel hatasının varlığını kabul eden görüşe göre kiracı kira sözleşmesinin iptal edebilir.

⁵⁵² Kaplan, 1987: 141; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20 Nr. 1; Tekinay vd., 1993: 432; Gürsoy, 1950: 22.

⁵⁵³ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 309; Wiegand, 1996: Art. 18 OR Nr. 105 vd; Kocayusufpaşaoğlu, 2000: 509 vd.

⁵⁵⁴ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 309.

⁵⁵⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 2000: 510.

⁵⁵⁶ Baysal, 2017: 188, Dn 749.

TBK m. 32’de düzenlenen temel hatasının uygulama alanının belirlenmesine ilişkin yukarıda izah edilen tartışmaları daha da detaylandırmadan belirtmemiz gerekir ki, her ne kadar madde hükmünde sözleşme temeli kavramına ilişkin düzenleme getirse de, Türk hukuku bakımından temel hatası, aşırı ifa güçlüğüne konu olamaz. Zira TBK m. 138 in uygulama alanı bulması için önceden öngörülme ve öngörülmesi de mümkün olmayan olağanüstü durum değişikliklerinin meydana gelmesi ve bundan dolayı işlem temelinin çökmesi gerekir. Buna karşılık geçmişteki veya sözleşme kurulduğu sıradaki ya da geleceğe ilişkin olaylarla ilgili saiklerde yanılma, hiçbir zaman aşırı ifa güçlüğü kapsamına giremez.

Buna karşılık gelecekteki olaylara ilişkin saiklerde yanılma hali ile işlem temelinin çökmesi birbirine benzeyen durumlardır; en azından aynı olay grupları için her ikisinin de söz konusu olması mümkündür. Nitekim doktrinde geleceğe ilişkin saiklerde yanılmanın bazı hallerde işlem temeline konu olmasının mümkün olduğu savunulmuştur⁵⁵⁷.

İşlem temeli haline gelen tasavvurların boşa çıkmış olmasının da işlem temelinin kapsamında değerlendirildiği BGB § 313 düzenlemesi de bu değerlendirmeyi doğrular niteliktedir. Nitekim BGB § 313/II’ye göre temel hatası, işlem temelinin kapsamına girer ve işlem temelinin baştan eksikliği olarak değerlendirilir. Alman hukukunda hal böyleyken, Türk/İsviçre hukuku’nda temel hatası, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasından farklı bir kurumdur. Dolayısıyla Alman hukukundan farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu bakımdan TBK m. 32’deki şartların bulunması halinde temel hatasının esaslı hata sayılması söz konusu olur ve bunun hukuki sonucu iptal edilebilirliktir. Aşırı ifa güçlüğü’nün hukuki sonucu ise öncelikle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, bunun mümkün olmadığı hallerde sözleşmeden dönme veya fesih haklarının kullanılmasıdır.

Temel hatasına ilişkin hususların aşırı ifa güçlüğü kapsamında değerlendirilmesi TBK m. 138’in sistematigine de aykırıdır. Nitekim TBK m. 138’de öngörülen şartlar, temel hatasında aranan şartlarla uyuşmamaktadır. Aşırı ifa güçlüğü’nün söz konusu olması için sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen, taraflarca öngörülme ve öngörülmesi de mümkün olmayan bir durum değişikliği meydana gelmelidir. Temel hatası için ise, taraflardan birisinin sözleşme temeli olarak tasavvur ettiği saiklerde yanılması ve bunun sözleşmenin karşı tarafından da bilinebilmesi aranır.

Görüldüğü üzere hem şartları bakımından hem de hukuki sonuçları bakımından her iki kavramında esaslı farklılıkları vardır. Kanımızca BGB § 313/II ‘de temel hatası olarak ifade ettiğimiz işlem temeli haline gelen tasavvurların boşa çıkması halinde de sözleşmenin değişen

⁵⁵⁷ Serozan, 2007: 344; Serozan, 2000a: 1029 vd; Baysal, 2017: 190.

şartlara uyarlanmasına imkan verilmesinin nedeni Alman hukuku ile Türk /İsviçre hukuku arasındaki düzenleniş farklılığıdır.

3.2.6.5. TBK m. 138'in Şartlarının Değerlendirilmesi

Türk hukuku bakımından işlem temelinin çökmüş olduğunun kabul edilebilmesi için, öncelikle sözleşme kurulduktan sonra olağanüstü bir durum değişikliğinin meydana gelmesi gerekir. Nitekim TBK m. 138'de bu husus “sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olağanüstü bir değişiklik” olarak ifade edilmiştir. Buna karşılık işlem temelinin çökmesine yol açacak olan durum değişikliğinin kapsamının da belirlenmesi gerekir. Acaba aşırı ifa güçlüğü halinde işlem temelinin çökmesi için Klasik işlem temeli teorisinin tarihsel gelişimi içerisinde Kegel tarafından ileri sürüldüğü gibi toplumun tümünü tehdit edici olağanüstü bir durum değişikliği mi meydana gelmelidir? Diğer bir deyişle olağanüstü durum değişikliğinden anlaşılması gereken nedir?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olabilmesi için koşullarda herhangi bir değişiklik meydana gelmesi yeterli değildir. Burada söz konusu olan koşullardaki “önemli” bir değişikliktir. BGB § 313'de kural olarak aranan şart da esasen bu, işlem temeli halinde gelen hal ve şartlarda esaslı bir değişikliktir. Yukarıda da izah edildiği üzere Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi için aranan esaslı değişiklik, kural olarak değişikliğin öngörülemezlik nitelikte olduğunun ve borçludan ifanın beklenemez olduğunun tespiti açısından önem taşır.

Aynı sonuca kısmen Türk hukuku bakımından da varılması isabetsiz olmayacaktır. Nitekim koşullarda meydana gelen esaslı bir değişiklik kural olarak borçlu tarafından da öngörülemez olabilir. Borçlu tarafından öngörülemezlik olan esaslı bir değişikliğin meydana gelmesi halinde de ifanın beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil eder. Buna karşılık, Alman hukukunda bir nevi “beklenilmezlik ve öngörülemezlik kontrolü” olarak değerlendirilen esaslı durum değişikliği, Türk hukukunda farklı bir anlam kazanır ve işlem temelinin çökmesi için aranan objektif unsurlardan birisini oluşturur. Zira TBK m. 138 düzenlemesinin lafzından da açıkça anlaşılacağı üzere, koşullarda önceden öngörülme ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir değişiklik meydana gelmelidir. Ancak bu “olağanüstü” durum değişikliğinden de ne anlaşılmasının gerektiği izaha muhtaçtır. Zira Kanun lafzında açıkça aranan olağanüstü değişiklik, toplumun tümünü tehdit edici nitelikte deprem, sel, savaş ve ekonomik kriz gibi durumlar olursa, aşırı ifa güçlüğü'nün kapsamının önemli ölçüde daraltılması söz konusu olabilir.

Bu konunun detayına inmeden önce belirtmek gerekir ki, aşırı ifa güçlüğü için aranan durum değişiklikleri sözleşme kurulduktan sonra meydana gelmelidir. Bu unsur TBK m. 138'den de açıkça anlaşılmaktadır. Bu nedenle sözleşme kurulduğu sırada var olan fakat taraflarca bilinmeyen durumlardan kaynaklanan değişiklikler işlem temelinin kapsamına giremez. Eğer diğer şartlar da söz konusu ise bu husus TBK m. 32'de yer alan temel hatasının kapsamına girer ve irade sakatlıkları anlamında değerlendirilir. Sonuç olarak Türk işlem temeli teorisi uyarınca meydana gelen durum değişiklikleri ancak sözleşme kurulduktan sonra meydana gelmek şartıyla önem arzeder.

Elbette sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen herhangi bir değişiklik (olağan değişiklikler) de işlem temeli haline gelmez; değişikliğin olağanüstü bir değişiklik olması gerekir. Türk hukuku bakımından işlem temelinin çökmesi için olağanüstü durum değişikliğinin meydana gelmesi Yargıtay kararlarında da belirtilen bir husustur⁵⁵⁸. Buna karşılık doktrinde ise bu husus tartışmalıdır. Doktrinde bu konuda başlıca üç görüş bulunur. Bunlardan ilki, işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanabilmesi için toplumun tümünü tehdit edici, sosyal felaket niteliği arz eden olağanüstü durum değişikliklerinin meydana gelmesinin savunurken, karşı görüşe göre ise olağan durum değişiklikleri halinde de işlem temelinin çökmesi mümkün olabilir. Üçüncü görüşe göre ise işlem temelinin çökmesi için olağanüstü durum değişikliklerinin meydana gelmesi gerekir; ancak bu olağanüstü değişikliklerin içeriği, lafzından daha farklı olarak yorumlanmalıdır.

Doktrinde savunulan ilk görüşe⁵⁵⁹ göre aşırı ifa güçlüğünden bahsedebilmek için, önceden öngörülemez nitelikte olağanüstü bir olayın meydana gelmesi gerekir. Meydana gelen olayın olağanüstü olması, ayrıca önceden öngörülemez olduğu anlamına da gelir. Bu bakımdan meydana gelen olayın öngörülemez olduğunun değerlendirilmesinde, olağanüstü olması önem taşır.

Ortaya çıkan olağanüstü olayın taşıması gereken özellikler arasında toplumun tümünü tehdit edici nitelikte (Sozialexistenz) yani toplumun varoluşunu etkileyici değişiklikler ve sosyal felaket niteliğinde olaylar (Sozialkatastrophen) sayılmaktadır. Buna göre sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması için, genel nitelikte (kişiler üstü) toplumun tümünü ya da önemli bir kısmını etkileyen, sosyal felaket niteliğinde bir olayın gerçekleşmiş olması gerekir. Bu olay savaş, ekonomik kriz veya para

⁵⁵⁸ YHGK 19.2.1997, 1996/11-762E, 1997/77K; YHGK 18.11.1998, 1998/13-815E, 1998/835K

⁵⁵⁹ Bischoff, 1983: 184 vd; Kegel, 1953: 200; Guhl vd., 2000: § 38 Nr. 25; Reichel, 1933: 20; Schwenzer, 2006: Nr. 34; Gürsoy, 1950: 106; Kaplan, 1987: 147; Oğuzman ve Öz, 2018: 157; Arat, 2006: 97 vd; Buna karşılık olağanüstü değişikliğin öngörülemezlik değerlendirilmesinde dikkate alınmaması gerektiği hususunda Bk.. Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 352; Wiegand, 1996: Art. 18 OR Nr. 106; Kocayusufoğlu, 2000: 512; Baysal, 2017: 229.

değerindeki önemli ölçüde düşüşler gibi siyasi nedenlerden kaynaklanabileceği gibi, deprem, sel gibi doğal olaylardan da kaynaklanabilir. Buna karşılık toplumun küçük bir kısmını veya birkaç kişiyi ya da sadece sözleşmenin taraflarını etkileyen durum değişiklikleri halinde sözleşmenin uyarlanması söz konusu olamaz⁵⁶⁰.

Bu bakımdan olağanüstü durum değişikliklerinin kapsamına sözleşmenin kurulmasından sonra kanunlarda meydana gelen önemli değişiklikler de girebilir. Kural olarak tarafların sözleşme ilişkisine girerken mevcut mevzuatın değişmeyeceğine hâlihazırdaki hukuki durumun sabit kalacağına güvenerek sözleşme yaparlar. Buna rağmen kanunlardaki değişiklikler nedeniyle herhangi bir menfaat kaybı söz konusu olursa da bunun sonucuna kendilerinin katlanması gerekir. Kaldı ki kanuni değişiklikler, sonuçları ne kadar farklı olsa da bir yere kadar da öngörülebilir niteliktedir. Buna karşılık, yasakoyucunun öngörülemez nitelikte olağanüstü bir müdahalesi söz konusu olursa, bu durumda da olağanüstü bir değişikliğin meydana geldiği kabul edilmelidir. Ancak burada göz ardı edilmemesi gereken husus, kanunda meydana gelen değişikliğin önceden öngörülemez nitelikte ve toplumun tamamını olumsuz yönde etkileyici nitelikte olması gerektiğidir⁵⁶¹.

Aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için olağanüstü bir durum değişikliğinin meydana gelmesi gerektiği Türk hukuku bakımından da hakim görüştür⁵⁶². Bu kapsamda Türk hukuku bakımından işlem temelinin çökmesinden bahsedebilmek için borcun ifasını zorlaştıran hallerin genel hayat tecrübelerine ve hayatın olağan akışına göre olağanüstü bir değişiklik arz etmesi gerekir. Ayrıca meydana gelen olağanüstü durum değişiklikleri, aynı zamanda değişikliğin önceden öngörülemez olması ile de bağlantılıdır. Zira bir olay ne derece olağanüstü ise o derece de öngörülemez olacaktır.

Bu bakımdan Alman işlem temeli teorisi kapsamında durumlarda meydana gelen önemli değişikliklerin genel olarak öngörülemezlik kıstası çerçevesinde değerlendirilmesi, Türk hukuku bakımından da geçerlidir. Esasen Alman hukukunda işlem temelinin çökmesi için meydana gelen olayın olağanüstü olması aranmaz.

Alman doktrininde işlem temelinin çökmesinin sosyal felaket niteliği arz eden olaylarla sınırlanması da söz konusu değildir. Ancak bu konuda doktrinindeki ilk ayrımı, büyük ve küçük işlem temeli olarak yapan Kegel⁵⁶³'dir. Bu bakımdan büyük işlem temeli, sosyal felaketler, doğal afetler gibi toplumun tamamını tehdit edici olaylar olarak tanımlanırken, küçük işlem temeli ise olağanüstü nitelik arz etmeyen ve işlem temeli haline gelen olağan

⁵⁶⁰ Bischoff, 1983: 184.

⁵⁶¹ Bischoff, 1983: 188.

⁵⁶² Gürsoy, 1950: 106; Kaplan, 1987: 147; Oğuzman ve Öz, 2018: 157; Arat, 2006: 97 vd; Tandoğan, 1985b: 240.

⁵⁶³ Kegel, 1953: 201.

değişiklikler olarak ayrılır. Fakat hukuki sonuçları bakımından büyük işlem temeli ve küçük işlem temeli arasında bir fark yoktur. Aslında Kegel'in işlem temelini bu şekilde ayırması, uygulamada işlem temelinin çökmüş olmasının tespitinde pratik sonuç sağlaması içindir. Nitekim eğer söz konusu olayda büyük işlem temelinin varlığı söz konusu ise artık küçük işlem temelinin varlığı aranmayacaktır⁵⁶⁴. Buna karşılık genel olarak Alman doktrinde işlem temelinin çökmesi için sosyal felaket niteliğinde olayların varlığı aranmaz.

Türk hukuku bakımından hakim görüş konumunda olan olağanüstü durum değişikliğinin varlığı şartına en ciddi eleştiriler Kocayusufpaşaoğlu⁵⁶⁵ tarafından yapılmıştır. Yazara göre işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması için meydana gelen değişikliğin olağanüstü olması gerekmez. Bu kapsamda olağan durum değişiklikleri de işlem temeline konu olabilir. İşlem temeline olağan durum değişikliğinin girebileceğini savunan yazarların gerekçesi ise, sözleşme temeline ilişkin düzenleme içeren TBK m. 32'deki temel hatasıdır⁵⁶⁶.

Bu görüşe göre temel hatası ile işlem temeli arasındaki fark zamansal(kronolojik) bir farktır. Temel hatasının söz konusu olması için, sözleşme temeli haline gelen geçmişteki veya sözleşme kurulması anındaki bir olaya ilişkin tasavvurlarda yanılma söz konusudur. Eğer taraflardan birisi bu tasavvurları sözleşme temeli haline getirmiş ise ve sözleşmenin diğer tarafınca da bu husus bilinebilir ise, böyle bir tasavvurun sözleşme temeli haline gelmesi dürüstlük kuralı bakımından mümkün ise esaslı saik hatası sayılacak ve sözleşmenin iptal edilebilirliği söz konusu olacaktır.

Buna karşılık gelecekteki bir olaya ilişkin tasavvurların boşa çıkması hali, geleceğe ilişkin olduğu için temel hatasının kapsamına değil işlem temeli kapsamına girebilir⁵⁶⁷. Ancak geleceğe ilişkin tasavvurların ancak gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakılması halinde bu kapsamda değerlendirilecek olduğunun da altını çizmek gerekir. Bu durumda madem ki temel hatası ile işlem temeli arasındaki fark sadece zamansal bir farklılıktır, temel hatası için öngörülmemiş olan olağanüstü değişikliklerin işlem temeli için de aranması mantıksız olacaktır.

Bu görüşü savunan yazarların kanımızca haklılık payları vardır. Nitekim geleceğe ilişkin gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakılan tasavvurların boşa çıkması, yani bu esaslı saik hatası halleri klasik anlamda işlem temelinin çökmesi teorisine konu olabilir. Nitekim BGB § 313/II'de bu husus düzenlenmiş ve hukuki sonuca bağlanmıştır. Buna karşılık, geleceğe

⁵⁶⁴ Kegel, 1953: 204.

⁵⁶⁵ Kocayusufpaşaoğlu, 2000: 512; Aynı yönde Baysal, 2017: 232 vd.

⁵⁶⁶ Kocayusufpaşaoğlu, 2000: 512; Baysal, 2017: 232 vd.

⁵⁶⁷ Honsell, 2002: Art. 2 ZGB Nr. 19; Kocayusufpaşaoğlu, 2000 : 511; Serozan, 2007: 244; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20 Nr. 1; Baysal, 2017: 233.

ilişkin olaylarda yanılma olarak ortaya çıkan temel hatası, klasik işlem temeli teorisinin kapsamına girse de, Türk hukuku bakımından bu sonuca varmak kanımızca mümkün değildir. Zira TBK m. 138 hükmünde açıkça olağanüstü bir durum değişikliğinin varlığı aranır.

Kanımızca aşırı ifa güçlüğü'nün gerçekleşmesi için olağanüstü bir olayın meydana gelmesi gerekse de, bir olayın olağanüstü olup olmadığının belirlenmesi için bunun sosyal felaket niteliğinde olmasına gerek yoktur. Taraflarca öngörülme ve öngörülmesi mümkün olmayan “önemli” değişiklikler halinde de aşırı ifa güçlüğü'nün gündeme gelebileceği kabul edilmelidir. Diğer bir deyişle bir olay iş çevresindeki objektif ve dürüst üçüncü kişilerce ne derece öngörülemese, o derece de olağanüstüdür.

Doktrindeki hakim görüşü savunan yazarların da belirttiği gibi olağanüstü durum değişikliklerinin aynı zamanda öngörülemeslik bakımından da önem taşıdığı, bizce de isabetlidir. İşlem temelinin çökmesi için gerçekleşecek olayla ilgili olarak ilk ayrımı yapan Kegel ‘in büyük işlem temeli ve küçük işlem temeli ayrımı da Türk hukuku bakımından uygulanamayacaktır. Teorinin hukuki gelişimini inceleyecek olursak, Windscheid’in kayıt teorisi de, Oertmann’ın işlem temeli teorisi de doktrindeki en yoğun eleştirileri, tarafların iradelerine gerektiğinden fazla değer vermesi ve bu nedenle sübjektif olması nedeniyle almıştır. Bu nedenle devam eden süreçte Alman hukukunda işlem temeli teorisine objektif bir nitelik kazandırma faaliyetleri başlamıştır.

Esasen Oertmann’dan itibaren işlem temelinin eksikliklerini gidermek ve eleştirilen noktalarını geliştirmek için ileri sürülen görüşlerin temel amacı kanımızca bu işlem temeline objektif bir nitelik kazandırma ihtiyacıdır. Böyle bir niteliğin kazandırılması, işlem temelinin belki de en önemli unsuru olan öngörülemeslik ölçütünün daha net tespit edilmesine hizmet eder. Gerçekten de bir olayın sözleşmenin taraflarınca öngörülmemiş ve öngörmelerinin de beklenemez olduğunun söylenebilmesi için bunun olağanüstü bir olay olması zorunludur. Zira bir olay ne kadar olağanüstü ise o derece de öngörülemesdir.

Kanımızca öngörülemeslik unsurunun aşırı ifa güçlüğü'nün en önemli unsuru olduğu yönündeki tespitimiz, bu kavramın aynı zamanda geleceğe ilişkin tasavvurlarda yanılma ile aşırı ifa güçlüğü arasındaki en belirgin fark olmasından da kaynaklanmaktadır. Nitekim gelecekteki bir olaya ilişkin tasavvurların yanlış çıkması için bu tasavvurların gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakılması söz konusudur. Aşırı ifa güçlüğü'nde ise taraflarca önceden öngörülmemiş bir değişiklik söz konusu olur. Kanımızca bu iki husus birbirine ne kadar yaklaşırsa o derece aynı hukuki sonuca bağlanabilir.

Teorinin tarihsel gelişimini göz önüne alırsak da işlem temelinin çökmesi için sosyal felaket niteliğindeki olağanüstü olayların varlığının aranmasının tarihi nedenlerini de

görebiliriz. Nitekim sözleşmelerin sonradan meydana gelen değişikliklere göre uyarlanmasına imkan veren teorilerin bir çoğu özellikle savaş ve bunun getirdiği ekonomik kriz ve buhran dönemlerinde olmuştur. Hatta kanuni düzenlemeye tabi tutulmamış teoriler dahi (clausula ve Windscheid'in teorisinde olduğu gibi) bu tür buhran dönemlerinde tekrara gündeme gelmiştir. Bu bakımdan sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin teorilerin ortaya çıkması veya bu teorilerdeki eksikliklerin giderilmesine yönelik faaliyetlerde bulunulması ihtiyacı tarihsel açıdan hep buhran dönemlerine rastlamaktadır. Türk hukuku bakımından ise kanuni düzenleme, herhangi bir savaş veya buhran dönemine rastlamamaktadır.

Sonuç olarak aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için kanunen zorunlu olan olağanüstü değişikliklerin meydana gelmesi doktrinde halen hakim konumda olan görüştür. Buna karşılık bu konuda ileri sürülen görüşlerin birçoğunun da sosyal felaketlerin etkilerinin halen gözlenebilir olduğu zamanlarda ileri sürüldüğü veya bu görüşlerden etkilendiğini söylersek haksız sayılmayız. Modern görüşlere göre ise toplumun temelini tehdit edici sosyal felaketlerin yanında toplumun bir kısmını tehdit eden olayların hatta sadece sözleşmenin tarafları açısından meydana gelen esaslı durum değişikliklerinin gerçekleşmesi halinde de aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olabileceği savunulmaktadır⁵⁶⁸.

Kanımızca toplumun bir kısmını ilgilendiren ya da bizatihi sözleşmenin tarafları açısından meydana gelen değişikliklerin de aşırı ifa güçlüğüne konu olabilmesi için, işlem temeli ile temel hatası arasındaki zamansal farklılığın vurgulanması yeterli değildir. Nitekim temel hatası, kanunda aranan şartların gerçekleşmesi halinde esaslı hata sayılacak ve sözleşmenin iptaline imkan verir. Ancak işlem temeli ve bunun Türk hukukundaki görünüm şekli olan aşırı ifa güçlüğü, somut sözleşme adaletine hizmet eder ve sonradan ortaya çıkan öngörülemez bir değişiklik nedeniyle sözleşmenin ifasının dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ettiği hallerde sözleşme adaletinin yeniden sağlanması ve (her ne kadar kanun koyucu tarafından kabul edilmese de) edimler arasındaki dengenin bozulmasının önlenmesi gereklerine hizmet eder.

Aşırı ifa güçlüğünün sözleşmeyle bağlılık ilkesi ile olan ilişkisini incelerken de belirttiğimiz üzere, şartların değişmesi halinde sözleşmenin uyarlanması, sözleşmeyle bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil eder ve en az onun kadar önemli bir kavram olan sözleşme adaletinin yeniden sağlanması amacına hizmet eder. Bu bakımdan meydana gelen durum değişikliğinin esaslı olmasının yanında önceden öngörülmemiş olması ve öngörülmesinin de beklenememesi gerekir. Bu itibarla, kanımızca olağanüstü durum değişiklikleri ile

⁵⁶⁸ Kocayusufpaşaoğlu, 2000 : 514; Burcuoğlu, 1945: 11; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20 Nr. 8; Baysal, 2017: 231 vd, Arat, 2006: 96.

öngörülemez değişiklikler “dost ve kardeş” kavramlardır ve somut olayda birisinin varlığı halinde diğerrinin de bulunup bulunmadığı hemen hemen aranmaz.

Bir olayın önceden öngörülemez olduğunun tespiti aşırı ifa güçlüğü kapsamında işlem temelini çökmüş olduğunun tespiti açısından önem taşır. Ancak işlem temeli konusunda önceden görme ile hukuk tekniği açısından önceden görme aynı anlama gelmez. Hukuk tekniği açısından öngörme, bir olayın gerçekleşeceğini tahmin etmek ya da gerçekleşeceğine kesin gözüyle bakmak ve bu hususu aralarındaki sözleşmede düzenlemek olarak anlaşılır. Burada sözleşmenin tarafları ortaya çıkma ihtimali olan bir hususla ilgili tahmin ve öngöründe bulunurlar ve bu hususa ilişkin sözleşmede hüküm koymak suretiyle önceden önlem alırlar⁵⁶⁹.

Bu bakımdan bir hususun öngörülmemesi, bu hususun hiç düşünülmemiş ve tahmin edilmemiş olabileceği gibi, tahmin edilip de sözleşmede düzenlenmemesi şeklinde de ortaya çıkabilir. Ancak işlem temeli teorisi kapsamında öngörülmeyen bir husus, tarafların bu konuda hiç tahminde bulunmadıkları, gerçekleşeceğine ilişkin şüphe duymadıkları hususlardır. Eğer taraflar bir olayın gerçekleşeceğini tahmin etmiş fakat buna kesin gözüyle bakmadıkları için sözleşmede buna ilişkin düzenlemede bulunmamışlarda, kural olarak meydana gelen rizikoyu da kendileri üstlenir. Hem Türk hukuku hem de sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına imkan veren hukuklar bakımından meydana gelen değişikliklerin öngörülemez nitelikte olması bu kapsamda değerlendirilir⁵⁷⁰.

Aşırı ifa güçlüğü halinde meydana gelen değişikliğin taraflarca öngörülmemiş olmasının yanında ayrıca öngörülemez nitelikte olması da söz konusu olur. Bu bakımdan meydana gelen durum değişikliklerinin hangisinin öngörülemez nitelikte olduğu şeklinde bir değerlendirme yapılması hem imkansız hem de gereksizdir. Bu konuda yapılması gereken değerlendirme, sözleşme ilişkisine giren tarafların bu sırada hangi durumları öngörmelerinin gerektiğinin belirlenmesidir. Bu hususun belirlenmesi için TBK’nın öngörülemez durumlar konusunda nasıl bir yaklaşım izlediğinin incelenmesi gerekir. Nitekim bir olay taraflarca öngörülmüş fakat sınırlarını, ağırlığı ve kapsamını öngörememiş olabilirler. Buna rağmen ortada öngörülemezlik unsuru söz konusu olacak mıdır?

Hemen belirtmek gerekir ki, olayın önceden öngörülebilir olmasına rağmen sonuçlarının ağırlığının öngörülebilmesi mümkün olmayabilir. Bu durumda sonuçlarının boyutu bakımından öngörülemeyen bu olayların varlığı halinde de öngörülmezlik unsurunun

⁵⁶⁹ Erman, 1979: 71; Dural, 1976: 67.

⁵⁷⁰ Jaggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 664; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 223; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 337; Gauch vd., 2003: Nr. 1298; Bischoff, 1983: 99; Gürsoy, 1950: 108; Eren, 2016a: 440; Feyzioğlu, 1978: 39; Erman, 1979: 77; Arat, 2006: 104 vd; Oğuzman ve Öz, 2018: Nr. 618; Tekinay vd., 1993: 368; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20 Nr. 8.

gerçekleşmiş olduğu Türk hukukunda savunulmaktadır⁵⁷¹. Bu görüş bizce de isabetlidir. Buna karşılık meydana gelen olayın öngörülememesi kavramı sadece aşırı ifa güçlüğüne has bir kavram değildir. Borçlar hukuku içinde yer alan çeşitli kavramlarda da öngörülemezlik karşımıza çıkar.

Meydana gelen olayın öngörülemez nitelikte olmasının arandığı kavramların içerisinde en önemli olanı kanımızca mücbir sebeptir. Mücbir sebep, bir borcun veya bir davranış yükümlülüğünün ihlaline neden olan, borçlunun işletme faaliyetlerinin dışında gelişen, öngörülemez ve kaçınılamaz olaylar olarak tanımlanır⁵⁷².

Mücbir sebeplerin borçlunun işletme faaliyetlerinin dışında gerçekleşmesi, haricilik unsuru olarak tanımlanır ve kapsamı itibariyle öngörülemez olması ile birlikte değerlendirilir. Nitekim mücbir sebebin harici olmasından anlaşılması gereken, mücbir sebebin gerçekleşmesinden borçlunun sorumlu tutulmaması, olayın borçlunun faaliyet sahasının dışında kaynaklanması anlaşılmalıdır⁵⁷³. Bunun hukuki sonucu olarak, bir sözleşme ilişkisi açısından olağan risklerden sayılan olayların gerçekleşmesi, mücbir sebep kapsamında değerlendirilemez. Bu bakımdan sözleşmede üstlenilen edimin yerine getirilememesi, ekonomik imkanlara veya araçlara sahip olamamaktan, iflastan, personelin veya makinelerin tedarik edilememesi gibi hallerden kaynaklanıyorsa, söz konusu olay işletme faaliyetlerinden kaynaklanacaktır. Buna karşılık deprem, sel, yangın, yıldırım düşmesi, fırtına gibi doğal olaylardan ya da savaş, darbe gibi siyasi olaylardan ya da ambargo, ithalat ve ihracat yasakları gibi hukuki olaylardan kaynaklanan durumlar mücbir sebep olarak değerlendirilir⁵⁷⁴.

Bu bakımdan mücbir sebebin varlığı için öngörülemez bir olayın varlığı gerekir; eğer olay sözleşmenin kurulması esnasında öngörülebilir nitelikte ise, tarafların bu hususu dikkate alarak önceden önlemlerini almaları gerekir. Aksi halde meydana gelen sonuca kendileri katlanır⁵⁷⁵.

Mücbir sebebin varlığı için aranan öngörülemezlik unsuru, kaçınılmazlık unsuru ile birlikte değerlendirilir. Gerçekten de burada meydana gelen olayın önceden görülemez olması ile kaçınılamaz olması hemen hemen aynı anlama gelmez. Burada olay önceden öngörülse dahi bundan kaçınmak mümkün değildir. Aşırı ifa güçlüğü bakımından aranan öngörülemezlik unsurundan farklılık arzeden durum da budur. Nitekim aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanması için meydana gelen olayın öngörülmemiş ve öngörülmesinin de beklenemez olması söz konusudur. Mücbir sebepteki olaylar ise

⁵⁷¹ Tandoğan, 1985b: 242; Arat, 2006: 105; Baysal, 2017: 237; Erman, 1979: 81.

⁵⁷² Tandoğan, 2010: 464; Erzurumluoğlu, 1970: 38; Eren, 1975: 176.

⁵⁷³ Erzurumluoğlu, 1970: 38; Tandoğan, 2010: 465; Eren, 1975: 180.

⁵⁷⁴ Eren, 1975: 180; Tandoğan, 2010: 465.

⁵⁷⁵ Oğuzman ve Öz, 2018: Nr. 1345; Baysal, 2017: 243.

öngörülemez ve kaçınılmaz olaylardır. Bu bakımdan kaçınılmazlık ayrı bir unsur olarak ortaya çıkar. Mücbir sebepte önceden görülmesine rağmen kaçınılmaz ve önlenemez bir durum söz konusu ise, borçlu sorumlu tutulamayacaktır.

TBK m. 138 anlamında öngörülme ve öngörülmesi de mümkün olmayan olayların kapsamının belirlenmesi oldukça zordur. Bu husus değerlendirilirken her somut olayın özellikleri göz önünde tutulmalı, sözleşmenin süresi, niteliği, tarafların özellikleri göz ardı edilmemelidir.

Sonradan meydana gelen değişikliklerin öngörülemez olduğunu tespit etmek için öncelikle sözleşme kurulması anında var olan durumdan hareket edilmelidir. Sözleşme kurulması anında var olan koşullara göre öngörülemeyecek olan hususlar bu kapsama girer. Nitekim sözleşme kurulması anında geçmişten beri süre gelen bir güven ortamı söz konusu olabilir. Bu bakımdan sözleşmenin kurulma anında böyle bir değişikliğin meydana gelmesi hayatın olağan akışına aykırı ya da örneğine hiç rastlanmamış bir olay olarak değerlendirilebilir⁵⁷⁶. Örneğin sözleşme kurulması anında sonradan meydana gelen değişiklik ile ilgili uygulamada uzunca yıllardır bir sıkıntı yaşanmamış olabilir. Böyle bir olay uzun zamandır yaşanmadığı için ortaya çıkabilecek zararın boyutları da çoğu zaman önceden kestirilemez.

Buna karşılık devalüasyon ve ekonomik kriz gibi durumlar, bir anda meydana gelmeyen hallerdir. Bunların habercisi olan ekonomik sıkıntılar ve piyasalardaki dalgalanmalar zaman içerisinde ağırlığını hissettirir. Bu bakımdan sözleşmenin kurulduğu andaki piyasaların durumu da öngörülemezliğin belirlenmesinde dikkate alınmalıdır. Özellikle sözleşmenin kurulma anında piyasalarda ekonomik sıkıntılar söz konusu ise, ya da ekonomik krizler zaman zaman ortaya çıkmış ve etkisini hala gösteriyorsa, bu gibi hallerde öngörülemezliğin değerlendirilmesi de zorlaşacaktır. Özellikle Türk hukuku bakımından Yargıtay'ın ekonomik krizlerin öngörülebilir olarak sayması oldukça eleştirel bir konu olsa da göz önünde bulundurulmalıdır⁵⁷⁷.

⁵⁷⁶ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 664; Gürsoy, 1950: 115; Erman, 1979: 80; Bischoff, 1983: 208.

⁵⁷⁷ YHGK 12.11.2014, 2014/13-1614E, 2014/900K; "Dava konusu olayda davacının başlangıçta seçme özgürlüğü varken TL yerine döviz bazında kredi kullandığı, bir başka deyişle serbest iradesiyle kredi türünü belirlediği, ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulduğu ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından bilinen bir olgu olduğu, davacının, bu riski önceden öngörebilecek durumda olmasına rağmen dövizle kredi kullanma yolunu tercih etmiş bulunduğu, buna göre işlem temelinin çökmesinden bahsetmenin olanaklı olmadığı, bununla birlikte, eldeki davanın, kredi sözleşmesinin üzerinden birkaç yıl geçtikten sonra açılmış olması da nazara alındığında, sözleşmenin davacı tarafından benimsendiğinin kabulü gerektiği bu nedenle yukarıda belirtilen tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde dava konusu olayda uyarılma koşullarının bulunmadığı anlaşılmaktadır. Hal böyle olunca, mahkemece davanın reddine karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçeler ile davanın kabulüne karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup, Bozmayı gerektirir". Bk.. Yarg. 13. HD, 12.12.2014, 2013/27325 E. , 2014/39848 K. (Kazancı)

Nitekim Yargıtay vermiş olduğu kararında “Türkiye’de uzun yıllardan beridir ekonomik paketlerin açıldığı fakat istikrarlı bir ekonomik ortama ulaşamadığı, devalüasyonların Türkiye açısından önceden tahmin edilemeyecek bir durum olmadığı, kur politikalarının her an değişebilir olduğu, 1958’den beri devalüasyonların ilan edilip sık sık para ayarlamaları ile Türk parasının değerinin dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürüldüğü” gibi gerekçelerle, istikrarsız ekonomik durum ortamında dövizle yapılan borçlanmalar halinde ekonomik krizlerin beklenilemez olmadığına karar vermiştir.

Bu açıdan Yargıtay’ın bu yaklaşımı kanımızca isabetli değildir. Yargıtay’ın bu yaklaşımı, ekonomik krizlerin Türkiye’de sözleşmenin uyarlanmasına imkan vermeyecek şekilde değerlendirilmesi şeklinde anlaşılmamalıdır. Ekonomik durumlardaki değişiklik halinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasında temel alınması gereken kıstas, ortaya çıkan durum değişikliğinin öngörülemez nitelikte olmasıdır. Her ne kadar, Türk ekonomisi uzun yıllardır ekonomik çalkantılara ve devalüasyonlara aşına olsa da, her ekonomik krizin farklı sonuçları ve nedenleri vardır. Bunların sonuçlarında ise toplumun bir kısmı değil tamamının zarar görme ihtimali de vardır. Bir ekonomik krizin boyutlarının önceden öngörülme ihtimali hemen hemen imkansızdır.

Bu konuda tartışma konusu olan bir diğer husus da, sözleşme kurulması sırasında söz konusu olmayan ve bu nedenle taraflarca öngörülmeyen bir durumun, sözleşme kurulmasından sonra fakat gerçekleşmeden önce, taraflarca tahmin edilmesi halinde ne olacağıdır. Gerçekten de bazı hallerde taraflar sözleşme yaptıktan sonra bir işlem temelinin çökmesine neden olabilecek olan bir olayın gerçekleşeceğini öngörebilirler. Doktrindeki bir görüşe⁵⁷⁸ göre, sözleşme kurulduktan sonra fakat durumların değişmesinden önce böyle bir değişikliğin taraflarca öngörülmesi halinde de sözleşmenin uyarlanması mümkündür. Bu kapsamda sözleşme kurulduktan sonra şartların öngörülemez surette değişmesindeki öngörülemezlik unsuru, sözleşmenin kurulmasına kadar olan süre içinde değerlendirilir. Buna karşılık, söz konusu değişiklik meydana gelene kadar taraflarca öngörülemez olması aranmaz.

Doktrindeki diğer bir görüşe göre ise, sözleşmenin kurulmasından sonra fakat değişikliğin gerçekleşmesinden önce tarafların sözleşmenin içeriğine ilişkin bir rizikoyu farketmişlerse, buna müdahale etme imkanına sahiptirler. Diğer bir deyişle işlem temeli haline gelen bir sözleşme rizikosunun meydana gelme ihtimali taraflarca öngörülmüş ise, buna ilişkin sözleşmesel risk dağılımını belirleme imkanına her zaman sahiptirler. Bu nedenle söz konusu değişiklik öngörülebilir bir değişikliktir ve işlem temeli haline gelmez. Taraflar öngörmeleri halinde düzenleme yapmamışlarsa bu riskin gerçekleşmesine taraflar katlanır.

⁵⁷⁸ Bischoff, 1983: 212; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 667.

Buna karşılık tarafların işlem temeli haline gelen sözleşmesel rizikoya ilişkin makul sayılan önlemleri almışsa, buna rağmen meydana gelen değişiklikten dolayı işlem temeli çökmüş ise, bu takdirde sözleşmenin uyarlanması gerekir⁵⁷⁹.

Meydana gelen durum değişikliğinin öngörülemez olmasının tespitinde önem taşıyan hususlardan birisi de sözleşmenin süresidir. Nitekim sözleşmenin kısa süreli olması halinde gerçekleşen durum değişikliğinin önceden öngörülemez olasılığı azalır iken, sözleşmenin süresi uzadıkça da bu ihtimal azalır⁵⁸⁰. Diğer bir deyişle durum değişikliğinin öngörülebilirliği sözleşmenin süresi ile ters orantılıdır.

Nitekim kısa süreli sözleşmelerde, sözleşmenin kurulduğu sırada meydana gelebilecek durum değişikliğinin etkileri ve nedenleri gibi hususlar açıktır. Daha doğrusu doğal afetler gibi haller kapsam dışı olmakla birlikte, işlem temeli haline gelen bir olayın gerçekleşmesine yol açan parametreler, kısa süreli sözleşmelerde daha net öngörülebilir. Bu nedenle genellikle kısa süreli sözleşmelerde meydana gelen değişikliğin öngörülememesi genellikle tarafların kusurundan veya ihmalden kaynaklanır⁵⁸¹. Kısa süreli sözleşmelerde sözleşmenin kurulması anı ile ifası arasındaki zaman dilimi kısa olmasından dolayı, bu süre zarfında işlem temelinin çökmesine yol açacak bir olayın meydana gelme ihtimali ne kadar azsa da, imkansız değildir. Buna karşılık kısa süreli sözleşmelerde sonradan meydana gelen esaslı değişikliğin taraflarca öngörülememesi pek düşük bir ihtimaldir.

Sözleşmenin süresinin uzaması halinde ise, işlem temelinin çökmesine neden olabilecek bir durum değişikliğinin meydana gelme ihtimali artarken, bu değişikliğin önceden öngörülebilme ihtimali de oldukça azalır. Bu bakımdan tarafların göstermesi gereken dikkat ve özen de buna bağlı olarak artmalıdır. Nitekim meydana gelebilecek durum değişikliği neticesinde edimler arasındaki denge ilişkisi bozulabilecek olması söz konusudur. Bu nedenle uzun süreli sözleşme ilişkisine giren sözleşme taraflarının meydana gelebilecek olan sözleşme rizikolarını dikkate almaları ve sözleşme düzenlerken hesaba katmaları beklenir. Bu bakımdan meydana gelebilecek olan riski öngöremeseler de bu riske dikkate alma konusunda gösterilmesi gereken özen bakımından, uzun süreli sözleşmenin taraflarının yükümlülüğü, kısa süreli sözleşme taraflarına göre daha ağırdır⁵⁸².

Meydana gelen durum değişikliğinin bazı özelliklerinin de göz önüne alınması gerekir. Nitekim bazı sözleşmeler nitelikleri itibariyle bir riski içerir. Spekülatif sözleşmeler olarak adlandırılan bu tür sözleşmeler, teminat sözleşmesinde olduğu gibi niteliği itibariyle belirli bir

⁵⁷⁹ Baysal, 2017: 249.

⁵⁸⁰ Descheaux, 1986: 557.

⁵⁸¹ Gürsoy, 1950: 115; Erman, 1979: 80; Baysal, 2017: 250.

⁵⁸² Bischoff, 1983: 208; Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 224.

riskin üstlenilmesi sonucunu doğurur ve riskli sözleşme özelliği taşır. Doktrindeki hakim görüşe⁵⁸³ göre spekülâtif sözleşmelerde meydana gelecek değişiklik önceden öngörülüp hesaba katıldığı için, işlem temelinin çökmesinden bahsedilemez.

TBK m. 138 kapsamında aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için bulunması gereken diğer bir unsur ise, meydana gelen değişiklikten dolayı borçludan sözleşme ile bağlı kalmasının dürüstlük kuralına göre beklenemez olması gerekir. Bu kapsamda işlem temelinin çökmesi nedeniyle borçludan ifanın istenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir.

Dürüstlük kuralı uyarınca ifanın beklenemez olması için kanunda veya sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması gerekir. Aşağıda daha ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere, işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmede veya kanunda risk dağılımının nasıl yapılacağına ilişkin bir düzenlemenin bulunmaması halinde sözleşmede bir boşluk söz konusu olacaktır. Bu boşluklara uyarlama boşluğu denir. İşlem temelinin çökmesi halinde hakimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması da bu uyarlama boşluklarının doldurulması anlamına gelir.

Tarafların risk dağılımına ilişkin düzenleme yapmaları, uyarlama kayıtları olarak karşımıza çıkar. Burada taraflar meydana gelebilecek olan durum değişiklikleri ile ilgili düzenlemeler yaparlar ve rizikonun meydana gelmesi halinde buna hangi tarafın katlanacağını belirlerler. Bu kapsamda taraflar hangi sözleşme rizikolarının gerçekleşmesi halinde sözleşmenin uyarlanacağı konusunda olumlu uyarlama kayıtları belirleyebilirken, sözleşmenin her hal ve şartta sabit kalacağı ve değişen şartlara uyarlanmayacağına ilişkin olumsuz uyarlama kayıtları da belirleyebilirler. Ancak gözden kaçırılmamalıdır ki uyarlama kayıtları da sözleşmenin içeriğine dahil olan hükümlerdir. Bu bakımdan sonradan meydana gelen öngörülemez değişikliklerden dolayı sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması kuralları, bu uyarlama kayıtlarını da kapsayacaktır. Diğer bir deyişle somut olaydaki özelliklere göre uyarlama kayıtlarının uyarlanması da mümkün olabilir.

Her ne kadar TBK m. 138 hükmünde aşırı ifa güçlüğünden dolayı sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep eden kişi “borçlu” olarak adlandırılrsa da, sözleşmenin uyarlanması, işlem temelinin çökmesinden mağdur olan, aşırı ifa güçlüğüne uğramış olan tarafça talep edilebilir. Bu nedenle borçlu kavramından aşırı ifa güçlüğünden dolayı “mağdur olan” taraf anlaşılmalıdır.

Mağdur tarafın aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasını talep edebilmesi için borcunu henüz ifa etmemiş olması ya da aşırı derecede güçleşmesinden kaynaklanan

⁵⁸³ Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB Nr. 226; Akyol, 1995: 89; Burucuoğlu, 1945: 12.

haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması gerekir. Bu kapsamda, sözleşmeden kaynaklanan borç bu tür bir ihtirazı kayıt kullanılmadan ifa edilmiş ise sözleşmenin uyarlanması talep etmek hakkı söz konusu olmayacaktır. Nitekim eğer herhangi bir çekince konulmadan ifa edilen bir borç varsa, ortada bir güçleşme de olmayacaktır.



DÖRDÜNCÜ BÖLÜM

AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜNÜN HUKUKİ SONUÇLARI

4.1. Genel Olarak

TBK m. 138 uyarınca sözleşmenin yapıldığı sırada taraflarca öngörülme- yen ve öngörülmesi de beklenmeyen olağanüstü bir durum borçludan kaynaklanmayan bir nedenle ortaya çıkarsa, bu durum sözleşmenin yapıldığı sıradaki mevcut olguları, kendisinden ifanın istenmesini dürüstlük kuralına aykırı düşecek şekilde borçlu aleyhine değiştirirse ve borçlu borcunu henüz ifa etmemiş veya ifanın aşırı ölçüde ağırlaşmasından kaynaklanan haklarını saklı tutarak ifa etmiş ise, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması söz konusu olacaktır. Zira bu durumda sözleşme kurulduktan sonra koşullarda meydana gelen değişiklikler nedeniyle işlem temeli çökmüş olur ve sözleşme taraflardan birisi veya birden fazlası açısından katlanılamaz hale gelir.

Clausula rebus sic stantibus ilkesinden günümüz işlem temelinin çökmesi teorisine, tarihsel gelişim içerisinde sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması konusunda geliştirilen teorilere karşı yapılan eleştirilerin odak noktası sözleşmeyle bağlılık ilkesi ve işlem güvenliğinin zarar göreceği endişesidir. Bununla beraber, sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanmasına imkân veren teorilerde de, meydana gelen değişikliğin öngörülemezliği, ifanın beklenemezliği gibi uyarlamanın şartlarını belirlerken en çok göz önünde tutulan risk, keyfiyete yol açmak olmuştur. Gerçekten de işlem temelinin çökmesi teorisinde ileri sürülen görüşlerden tarafları göz önünde bulunduranları, genellikle bu durumun keyfiyete yol açacağından bahisle eleştirilmiştir. Zira sözleşmeyle bağlılık ilkesi genel ilkedir. Sözleşmenin ifası sırasında ortaya çıkan her zorlukta işlem temelinin çökmüş olduğu iddiasıyla sözleşmenin uyarlanması talep edilemez. Dolayısıyla TBK m. 138 hükmü, en son çare (ultima ratio) olarak değerlendirilmelidir⁵⁸⁴.

TBK m. 138 hükmü uyarınca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için bulunması gereken şartlar da bu hükmün son çare olduğunu doğrular niteliktedir. Bununla beraber, şartların gerçekleşmesi halinde sözleşmelerin değişen koşullara uyarlanması meselesi çözüldükten sonra sıra sözleşmelerin uyarlanması usulünü belirlemeye gelir. Bu konuda çözülmesi gereken meseleler, uyarlama hakkının kim tarafından ve hangi usuller izlenmesi gerektiğidir. Bu konuda öncelikle belirtmek gerekir ki, aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelleri ve unsurları ile ilgili oldukça yoğun tartışmalar yapıldığı gibi, aşırı ifa güçlüğü halinde

⁵⁸⁴ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 676; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: s. Art. 18 OR Nr. 345.

sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması için uygulanacak usul de bir o kadar tartışma konusudur.

TBK m. 138 hükmünün uyarlama usulü ile ilgili olarak yaptığı düzenleme ise maalesef bu tartışmaları sonlandıracak nitelikte değildir. Söz konusu düzenlemeye bakacak olursak : “(...) borçlu hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir”. Görüldüğü üzere TBK m. 138 düzenlemesi, uyarlama konusunda hakkının nasıl kullanılacağı, karşı tarafın menfaatinin ne derecede ve kim tarafından gözetileceği, uyarlamanın nasıl yapılması gerektiği gibi birçok önemli hususu içermemektedir. Hâlbuki sözleşmenin işlem temelinin çökmesi kurumu, sözleşmeyle bağlılık ilkesi ve işlem güvenliğinin karşısında bir tehlike arz etmemesi için alabildiğine somut ve nesnel kıstaslar içermektedir. Bu doğrultuda sözleşmenin uyarlanması usulü de, işlem temelinin çökmesinin hukuki sonucunu oluşturduğu için, somut ve nesnel ölçütler içermeli ve taraflar arasındaki menfaat dengesi de göz önünde tutulmalıdır. TBK m. 138 düzenlemesinin bu hususlarla ilgili değerlendirme yapmamıza imkân vermemesi nedeniyle, doktrinde uyarlama usulü ile ilgili görüşler, bu konuda halen önemini korumaktadır.

Bu konuda doktrindeki hâkim görüş⁵⁸⁵, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için meselenin hâkim önüne getirilmesi, diğer bir deyişle sözleşmenin değişen şartlara hâkimin kararıyla uyarlanması gerektiğidir. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için meselenin hâkim önüne getirilmesi, TBK m. 138’ de de öngörülmüştür. Bu kapsamda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için taraflara herhangi bir hak tanınmamıştır. Tarafların sahip olduğu hak, hâkimden sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etme hakkıdır. Tarafların mahkemeye başvurarak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmesi ile, hakim tarafların iddia ve savunmalarını, somut olayın özelliklerini göz önünde tutarak koşullardaki değişikliği değerlendirir ve bu konuda bir karar verir.

Bu görüşe göre sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması mümkün değil ise, sözleşmenin sonlandırılması da yine hakim kararı ile olabilir⁵⁸⁶. Bu görüş Alman hukukunda da savunulmuştur⁵⁸⁷. Nitekim BGB § 313 hükmü dikkate alınacak olursa, işlem temelinin çökmesinin sonucu sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, eğer bu mümkün değilse ya da uyarlamanın taraflardan birisi açısından katlanılamaz bir sonuç doğurması halinde sözleşmeden dönüleceği belirtilir. Uzun süreli sözleşmelerde ise dönme hakkının yerini fesih almaktadır. Burada sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasında amaç, her iki tarafın da

⁵⁸⁵ Eren, 2016a: 484; Oğuzman ve Barlas, 2017: 951; Burcuoğlu, 1945: 15; Kaplan, 1987: 144; Akyol, 1995: 93.

⁵⁸⁶ Oğuzman ve Barlas, 2017: 951.

⁵⁸⁷ Bk.. Haarman, 1979: 110 vd.

menfaati göz önüne alınarak sözleşmeyle bağlı kalmanın taraflar açısından katlanılabilir hale getirilmesidir. Bu bakımdan para borçlarında edimin konusunun artırılması veya eksiltilmesi ya da taksit yapılması şeklinde uyarlama yapılabileceği gibi, ifa yerinin değiştirilmesi, zararın paylaştırılması, sözleşmenin süresinin uzatılması ya da kısaltılması şeklinde de olabilir⁵⁸⁸.

Uyarlamanın nasıl olacağı ve hangi usullere tabi olacağı hususu TBK m. 138’de olduğu gibi BGB § 313 hükmünde de açıkça belirtilmemiştir. Buna karşılık uyarlamanın doğal olarak sözleşmenin türü, tarafların mevcut durumu, risk dağılımı gibi hususlar dikkate alınarak yapılması gerekir. Bununla birlikte Alman hukukunda gerek doktrinde gerek mahkeme kararlarında hakim görüş uyarlamanın öncelikli olmasıdır. Diğer bir deyişle aşırı ifa güçlüğü’nün öncelikli hukuki sonucu sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, bunun mümkün olmaması halinde ise sözleşmeden dönme veya uzun süreli sözleşmelerde fesih söz konusu olacaktır⁵⁸⁹. Buna karşılık sözleşmenin uyarlanmasını talep etmeden önce tarafların yeniden müzakere yükümlülüğü’nün olup olmadığı, ayrıca yeniden müzakerenin bir yükümlülük mü yoksa bir ödev mi olduğu konusunda doktrinde tartışmalar mevcuttur.

İsviçre hukukunda ise sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, her ne kadar tarihsel anlamından farklı olsa da, *clausula rebus sic stantibus* kapsamında değerlendirilir ve hâkimin sözleşmeye müdahalesi ile ilgili farklı görüşler mevcuttur. Merz’e göre *clausula rebus sic stantibus* teorisinin doğal sonucu sözleşmenin sona erdirilmesidir. Zira bu teorinin anlamı, her sözleşmenin kurulduğu andaki şartlar aynı şekilde kalmak kaydıyla geçerli olacaktır. Buradan yola çıkılacak olursa, sözleşme kurulduktan sonra şartların önemli surette değişmesi halinde *clausula rebus sic stantibus* uyarınca sözleşme sonra erdirilmelidir. Ancak tarafların iradeleri, sözleşmenin sonra erdirilmesi olmayıp, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması istenmekte ise, bu takdirde sözleşmenin uyarlanması söz konusu olabilir⁵⁹⁰.

Doktrinde hakim durumda olan görüşe göre de *clausula rebus sic stantibus*’un doğal sonucu sözleşmenin sona erdirilmesidir. Ancak sözleşmenin uyarlanması da elbette tercih edilebilir. Bu bakımından sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile sözleşmenin sonra erdirilmesi arasında herhangi bir öncelik sırası bulunmamaktadır. Dolayısıyla İsviçre hukukunda hakim görüş sözleşmenin uyarlanması veya sona erdirilmesi konusunda öncelikli olarak takip edilmesi gereken bir sıranın bulunmadığı yönündedir. Sözleşmenin sona

⁵⁸⁸ Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 89.

⁵⁸⁹ Teichmann, 1990: § 242, Nr. 262; Larenz, 1963: 172; Haarman, 1979: 102; Hohloch, 2004: § 313, Nr. 44; Köhler, 1971: 156; Roth, § 313, Nr. 102. Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile sözleşmeden dönme veya fesih hakkı arasında bir öncelik ilişkisi bulunmadığı konusundaki görüş için Bk.. Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 104.

⁵⁹⁰ Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: Art. 2 ZGB, Nr. 250.

erdirilmesi her ne kadar clausula rebus sic stantibusun doğal bir sonucu olsa da, böyle bir konumda olması öncelikli olarak uygulanmasını gerektirmez⁵⁹¹.

Türk hukukunda doktrinde genel kabul gören görüşe göre ise, öncelikle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması tercih edilmelidir. Bu kapsamda sözleşme kurulduktan sonra şartların önemli surette değişmesi söz konusu olursa, diğer şartların da varlığı halinde öncelikle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanabilip uyarlanamayacağının değerlendirilmesi yapılmalıdır. Eğer sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması mümkün değilse sözleşmenin sona erdirilmesi gerekmektedir⁵⁹².

Ancak belirtmek gerekir ki, sözleşmenin uyarlanması ile sona erdirilmesi arasındaki öncelik-sonralık ilişkisi hiçbir zaman dürüstlük kuralına aykırı düşecek bir sonuç doğurmamalıdır. Zira ileride ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz üzere bizim de katıldığımız görüşe göre, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeye hâkim tarafından müdahale edilmesi, sözleşmedeki riziko boşluğunun hâkim tarafından doldurulması, diğer bir deyişle sözleşmenin hâkim tarafından tamamlanmasından başka bir şey değildir⁵⁹³. Bu durumda sözleşmedeki riziko boşluğu (aynı anlama gelen intibak boşluğu) hakim tarafından dürüstlük kuralına uygun olarak, tarafların menfaatleri arasındaki denge neyi gerektiriyorsa o şekilde hareket edilerek tamamlanır. Bu durumda gerekirse tarafların karşılıklı edimleri arasında bir dengeleme yapılarak uyarlama yapılabileceği gibi gerekirse sözleşme sona da erdirilebilir. Bununla birlikte genel kural sözleşmeyle bağlılık ilkesi olması nedeniyle, tarafların bu yönde bir talepte bulunmasına gerek kalmadan öncelikle sözleşmenin uyarlanması suretiyle ayakta tutulması, bunun mümkün olmadığı hallerde ise sözleşmenin sona erdirilmesi usulü, bizatihi dürüstlük kuralına uygun bir sonuca daha yakındır.

Kanun koyucu ise TBK m. 138 hükmünde sözleşmenin uyarlanmasına öncelik tanımaktadır. Burada açıkça belirtildiği üzere aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin hâkim önünde getirilmesi halinde öncelik sözleşmenin uyarlanması şartlarının araştırılmasıdır. Ancak madde Gerekçe'sinde de belirtildiği üzere, sözleşmenin uyarlanmasının dogmatik temeli dürüstlük kuralıdır. Burada Kanun koyucu, sözleşmenin tamamlanması görüşünden farklı olarak uyarlanmanın dogmatik temelini dürüstlük kuralı olarak tanımlamıştır. Bu bakımdan değerlendirilecek olursak, bu öncelik ilişkisinin çok sıkı şekilde anlaşılmaması gerekir. Zira dürüstlük kuralının sözleşme hukuku alanındaki görünüm şekilleri, tarafların hak

⁵⁹¹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 635 vd; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 353; Baumann, 1998: Art. 2 ZGB, Nr. 460 vd; Gauch vd., 2003: Nr. 1291; Topuz; 2009: 299.

⁵⁹² Kaplan, 1987: 156; Topuz, 2009: 301; Burcuoğlu, 1945: 14; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20, Nr. 9; Eren, 2016a: 441.

⁵⁹³ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 638; Gauch vd., 2003: Nr. 1289; Bischoff, 1983: 55; Kaplan, 1987: 159; Eren, 2016a: 443; Topuz, 2009: 305.

ve borçlarının belirlenmesi, sözleşmenin yorumlanması, tamamlanması ve güven ilişkisi temelinde ortaya çıkar. Dürüstlük kuralı, sözleşmelerin tamamlanmasında ve yorumlanmasındaki hakim ilkelerden olup, borç ilişkisi temelinden çıkmış ise yeni duruma uyarlanması hususunda “düzeltme fonksiyonu” na sahiptir.

TBK m. 138 hükmündeki “(...) borçlu, hâkimden sözleşmenin yeni koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.” ifadesi de bu şekilde anlaşılmalıdır. Kanunun lafzından anlaşıldığı kadarıyla sözleşmenin uyarlanması ile sözleşmenin sona erdirilmesi arasında bir öncelik ilişkisi söz konusudur. Bu kapsamda öncelikli olarak hâkimin araştırması gereken uyarlamanın mümkün olup olmadığı hususudur. Buna karşılık, hâkimin sözleşmeye müdahalesi esnasında dürüstlük kuralı çerçevesinde hareket etmesi gerekir. Bu nedenle tarafların ortak menfaatinin gerektirdiği neyse o sonucu gerçekleştirmeye yönelik davranılması gerekir.

4.2. Sözleşmenin Uyarlanması

4.2.1. Genel Olarak

Gerek Alman hukukunda gerek Türk/İsviçre hukukunda kabul edildiği üzere, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasındaki amaç, meydana gelen olağanüstü durum neticesinde borçludan edimini ifa etmesi beklenebilir hale getirilmesidir. Bu bakımdan sözleşmenin uyarlanmasının kapsamı dürüstlük kuralı ile belirlenir. Nitekim TBK m. 138’in Gereğesinden de açıkça anlaşılabacağı üzere, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının dogmatik temeli olarak işlem temelinin yanında dürüstlük kuralı da sayılmıştır.

MK m. 2/I hükmü, bir yandan hakların kullanılması ve borçların ifa edilmesi sırasındaki davranışların genel sınırını belirlemekte iken, diğer yandan sözleşmeyi uyarlayacak olan hakime de yol gösterir. Eğer sözleşmeden kaynaklanan haklarını kullanan veya borçlarını ifa eden bir tarafın davranışları dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ediyorsa, hakim hak ve borçların bu ilkeye uygun şekilde kullanılmasını sağlamakla yükümlü olacaktır. Bu anlamda her ne kadar Borçlar Hukuku’nda sözleşmeyle bağlılık ilkesi hakim olsa da, dürüstlük kuralı bu ilkenin de üzerinde bulunur. Bu nedenle hakim aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeye müdahale etmeli ve değişen şartlara uyarlamalıdır⁵⁹⁴. Yargıtay’ın da içtihatlarında belirttiği üzere, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmeye dürüstlük kuralı uyarınca müdahale

⁵⁹⁴ Gürsoy, 1950: 89; Erman, 1979: 54 vd; Erzurumluoğlu, 1970: 65; İmre, 1976: 280; Sungurbey, 1974: 123 vd; Edis, 1993: 312 vd; Kaplan, 1987: 113; Akyol, 1995: 83; Burcuoğlu, 1945: 8; Arat, 2006: 80 vd.; Aral, 2006: 371; Kılıçoğlu, 2016: 182.

edilmesi ve borçlunun ediminin uygun ölçülere çekilmesi ve böylece edimler arasındaki denge ilişkisinin düzeltilmesi gerekir⁵⁹⁵.

Burada söz konusu olan, dürüstlük kuralının düzeltici fonksiyonudur. Aynı zamanda sözleşmenin uyarlanması sırasında hakimin yorum faaliyetleri neticesinde tespit etmiş olduğu uyarlama boşluklarını MK m. 1'e göre doldurulması sırasında da MK m. 2/I'deki dürüstlük kuralına uygun olarak hareket etmesi gerekir. Bu da dürüstlük kuralının tamamlayıcı fonksiyonuna işaret etmektedir. Bu bakımdan Yargıtay'ın sözleşmenin uyarlanması sırasında dürüstlük kuralına iki türlü anlam izafe etmesi söz konusudur.

Dürüstlük kuralı bir yandan sözleşmenin uyarlanmasının dogmatik temellerinden birisini oluşturarak düzeltici fonksiyon icra ederken diğer yandan sözleşmedeki boşlukların hakimin koyduğu kurallarla doldurulması sırasında da hakime yol göstererek tamamlayıcı fonksiyonunu icra eder. Doktrinde de haklı olarak savunulduğu üzere dürüstlük kuralı hukuki işlemlerin (ve özellikle de sözleşmelerin) yorumlanması ve tamamlanması sırasında hakime yardımcı olan bir araçtır⁵⁹⁶.

4.2.2. Sözleşmenin Uyarlanmasının Hukuki Niteliği

Yukarıda da açıkladığımız üzere, aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmesel rizikoların gerçekleşmesi söz konusu olur. Eğer sözleşmesel rizikoların gerçekleşmesi halinde sözleşmede aşırı ifa güçlüğüne taraflardan hangisinin katlanacağı hususunda bir düzenleme yapılmamışsa ya da bir uyarlama kaydı koymak suretiyle sözleşmesel risk dağılımına ilişkin düzenlemede bulunulmamışsa, burada bir uyarlama(intibak) boşluğu söz konusu olur. Buradaki uyarlama boşluğunun konusu gerçekleşen rizikoya taraflardan hangisinin katlanacağı hususunda bir düzenleme olmamasıdır. Eğer taraflar uyarlama boşluğunun doldurulması konusunda anlaşamazlarsa, sözleşmenin hakim tarafından uyarlanması suretiyle uyarlama boşlukları doldurulur.

Doktrindeki hakim görüşe göre sözleşmede uyarlama boşluğu olması durumunda MK m. 1 uyarınca hakim tarafından tamamlanmalıdır⁵⁹⁷. Bu kapsamda hakim öncelikle kanunda sözleşmeye uygulanacak nitelikte bir düzenlemenin bulunup bulunmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmalıdır. Eğer somut olaya uygulanabilecek nitelikte bir kanun hükmü bulunursa yani kanunda risk dağılımına ilişkin bir hüküm varsa, bu hükmün uygulanması

⁵⁹⁵ Y. 13. HD, 12.02.1981, E. 1981/137, K. 1981/932, YKD. S. 11, s. 1561 vd; Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425 (Kazancı)

⁵⁹⁶ Merz, 1962: Art. 2 ZGB, Nr. 22 vd, 29 vd.; Deschenaux, 1986: 147 vd; Baumann, 1998: Art. 2 ZGB, Nr. 21 vd; Bischoff, 1983: 39 vd; Honsell, 2002: Art. 2 ZGB, Nr. 12 vd.

⁵⁹⁷ von Tuhr ve Peter, 1979: 52; Keller ve Schöbi, 1988: 137; Oftinger, 1939/40: 92 vd; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 503 vd; Sulzer, 2002: 170; Gauch vd., 2003: Nr. 1248, 1254 vd; Kaplan, 1987: 90;

gerekir. Bu bakımdan sözleşmedeki uyarlama boşluklarının tamamlanması sırasında hakimın ilk aracı tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümleridir. Buna karşılık kanunda somut olaya ilişkin hiçbir tamamlayıcı düzenleme yoksa bu takdirde hakim MK m. 1/II'ye göre somut olaya uygulanacak nitelikteki örf ve adet kuralı bulunup bulunmadığını denetler. Fakat yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, hakimın değerlendirmesi sırasına tespit ettiği tamamlayıcı kanun hükümlerinin uygulanması, somut olaydaki menfaat dengesi açısından olumsuz sonuçlar doğuracak nitelikte ise, bu durumda tamamlayıcı kanun hükümleri uygulanmaz⁵⁹⁸.

Bu doğrultuda hakimın olaya uygulanacak nitelikte bir tamamlayıcı kanun hükmü bulmaması halinde hakim kendi yarattığı hukuka göre sözleşmeyi tamamlayacaktır. İşte burada hakimın sözleşmede bulunan uyarlama boşluklarını dürüstlük kuralları ışığında tamamlaması, kendi yarattığı hukuk kuralları ile sözleşmeyi uyarlamasıdır. Hakimın kendi koyduğu kurallarla hukuk yaratmak suretiyle sözleşmeyi tamamlaması, dolaylı ve doğrudan hukuk yaratma olarak ikiye ayrılır. Hakimın tamamlayıcı yoruma göre tarafların varsayıma dayalı iradelerini tespit etmesi dolaylı hukuk yaratma olarak adlandırılır⁵⁹⁹.

Bu kapsamda hakim dürüst ve makul kişiler olarak sözleşmenin taraflarının, sözleşme kurulduğu sırada tamamlanmayan noktaları düşünmüş olsalardı neyi talep edeceklerine ve ne şekilde kararlaştıracaklarına göre sözleşmeyi tamamlar⁶⁰⁰. Eğer hakimın, tarafların varsayıma dayalı iradelerini tespit edememesi halinde hakim doğrudan hukuk yaratmak suretiyle sözleşmeyi kendi koyduğu kurallarla doğrudan uyarlar⁶⁰¹.

Sözleşmenin uyarlanması konusunda hakimın uyarlama boşluklarını doldururken öncelikle tamamlayıcı kanun hükümlerine başvurulması, daha sonra tamamlayıcı yorumun kullanılması hususu doktrindeki hakim konumunda iken, diğer bir görüşe göre ise, tamamlayıcı yoruma öncelik tanınmalı ve hakim öncelikle tarafların varsayıma dayalı iradelerini tespit etmelidir⁶⁰².

Esasen hakim sözleşmeyi uyarlarken dürüstlük kuralları çerçevesinde uyarlama yapmalı ve somut olayın özellikleri, özellikle taraflar arasındaki menfaat dengesi göz önünde tutularak sözleşmedeki uyarlama boşluklarını doldurmalıdır. Bu nedenle, hakimın sözleşmeyi uyarlarken sadece somut olayın özelliklerinden ve sözleşmenin içeriğinden değil, aynı zamanda tarafların varsayıma dayalı iradelerini de tespit etmesini savunan görüşün haklılık payı vardır. Nitekim sözleşmenin uyarlanması sırasında hakimın tarafların varsayıma dayalı

⁵⁹⁸ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 515 vd; Gauch vd., 2003: Nr. 1255; Kaplan, 1987: 90 vd.

⁵⁹⁹ Oftinger, 1939/40: 92; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 498; Bischoff, 1983: 66; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 238 vd.

⁶⁰⁰ Gauch vd., 2003: Nr. 1257; Schwenzler, Nr. 35; Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 76 vd.

⁶⁰¹ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 526 vd; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 227 vd; Wiegand, 1996: Art. 18 OR, Nr. 84.

⁶⁰² Merz, 1962: Art. 2 ZGB, Nr. 138; Deschenaux, 1986: 172 vd; Bischoff, 1983: 64.

iradelerini tespit etmesi sırasında, somut olayda tarafların gerçekleşen rizikolara dair bilgi sahibi olmaları halinde bu konudaki risk dağılımını nasıl düzenleyecekleri hususu açıklık kazanır ve uyarılma da buna göre yapılır. Hakimin, tarafların varsayımsal iradeleri rizikoya hangi tarafın katlanacağını gösteriyorsa, ona göre uyarılma yapması gerekir⁶⁰³.

Buna karşılık, bu görüşü kabul edebilmek için, hakimin somut olayda tarafların varsayımsal iradelerini tespit edebilmesi gerekir. Ancak tarafların varsayımsal iradelerinin ortaya çıkarılması için somut emarelere ve sağlam dayanak noktalarına ihtiyaç vardır ki bu her zaman mevcut olmayabilir. Buna karşılık, hakimin farazi iradeleri tespit edecek emareler ve dayanaklar bulunmamasına rağmen zoraki olarak varsayımsal irade tespit etmeye çalışması, “farazi irade çıkarması” anlamına gelir. Bu durumda ortada tarafların varsayımsal iradesi değil, hakimin farazi iradesi söz konusu olur⁶⁰⁴. Bu nedenle hakimin muhakkak tarafların varsayımsal iradelerini tespit etme zorunluluğu olduğu kabul edilemez.

Bu nedenle sözleşmenin hakim tarafından uyarlanması bakımından Türk/İsviçre hukukunda bizim de katıldığımız görüş uyarınca sözleşmenin uyarlanması sırasında hakim, hukuk yaratırken koyduğu kurallar gibi kendi kurallarını koyarak sözleşmeyi uyarlamalıdır. Buna göre dürüst, makul ve orta zekaya sahip kişilerin, alışlagelmiş değerler ölçüsüne göre benzeri durumlarda hangi şartlarda anlaşacaklarsa, neyi kararlaştıracaklarsa buna göre uyarılma yapılmalıdır⁶⁰⁵. Keza sözleşme uyarlanırken hakimin edimler arasındaki denge ilişkisini düzeltmek yerine bu dengeyi etkisiz kılacak şekilde karar vermesi gerekir.

Özellikle sözleşmede yüklenilen edimleri tamamen başka bir anlam verilecek hale getirmek suretiyle bir tarafa beklenmedik bir şekilde yarar sağlanması doğru olmayacaktır. Rizikonun tamamen bir tarafa yükletilmesi hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir⁶⁰⁶. Bu nedenle somut olaydaki taraflar arasında oluşturulması gereken menfaat dengesi önem taşır. Hakimin sözleşmenin uyarlanmasına karar vermesi halinde ise, genel olarak borçlunun sözleşmede kararlaştırılan edim yükümlülüğünü azaltabilir ya da artırabilir.

4.2.3. Hakimin Uyarılma Boşluklarını Doldurmak Suretiyle Sözleşmeyi Değişen Şartlara Uyarlaması

Türk/İsviçre doktrininde hakim görüş olarak kabul edildiği üzere, sözleşmede değişen koşullara ilişkin bir uyarılma kaydı bulunmuyorsa ve sözleşmenin yorumlanmasıyla da böyle

⁶⁰³ Medicus, Nr. 879; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR, Nr. 651; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 358.

⁶⁰⁴ Bischoff, 1983: 235.

⁶⁰⁵ Bischoff, 1983: 235.

⁶⁰⁶ Grüneberg ve Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 89; Fikentscher ve Heinemann, 2006: Nr. 241; Y. HGK 01.07.1992, E. 1992/ 13-360, K. 1992/ 425(Kazancı)

bir kaydın varlığını tespit etmek mümkün değilse, sözleşmede bir boşluk var demektir. Bu tür boşluklar doktrinde "uyarlama boşluğu" veya "riziko boşluğu" ya da "intibak boşluğu" olarak ifade edilir⁶⁰⁷.

Özellikle TBK m. 138 uyarınca aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olabilmesi için, borçludan edimin talep edilmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturması aranır. Burada dürüstlük kuralı uyarınca ifanın beklenemez olmasının tespitinde ise yasal ve sözleşmesel risk dağılımına göre riskin taraflardan birinin üzerine yükletilmemiş olması gerekir. İşte bu gibi hallerde TBK m. 138'in uygulama alanı bulması için, sözleşmede bir uyarlama boşluğu bulunması gerekir. Bazen de sözleşmede bir uyarlama kaydı bulunmakla beraber, somut olaya çözüm getirebilecek nitelikte değildir. Bu tür kayıtlar da geniş anlamda bir "uyarlama boşluğu" olduğu kabul edilir. Uyarlama boşluğunun zaman bakımından, şartların değişmesiyle meydana geldiğinden "sonradan doğmuş bir sözleşme boşluğu" olduğu ileri sürülmüştür⁶⁰⁸.

Sözleşmede bir uyarlama boşluğu olduğu halde, talep edilmesi halinde hâkim, sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamak zorundadır. Doktrinde kabul edildiği üzere, "hâkimin sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması" hâkimin sözleşmeyi tamamlamasının özel bir görünüm türüdür. Nitekim sözleşme boşluğu kavramı geniş olarak ele alındığında uyarlama boşluğu kavramını da kapsar. Sözleşmenin tamamlanması ile değişen şartlara uyarlanması, bu bakımdan aynı kavramın aralarında önemli benzerlikler bulunan farklı görünümleri olarak açıklanmıştır. Nitekim bu görüşe göre, hâkim her iki halde de sözleşmede oluşan boşluğu tamamlarken aynı araçlardan faydalanır; tarafların farazi ortak iradelerini, sözleşmenin niteliğini, kanunun tamamlayıcı hükümlerini ve elbette dürüstlük kuralını dikkate alır⁶⁰⁹.

4.2.4. Hakimin Sözleşmeyi Uyarlarken Kullanacağı Araçlar

4.2.4.1. Sözleşmenin Uyarlanması ile Tamamlayıcı Yorum Arasındaki İlişki

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için yasal risk dağılımının yanında kanuni risk dağılımına ilişkin bir hükmün de bulunmaması gerekir. Aşırı ifa güçlüğü halinde eğer

⁶⁰⁷ Kaplan, 1987: 129 -130; Eren, 2016a: 440-441; Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 N. 593; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 297, Nr. 322; Wiegand, 1996: OR Art. 18 Nr. 116; Gauch vd., 2003: Nr. 1293; Yargıtay da bazı kararlarında uyarlama boşluğu görüşünü kabul etmiştir. YHGK 15.10.2003 E.2003/13-599 K. 2003/599 "Değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde, taraflar bu haller için bir tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır. Bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur (MK m. 1) Bu yönteme sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi yahut değişen şartlara uyarlanması denilir." (Kazancı); Aynı yönde bir başka karar için, bk.. Yarg. 14. HD. 06.07.2006, YKD, Nisan, 2007, C. 33, N. 4, s. 698-701.

⁶⁰⁸ Kaplan, 1987: 130; Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 Nr. 580.

⁶⁰⁹ Kaplan, 1987: 156 vd; Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 Nr. 651; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 N. 326; Gauch vd., 2003: Nr. 1294.

sözleşmedeki değişikliğe uygulanacak nitelikte bir kanun hükmü bulunmuyorsa, diğer bir deyişle kanuni uyarlama hükümleri mevcut değilse, bu hallerde doğan uyarlama boşluğu aynı zamanda bir kanun boşluğu olarak da görülebilir ve hâkim MK m.1'e göre kanun koyucu gibi hareket edip kendisi hukuk yaratarak hem kanun boşluğunu, hem de uyarlama boşluğunu doldurur. Bu kapsamda hakim, kanunda herhangi bir hüküm bulunmadığını iddia ederek önündeki uyarlamaya ilişkin meseleyi çözmekten kaçınamaz. Hâkimin MK m.1'e göre kanun koyucu gibi hareket etmesi, esasen tamamlayıcı yorum getirmesinden farklıdır. Zira hâkim kanun koyucu gibi hareket ederken çok daha geniş kapsamlı bir değerlendirmeye ihtiyaç duyar.

Uyarlama boşluklarını tamamlarken önce tarafların sözleşmede amaçladıkları menfaatleri ve karşılıklı çıkarlarını tespit etmek durumundadır. Bu çıkarları tespit ederken ahlaki, ekonomik ve toplumsal verileri de dikkate almalıdır. Bütün bu etkenler üzerinde düşünürken somut olaydaki özel çıkarları değil, soyut, genel ve tipik olguları göz önünde tutarak çıkarları tespit etmelidir⁶¹⁰. Kuşkusuz burada işlem temeli haline gelen sözleşme rizikoları büyük önem taşır. Bu bakımdan hakim sözleşmeyi uyarlarken tarafların karşılıklı menfaatlerini göz ardı etmemeli fakat bunu değerlendirirken de dürüstlük kuralını göz ardı etmemelidir.

Hâkimin tespit edeceği menfaatler, hukuka ve adalete uygun olmalıdır. Hâkim burada iki ölçüyü dikkate almalıdır; birincisi ekonomik ölçüdür, uyarlama ile varılacak sonuç, ekonomik hayatın ihtiyaçlarına uygun düşmelidir. Öbürü de başta dürüstlük kuralı olmak üzere hukuki ölçülere uygun olarak adil ve hakkaniyetli bir karar verilmesidir⁶¹¹.

Sözleşmeyi değişen şartlara uyarlarken kanun koyucu gibi hareket eden hâkim bunlarla da yetinmemelidir. Hukuki güvenliği gözetmeli, yürürlükteki hükümleri de dikkate almalıdır. Hukuki güvenlik ile kastedilen şey, uyarlama sonucunda verilen hükmün sonucunda ortaya çıkan durumun somut olaya kolayca uygulanabilir olmasıdır⁶¹². Nitekim değişen şartlar nedeniyle sözleşmenin bu şartlara göre uyarlanması, yukarıda da izah ettiğimiz üzere sözleşmeyle bağlılık ilkesinin istisnasını teşkil eder. Bu kapsamda hakim işlem güvenliği ilkesini de göz ardı edemez.

Hâkim hukuk yaratırken kazuistik yöntemlerden kaçınmalı, sadece önündeki somut olaya ilişkin değil, benzer özellikleri taşıyan bütün olaylara uygulanabilecek genel ve soyut

⁶¹⁰Meier-Hayoz, 1951: 76 vd; Meier-Hayoz, 1966: Art. 1 Nr. 320; Deschenaux, 1986: 102; Serozan, 2004a: 110; Akyol, 2006: 283 vd; Dural ve Sarı, 2017: 115; Egger, ZGB. Art. 1 Nr. 36; Honsell, 2002: ZGB Art. 1 Nr. 34.

⁶¹¹Huber, 1972: 387. Serozan, 2004a:110; İmre, 1976: 189; Özsunay, 1986: 205 vd; Dural ve Sarı, 2017: 115; Akyol, 2006: 289; Larenz, 1991: 421 vd.

⁶¹² Meier-Hayoz, 1951: 82; Özsunay, 1986: 206; İmre, 1976: 191; Dural ve Sarı, 2017: 115; Kramer ve Schmidlin (Meier-Hayoz), 1986: ZGB Art. 1 Nr. 332 vd.; Akyol, 2006: 285.

bir düzenleme getirmelidir. Hâkim kanun koyucu gibi hareket ederken içtihatlar ile doktrinden de faydalanabilir. Fakat bu kaynaklara bağlı kalmak zorunda değildir⁶¹³.

Bazı hallerde hâkimin sözleşmeyi uyarlamak için, tıpkı sözleşmenin tamamlanmasında olduğu gibi, tamamlayıcı bir yorumla bireysel, özel bir çözüm getirmesi de gerekebilir. Bu durumda hâkim genel, soyut bir çözüm değil, tam tersine sadece önündeki somut sorunu çözmeye yönelik bir yaklaşım benimsemelidir.

Kanun hükümleri belirli bir hukuki yaklaşımın ürünüdür. Kanun boşluğunu tamamlayan hâkimin, yukarıda açıkladığımız birçok başka unsurun yanında bu tutumu da mutlaka dikkate alması gerekir. Oysa sözleşme hükümleri kanunlar gibi genel bir hukuki yaklaşımın ürünü değildir; bunların, tam tersine, genel yaklaşımlardan farklı, bölünmüş bir yapısı vardır. Çünkü sözleşmeler bir müzakere süreci içerisinde oluşur. Bu müzakerelerde taraflar kimi noktalarda belli menfaatler elde edebilmek için başka hususlardan ödün verebilirler. Bu bakımdan, kanun koyucunun tersine, sözleşme taraflarının genel bir tavrı olmayabilir. Tamamlayıcı yorum getiren hâkimin sözleşmenin işte bu bireysel yapısını mutlaka göz önünde bulundurması gerekir⁶¹⁴.

Örneğin yukarıda izah edilen çavdar kaydı örneğinde de durum bu şekildedir. Nitekim söz konusu olayda taraflar üst hakkına ilişkin sözleşmede, sözleşmedeki ücretin artış oranı olarak çavdar fiyatlarındaki artışı baz almışlardır. Ancak sözleşme kurulduktan sonra hükümetin aldığı karar ile çavdar fiyatları sabitlenmiştir. Burada hakimın tarafların gerçek iradelerini araştırması halinde varacağı sonuç, sözleşmedeki artış oranının çavdar fiyatına bağlanmış olduğudur. Ancak somut olayda bu şekilde tarafların gerçek iradesinin araştırılması hakkaniyetli bir çözüme ulaştıramaz. Bu gibi hallerde hakimın tarafların farazi iradelerini araştırması gerekir. Tarafların farazi iradeleri ise, sözleşmede belirlenen ücretin, paranın değerindeki düşmenin zararlarını önlemek için bir artış oranı belirlemeleridir. Bu takdirde tamamlayıcı yorum uyarınca tarafların farazi iradeleri, eğer çavdar fiyatlarının sabitleneceğini tarafların öngörmesi halinde, dürüstlük kuralı ve iş çevresindeki genel anlayışa göre hangi şekilde artış oranını belirleyeceklerse ona göre karar verilmesi gerekir.

Nihayet tamamlayıcı yorum getirilmesi hususunun MK m.4'e göre hâkimin takdir yetkisini kullanmasından da farklı olduğunu belirtmek gerekir. MK m.4 uyarınca "Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir." Takdir yetkisinin söz

⁶¹³ Kramer ve Schmidlin (Meier-Hayoz), 1986: ZGB Art. 1 Nr. 317; Dural ve Sarı, 2017: 115; İmre, 187-188; Özsunay, 1986: 210; Honsell, 2002: ZGB Art. 1 Nr. 36; Meier-Hayoz, 1951: 96 vd; Kramer ve Schmidlin (Meier-Hayoz), 1986: ZGB Art. 1 Nr. 340; Akyol, 2006: 295.

⁶¹⁴ Larenz, 1991: 301.

konusu olduğu hallerde kanunda genel itibariyle yer alan bir kuralın uygulanması hâkime bırakılmıştır.

Hâkimin takdir yetkisi genel olarak hüküm içi boşluklarda söz konusu olur. Hâkime takdir yetkisi bizzat kanun kuralı ile verilir⁶¹⁵. Hâkime takdir yetkisi verildiği, kanunun sözünden açıkça anlaşılabileceği gibi, "haklı sebepler", "uygun miktarda", "gerekli önlemler", "somut olayın şartları" gibi ifadeler kullanıldığında da söz konusu olabilir. Hâkim bu yetkisini kullanırken de "hukuka ve hakkaniyete" göre karar verir. Hakkaniyet, adaletin bireyselleşmiş ve somut biçimi olarak karşımıza çıkar. MK m.4'e göre hâkimin takdir yetkisini hakkaniyete uygun olarak kullanması somut olayın bütün şartlarını dikkate alması demektir. Bu bakımdan adalete uygun bir çözüm bulunması için somut olaya ilişkin bir yöntem uygulanması gerekir⁶¹⁶.

Tamamlayıcı yorumda olduğu gibi hâkim takdir yetkisini kullanırken de, somut olayın bütün şartlarını dikkate alarak bir objektifleştirme faaliyetine yönelir. Bu açıdan her iki kurumun da benzeri tarafları vardır. Ama aralarındaki en önemli fark, tamamlayıcı yorumun esasını farazi ortak iradenin teşkil etmesidir. Farazi ortak iradeyi tespit ederken hâkim, tarafların boşluk olan sorun hakkında sözleşmenin başında düşünselerdi nasıl bir düzenleme getireceklerini araştırır. Oysa takdir yetkisinin "farazi ortak iradenin araştırılması ile hiçbir ilgisi yoktur. Bu bakımdan, tamamlayıcı yorumun sözleşme boşluklarını tamamlamaya yönelik olmasına karşılık, hâkimin takdir yetkisini kullanması hüküm içi boşluklarda söz konusu olur.

Nitekim yukarıdaki çavdar kaydı örneğinde olduğu gibi, çavdar fiyatlarının sabitlenmesi halinde sözleşmeye değer artış oranı olarak konulan uyarılama kaydı amaca hizmet edemez hale gelir. Zamanla da sözleşmenin ücreti para değerindeki azalma nedeniyle sembolik bir hale gelebilir. Bu durumda mağdur olan tarafın sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmesi halinde, hakimin takdir yetkisi, ancak dürüstlük kuralına ve iş çevresindeki genel anlayışa göre tarafların hangi oranı belirleyecek olduklarına ilişkin farazi iradeleri tespit edilirken devreye giremez.

⁶¹⁵ İmre, 1976: 195 vd; Özsunay, 1986: 221 vd; Dural ve Sarı, 2017: 106 vd; Akyol, 2006: 335 vd.

⁶¹⁶ Akyol, 2006: 335;” Uyarılama davasında uygulanması gereken kurallar, yukarıda belirtildiği şekilde tek tek ortaya konmalı ve konularında uzman üç kişilik bilirkişi kurulu tarafından uyarılama için öngörülen kuralların gerçekleşip gerçekleşmediği tüm veriler dikkate alınarak incelenmelidir”. Bk.. Yarg. 6. HD, 16.04.2014, 2013/16004 E. , 2014/7865 K.

4.2.4.2. Hakimin Tamamlayıcı Yorum Getirerek Sözleşmeyi Uyarlaması

4.2.4.2.1. Alman Hukukunda Tamamlayıcı Yorumla Uyarlama

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, Alman hukukunda BGB § 157 hükmünde düzenlenir. Alman hukuku bakımından sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun konusu da, açıklayıcı yorumun konusu gibi, tarafların irade açıklamalarıdır. Buna karşılık, sözleşmenin açıklayıcı yorumunun fonksiyonu genel itibariyle sözleşmenin kurulduğu zamandaki tarafların gerçek iradelerinin belirlenmesi iken, tamamlayıcı yorumun fonksiyonu ise, yorumlamanın yapıldığı zamandaki hal ve şartlara göre belirlenen tarafların farazi (varsayıma dayalı) iradelerinden hareketle sözleşme boşluklarının doldurulmasıdır⁶¹⁷. Bu bakımdan tamamlayıcı yorum getirmek suretiyle hakimin sözleşme boşluklarını doldurması sırasında tarafların gerçek iradelerinin tespitine gerek yoktur. burada tarafların farazi iradeleri tespit edilir, sözleşme boşlukları ve konumuz itibariyle uyarlama boşlukları tarafların farazi iradelerine göre doldurulur.

Burada şu hususun göz ardı edilmemesi gerekir. Eğer tarafların gerçek iradeleri herhangi bir şekilde açıkça tespit edilebilir durumdaysa, farazi iradelerinin araştırılması söz konusu olmaz; tarafların gerçek ve ortak iradeleri kapsamında değerlendirilme yapılır. Diğer bir deyişle, sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun söz konusu olabilmesi için, tarafların gerçek iradelerinin belirlenemez durumda olması gerekir. Bu bakımdan sözleşmenin tamamlayıcı yorumu, açıklayıcı yorum getirmek suretiyle tarafların gerçek iradelerinin belirlenememesi halinde alternatif olarak devreye girecek bir yorum türü değildir. Gerçek iradenin belirlenemez olması, farazi iradeye dayanarak sözleşme boşluğunun doldurulması için bir ön koşul olarak değerlendirilir⁶¹⁸.

Sözleşme boşluğunun tarafların farazi iradelerine göre doldurulmasında, BGB §§ 157 ve 242 hükümleri birlikte değerlendirilir. Bu kapsamda iş çevresindeki olağan anlayışlar ve dürüstlük kuralı dikkate alınır. Bu bakımdan tarafların farazi iradelerinin tespiti bakımından objektif bir ölçüt getirilmiştir. Bu bakımdan hakim tarafların farazi iradelerini belirlerken, sözleşmenin her iki tarafı eğer sözleşme boşluğunu düşünmüş olsalardı iş çevresindeki genel anlayış ve dürüstlük kuralı ölçütüne göre ve her iki tarafın karşılıklı menfaatlerine göre neyi kararlaştıracaklarsa, sözleşme boşluğu ona göre doldurulur⁶¹⁹. Tamamlayıcı yoruma ilişkin

⁶¹⁷Köhler, 1971: 134; Flume, 1979: 321 vd; Lembke, 1991: 115 vd; Mayer-Maly ve Busche, 2001: § 157 BGB, Nr. 39; Muthers vd., 2002: 97 vd; Nauen, 2001: 344 vd; Mayer-Maly ve Busche, 2001: § 157 BGB, Nr. 27 vd; Heinrichs, 2004: § 157 BGB, Nr. 3; Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 108 vd.

⁶¹⁸ Flume, 1979: 322; Chiotellis, 1981: 28 vd; Muthers vd., 2002: 98; Medicus, 2002: Nr. 343; Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 108, 119.

⁶¹⁹ Köhler, 1971: 136; Flume, 1979: 321 vd; Chiotellis, 1981: 28 vd; Lembke, 1991: 118; Mayer-Maly ve Busche, 2001: § 157 BGB, Nr. 39; Muthers vd., 2002: 98; Nauen, s. 345; Medicus, Nr. 343; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 131; Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 113.

getirilen bu objektif ölçütler aşırı ifa güçlüğü halinde işlem temelinin çökmesi hallerine uygulanırken de, tarafların eğer işlem temeli haline gelen sözleşme rizikolarının gerçekleşeceğini bilselerdi ne şekilde düzenleme yapacaklarsa, meydana gelecek rizikoyu ne şekilde paylaşacaklarsa, buna göre uyarlama boşlukları doldurulacaktır. Hakim uyarlama boşluklarını doldururken işlem temeli haline gelen rizikoların tahmin edilmesi halinde tarafların risk dağılımını ne şekilde gerçekleştirecek olacakları hususunu dürüstlük kuralı ve iş çevresindeki genel anlayışlardan hareket ederek objektif olarak belirler⁶²⁰.

Sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile tarafların farazi iradelerinin tespit edilmesi konusunda sözleşmede yer alan uyarlama kayıtlarının durumunun ne olacağı da tartışmalı bir husustur. Bu kapsamda sözleşmede düzenlenen olumlu ve olumsuz uyarlama kayıtları, genel olarak düzenlenmiş olmaları halinde (genel uyarlama kayıtları) somut olayda uyarlama amacına hizmet etmeyebilir. Bu bakımdan öncelikle incelenmesi gereken husus, uyarlama amacına hizmet etmeyen ve somut olaya uygulanma imkanı olmayan uyarlama kayıtlarının nasıl yorumlanacağı hususu incelenmelidir.

Somut olayda uyarlama amacına hizmet etmeyen uyarlama kayıtlarında taraflar, işlem temeli haline gelen sözleşmesel rizikolarına ilişkin olarak bir uyarlama kaydına yer verirler ve meydana gelen rizikolara taraflardan hangisinin ne oranda katlanacağını belirlerler. Buna karşılık, söz konusu uyarlama kayıtları, tarafların amaçladıkları fonksiyona hizmet edemez; işlem temelinin çökmesi halinde rizikonun nasıl dağıtılacağına ilişkin bir fonksiyon icra edemez. Eğer tarafların düzenlemiş oldukları uyarlama kayıtları artık uyarlama amacına hizmet edemeyecek hale gelmiş ise bu durumda rizikonun nasıl dağıtılacağına ilişkin gerçek bir düzenlemenin varlığından da bahsedilemez. Bu nedenle ortada bir sözleşme boşluğu söz konusu olacaktır.

Gerçekten de bazı hallerde uyarlama kayıtları, sonradan gelişen olayların neticesinde artık amaca hizmet edemez hale gelmiş olabilir. Bu konuda Alman hukukunda önemli tartışmalara yol açan Alman Federal Mahkemesi'nin 1981 tarihli içtihadı bu konunun önemli bir örneğidir. Çavdar kaydı (Roggenklausel)⁶²¹ olarak tarihe geçen bu olayda, taraflar, 1958 yılında 99 yıllığına bir üst hakkı sözleşmesi düzenlemişlerdir. Buna göre, üst hakkının metrekaresi fiyatı olarak her yıl ödenecek olan üst hakkı ücreti, 750 gram çavdarın her yıl için belirlenen piyasa fiyatı oranında artırılabilecektir. Bu bakımdan sözleşmede düzenlenen artış oranı 750 gram çavdarın yıllık piyasa fiyatı oranı temel alınarak düzenlenmiştir. Buna karşılık sözleşme kurulduktan sonra hükümetin aldığı bir karar ile çavdar fiyatları sabitlenmiştir. Bu açıdan sözleşmede kararlaştırılan artış oranına ilişkin düzenleme uygulanamaz hale gelmiş,

⁶²⁰ Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 113.

⁶²¹ Roggenklausel-Fall: BGH 03.07.1981, BGHZ 81, 135 (143).

sözleşme artış oranı olmaksızın devam etmek zorunda kalmıştır. Ancak üst hakkı sahibi açısından, geçim masrafları ise günden güne artış göstermiş ve neticesinde geçim masrafları çavdar fiyatının altında kalmıştır. Bu nedenle sözleşmede üst hakkı ücreti ve artış oranı, üst hakkı sahibi tarafından uyarlanması talep edilmiştir.

Alman Federal Mahkemesi yapmış olduğu incelemede öncelikle açıklayıcı yorumdan hareket etmiş ve tarafların gerçek ve ortak iradelerini belirleme yoluna gitmiştir. Bu kapsamda belirlenen husus tarafların gerçek iradelerinin, üst hakkı ücretinin artış oranı olarak çavdar fiyatının belirlendiğidir. Nitekim sözleşmenin açıklayıcı yorumuna göre taraflar bu olayda sözleşmede “çavdar kaydı”na yer vererek sözleşmenin ücretinin çavdar fiyatlarındaki değişikliklere göre uyarlanacağı yönündeki iradelerini açıkça ortaya koymuşlardır. Dolayısıyla, burada tarafların gerçek iradeleri sözleşmenin uyarlanmasının çavdar kaydı esas alınarak yapılacağı yönündedir. Ancak fiyat artış oranı olarak belirlenen uyarlama kaydı, yani çavdar kaydı, uyarlama bakımından uygun değildir. Bu kayda göre hareket edilecek olursa sözleşmede bir fiyat artışı mümkün olmayacak zira çavdar fiyatları hükümetin aldığı karar neticesinde sabitlenmiştir.

Taraflar sözleşmede fiyat artış oranı olarak çavdar kaydını düzenlemekle beraber çavdar fiyatlarının artış oranında olumlu veya olumsuz herhangi bir değişiklik olması halinde sonucun ne olacağına ilişkin bir düzenleme de yapmamışlardır. Bu durumda sonradan meydana gelen değişiklik neticesinde sözleşmede edimler arasındaki denge ilişkisinin aşırı orada bozulması halinde ortaya çıkan bu rizikoya taraflardan hangisinin katlanacağı hususunda bir düzenleme de yoktur. Bu açıdan bakacak olursak ortada bir sözleşme boşluğu söz konusu olacaktır.

İşlem temelinin çökmesine ilişkin sözleşme boşluğu, BGB § 157 ve 242 hükmü birlikte değerlendirilerek tarafların farazi iradelerine dayanan sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla doldurulmalıdır. Yukarıdaki çavdar kaydı olayında da iş çevresindeki olağan anlayış ve dürüstlük kuralı birlikte değerlendirilerek tarafların farazi iradelerini tespit edecek olursak,

Tarafların paranın değer kaybından doğacak zararların giderilmesi amacıyla fiyat artış oranı olarak çavdar fiyatındaki artışı temel almışlardır. Diğer bir deyişle tarafların her halükarda sözleşmenin ücretinde çavdar fiyatının esas alınacağına dair iradeleri mevcut olamaz. Sadece paranın değer kaybetmesinden kaynaklanacak zararları önlemek amacıyla sözleşmeye konan uyarlama kaydına çavdar fiyatını esas almışlardır. Ancak çavdar fiyatlarının sabitlenmesi sonucunda bu kayıt paranın değer kaybetmesinden doğan zararları önleyememektedir. Bu durumda yapılması gereken tarafların farazi iradeleri iş çevresindeki

olağan anlayış ve dürüstlük kuralına göre belirlenerek, tarafların çavdar fiyatının sabitleneceğini bilselerdi, fiyat artışına esas almak üzere ne tür bir uyarlama kaydını kararlaştıracaklarını tespit etmek suretiyle sözleşmedeki uyarlama boşluğu doldurulması ve bu kayıt temel alınarak sözleşmenin uyarlanmasıdır⁶²².

Bu olayda mahkeme vermiş olduğu kararında sözleşmenin uyarlanması için öncelikle tarafların farazi iradelerini tespit ederek, farazi iradenin paranın değer kaybından doğan zararların giderilmesi olduğu sonucuna varmıştır. Buna karşılık sözleşmedeki uyarlama kaydı artık amaca hizmet etmeyen bir kayıt olduğu için, sonradan meydana gelen değişikliğe göre de risk dağılımına ilişkin bir düzenleme olmadığından dolayı bir sözleşme boşluğu olduğunu kabul etmiştir. Bu bakımdan sözleşmenin uyarlanmasında temel alınacak olan oranı, eğer taraflar uyarlama kaydının amaca hizmet etmeyeceğini bilselerdi yapacak oldukları uyarlama kaydına esas olan oran olarak belirlemiştir.

Tarafların yapmış oldukları sözleşmede risk dağılımına ilişkin getirdikleri uyarlama kayıtları bazı hallerde de genel uyarlama kayıtları olarak ortaya çıkabilir. Bu durumda amaca hizmet etmeyen uyarlama kayıtları her zaman yukarıda izah edilen çavdar kaydı olayında olduğu gibi açıkça belirlenebilir olmayabilir. Esasen genel uyarlama kayıtlarının düzenlendiği hallerde, sonradan meydana gelen değişiklikler neticesinde işlem temelinin çökmesi halinde uyarlama kayıtlarının ne şekilde yorumlanacağı oldukça zordur.

Tarafların yaptıkları uyarlama kayıtları işlem temeli haline gelen sözleşme rizikolarına ilişkin açık ve net şekilde düzenleme içerebilir. Örneğin “savaş çıkması halinde sözleşme sona erdirilecektir” veya “ithalat ve ihracat kotası konması halinde sözleşme uyarlanacaktır” şeklinde düzenleme yapılabilir. Bazı hallerde ise, hem ortaya çıkacak sözleşme rizikoları hem de bunun sonuçları açıkça düzenleme konusu yapılabilir. Örneğin “ekonomik kriz durumunda sözleşme yeniden müzakere edilecek ve değişen şartlara uyarlanacaktır” şeklinde düzenleme yapmak suretiyle hem uyarlama kaydı hem de yeniden müzakere yükümlülüğü bir arada getirilebilir.

Genel uyarlama kayıtlarında ise işlem temeli haline gelen sözleşme rizikoları açıkça düzenlenmez. Bu durumlarda genel bir şekilde “şartlar sonradan değişirse sözleşme uyarlanacaktır” gibi ifadeler yer verilir. Dolayısıyla genel uyarlama kayıtlarında bu kayıtların kapsamı somut ve net değildir.

Gerçi genel uyarlama kayıtlarının kararlaştırıldığı hallerde, sözleşmenin uyarlanması gerektiği kararlaştırılır. Diğer bir deyişle tarafların iradesi, şartların sonradan değişmesi halinde sözleşmenin mevcut şekilde kalmayacağına ve uyarlanacağına yöneliktir. Dolayısıyla

⁶²² BGH 03.07.1981, BGHZ 81, 135 vd.

aşırı ifa güçlüğü gibi işlem temelinin çökmesi hallerinde taraflar meydana gelen durum değişikliğine, bu değişiklikten dolayı mağdur olan tarafın katlanacağını değil, rizikonun taraflar arasında dağıtılacağı kararlaştırılır. Ancak burada sorun teşkil eden husus, “şartların değişmesi” veya “ekonomik koşulların değişmesi” tabirinden ne anlaşılması gerektiğidir.

Eğer tarafların iradesi, sözleşmenin kurulması anından farklılık gösteren her türlü hal ve şartta sözleşmenin uyarlanacağı yönündedir dersek, sözleşmenin uyarlanması hemen hemen kaçınılmazdır. Zira ekonomik şartlarda her zaman belirli bir değişiklik olur. Eğer burada kastedilen taraflardan birisinin perişan hale gelmesine yol açan bir değişikliktir dersek ya da ekonomik koşullardaki değişikliği bir kriz ortamına bağlarsak bu durumda da uyarlama imkanı önemli ölçüde daraltılacaktır. Kaldı ki, bu tür uyarlama kayıtlarında uyarlamanın ne şekilde olacağı ve işlem temeli haline gelen rizikoların taraflar arasında ne şekilde dağıtılacağı hususuna da açıklık getiremez. Dolayısıyla bu tür genel uyarlama kayıtlarında hem uyarlama kaydının kapsamı yani hangi değişiklikler halinde uyarlama yapılacağı, hem de riskin ne şekilde dağıtılacağı hususunda bir sözleşme boşluğu söz konusu olacaktır⁶²³. Söz konusu boşluğun tarafların farazi iradeleri dikkate alınarak doldurulması gerekir.

Genel uyarlama kayıtları içeren sözleşmelerin tamamlayıcı yorumunda, tümüyle olağanüstü olayların gerçekleşmesi halinde, gerçekleşen rizikoya taraflardan sadece birisinin katlanacağına karar verilerek tamamlanmaması gerekir.

Diğer bir deyişle tarafların farazi iradelerinin, sözleşmenin tamamen olağanüstü ve öngörülemez durum değişiklikleri halinde uyarlanacağı yönünde ise, işlem temeli haline gelen rizikolar bu kapsamda belirlenmelidir. Burada tarafların olağanüstü değişiklikleri somut olay bakımından gerçekten öngörmüşlerse, uyarlamanın kapsamı buna göre belirlenmelidir. Ancak bu hallerin gerçekleşmesi halinde tarafların farazi iradeleri, meydana gelen değişiklikten dolayı mağdur olan tarafa değil de sözleşmenin diğer tarafının rizikoya katlanacağı şeklinde yorumlanamaz. Burada tarafların amacı olağanüstü durum değişikliği halinde karşılıklı menfaatler ve dürüstlük kuralı çerçevesinde edimler arasındaki denge ilişkisinin düzeltilmesidir⁶²⁴.

Eğer işlem temeli haline gelen sözleşme rizikolarının belirlenmesinde tarafların tamamıyla olağanüstü durum değişiklikleri halinde uyarlama yapılacağına yönelik iradeleri yeterince açık değilse, bu durumda iş çevresindeki anlayışa ve dürüstlük kuralına göre genel durum değişiklikleri olarak tanımlanan durumlarda da uyarlamaya imkan verdikleri kabul edilmelidir. Burada işlem temelinin kapsamına ilişkin ayırmada birincisi objektif nitelikte olan büyük işlem temeli ikincisi ise sübjektif nitelikte olan küçük işlem temeli olmak üzere iki tür

⁶²³ Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 224.

⁶²⁴ Muthers vd., 2002: 114.

durum değışikliğı söz konusudur. Hayatın olağan akışına göre olağan sayılan durum değışiklikleri halinde de taraflardan birisi mağdur duruma düşebilir. Eğer genel uyarlama kayıtlarından meydana gelmesi beklenen değışikliğin büyük işlem temeli olan olaylar olduğu açıkça anlaşılamıyorsa, bu kayıtlar küçük işlem temeli olarak belirlenmelidir⁶²⁵.

Alman hukukuna göre uyarlama boşluğu olarak ortaya çıkan boşluklar ve genel sözleşme boşluklarının doldurulması esnasında, hem tarafların farazi iradelerine dayanan sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmü hem de Alman Medeni Kanunundaki tamamlayıcı kanun hükümleri kullanılabilir. Bu durumda, somut olayda sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulmasında bu iki husustan hangisinin öncelikli olacağı sorunu karşımıza çıkar.

Eğer işlem temelinin çökmesi halinde meydana gelen rizikoya taraflardan hangisinin katlanacağına ilişkin bir uyarlama boşluğu söz konusu ise, bu durumda öncelikli olarak tarafların farazi iradelerine dayanan sözleşmenin tamamlayıcı yorumu mu uygulanacaktır, yoksa öncelikli olarak kanundaki tamamlayıcı nitelikteki hükümler mi uygulanacaktır?

Bu sorunun çözülmesi için, Alman hukukunda tamamlayıcı nitelikteki kanun hükümleri ile sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin düzenlemenin, işlem temeli bakımından herhangi bir önceliğinin bulunup bulunmadığını tespit etmek gerekir.

Alman Federal Mahkemesi'nin yerleşik içtihatları uyarınca, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin somut olaya uygulanabilmesi, sözleşmenin açıklayıcı sözleşme yorumu ile ilgilidir. Eğer sözleşmede tamamlayıcı nitelikteki hükümlerin doğrudan uygulanabileceği bir sözleşme boşluğu saptanmış ise, diğer bir deyişle tamamlayıcı nitelikli hükmün niteliği sözleşmedeki boşluğa uygulanmasına uygun düşüyorsa, bu düzenlemeler sözleşmenin içeriği haline gelmiştir. Böyle bir durumda sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmü dikkate alınmaz, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler doğrudan doğruya uygulanır.

Bu bakımdan öncelikli ihtimal, sözleşmedeki uyarlama boşluğuna uygulanabilecek nitelikte bir tamamlayıcı hüküm varsa tarafların farazi iradelerine bakılmaksızın bu hükümler uygulanır. İkinci ihtimal olarak, tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler doğrudan doğruya uygulanamasa da kıyasen uygulanabilir ise, bu halde söz konusu düzenlemeler, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüne göre öncelikli olarak uygulanır⁶²⁶. bu bakımdan mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre tamamlayıcı nitelikteki düzenlemelerin uygun düştüğü ölçüde uygulanmasına ve sözleşmenin tamamlayıcı yorumunun durumun elverdiği ölçüde ikinci plana atılmasına yönelik bir eğilim vardır. İçtihatlardaki bu tutum doktrinde haklı olarak eleştirilmiş ve her halükarda tamamlayıcı hükümlere başvurma

⁶²⁵ Muthers vd., 2002: 115; Sulzer, 2002: 142.

⁶²⁶ BGH 10.07.1963, BGHZ 40, 91, (103); BGH 01.02.19840, BGHZ 90, 69 (75).

isabetli olmadığı ve tamamlayıcı nitelikteki hükümlerin sadece kanunda düzenlenmiş olan “tipik” sözleşmelere uygun düştüğü ölçüde uygulanması gerektiği savunulmuştur⁶²⁷.

Doktrindeki hâkim görüşe⁶²⁸ göre de, içtihatlardaki bu genel tutum, somut olaydaki sözleşmenin tipik bir sözleşme olması halinde geçerlidir. Zira ancak kanunda düzenlenen sözleşmeler bakımından benzer ölçüler getirilebilir ve neticede hukuki güvenlik sağlanabilir. Buna karşılık bazı hallerde tipik bir sözleşme söz konusu olsa da tamamlayıcı hükümlerin yerine tamamlayıcı yorumun uygulanması, yani bu iki kavram arasındaki hiyerarşinin değiştirilmesi somut olaydaki tarafların menfaat durumuna göre haklı olabilir. Örneğin her ne kadar tamamlayıcı nitelikte bir hüküm varsa da bunun uygulanması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu durumda tarafların farazi iradelerine dayanan tamamlayıcı yorumun getirilmesi daha isabetli olacaktır. Bu nedenle somut olayın özellikleri ve tarafların karşılıklı menfaatleri uyarınca tamamlayıcı yorumun uygulanması daha adaletli olarsa, her ne kadar tamamlayıcı düzenlemelerle çatışma halinde olsa da farazi iradeye öncelik verilmesi gerekir.

Esasen doktrindeki bu hakim görüşü savunan yazarlara göre, tamamlayıcı hükümler ancak somut sözleşme adaletiyle bağdaştığı takdirde sözleşmeye uygulanabilir nitelikte olacaktır. Diğer bir deyişle tamamlayıcı nitelikteki bir düzenlemenin olaya uygulanabilir olmasının tespitinde somut olaydaki sözleşmenin kanunda düzenlenen bir sözleşme olmasının yanında dürüstlük kuralı ve işin mahiyetine göre de tamamlayıcı yorumdan daha adaletli bir sonuca ulaştırması gerekir. Aksi halde tamamlayıcı yoruma başvurulmalıdır. Bu durumda tarafların farazi iradelerinin herhangi bir şekilde tespit edilebilmesi yeterlidir. Bu farazi irade tamamlayıcı hükümlerle çatışsa dahi öncelikli olarak uygulanacaktır.

Yukarıda izah edilen hususun dışında, somut olaydaki sözleşme, kanuni tipteki bir sözleşme türüyle ne kadar örtüşüyorsa, bu sözleşmelere yönelik getirilen tamamlayıcı nitelikteki düzenlemeler öncelikli olarak uygulanır. Buna karşın, somut olaydaki sözleşme niteliği itibarıyla kanunda düzenlenen sözleşme tipleriyle örtüşmüyorsa, sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157’nin uygulanmasına öncelik verilmelidir. Diğer bir deyişle tipik sözleşmelere yakınlığı ölçüde somut olaya tamamlayıcı nitelikteki hükümler uygulanır; tipik sözleşmelerden uzaklaştığı ölçüde de BGB § 157 uygulama alanı bulur. Esasen bu durumda somut olayla örtüşmeyen tamamlayıcı düzenlemelerin uygulama alanı bulabilmesi için bir zorlama yapılamaz. Eğer somut olaydaki sözleşme tipik sözleşmelerden farklı ise tipik sözleşmelere ilişkin tamamlayıcı hükümler, uygulanması ihtimal dâhilinde olsa da, zoraki olarak uygulanamaz. Buna karşılık, BGB § 157 uyarınca tarafların farazi iradeleri

⁶²⁷ Flume, 1979: 324 vd; Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 109.

⁶²⁸ Flume, 1979: 324 vd; Medicus, 2002: Nr. 344; Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 109

herhangi bir şekilde tespit edilebiliyorsa tamamlayıcı yorum uygulanabilir. Farazi iradelerin tespiti ihtimal dahilinde ise de durum böyledir. Zira somut olaydaki sözleşme kanunda düzenlenmiş olan sözleşme tiplerinden birine girmiyorsa ve bunlarla da örtüşmüyorsa, ortada somut olaya uygulanacak nitelikte bir tamamlayıcı hüküm de söz konusu değildir. Bu durumda tamamlayıcı yoruma başvurmadan başka çare de bulunmamaktadır⁶²⁹.

Sonuç olarak, Alman hukukunda hâkim görüşe göre sözleşmede bulunan boşluklara ve bu anlamda uyarlama boşluklarına belirli şartlar altında tamamlayıcı nitelikteki hükümlerin öncelikli olarak uygulanması mümkündür. Fakat bu durumda tamamlayıcı yorum ile tamamlayıcı hüküm arasında kesin bir hiyerarşi de bulunmaz. Bu iki kavramının birbiri arasındaki öncelik ilişkisi oldukça belirsizdir. Dolayısıyla genel geçer bir üstünlük söz konusu değil, sadece somut olay bakımından ortaya çıkacak sonuca göre uygulanabilme öncelikleri söz konusudur. Bu anlamda somut olayın özellikleri, tarafların karşılıklı menfaatleri ve dürüstlük kuralı bu önceliğin belirlenmesinde önem taşır.

Sözleşme kurulduktan sonra şartların değişmesi halinde, meydana gelen rizikoya taraflardan hangisinin katlanacağına ilişkin bir düzenleme bulunmuyorsa, ya da var olan düzenleme bu amaca hizmet etmiyorsa ortada bir uyarlama boşluğu söz konusu olacaktır. Bu uyarlama boşluklarının doldurulması hususunda iki düzenleme söz konusu olacaktır. Bunlardan ilki işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmü, diğer ise tarafların farazi iradelerine dayanan sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna ilişkin BGB § 157 hükmüdür. Her iki düzenleme de meydana gelen uyarlama boşluklarının doldurulması ve meydana gelen rizikonun paylaşılması ile ilgilidir⁶³⁰. Bu durumda somut olayda bu iki hükmün uygulama alanı bakımından birbirinden nasıl ayrılacağı sorunu ortaya çıkar. İşlem temelinin bozulması ile tamamlayıcı yorum arasındaki ilişki doktrinde tartışılmalı bir konudur. Hatta doktrinde bu iki kavram arasında belirli belirsiz bir ayrım olduğu ancak esasında her ikisinin de aynı kavram olduğunu ileri süren yazarlar⁶³¹ dahi olmuştur.

İşlem temelinin çökmesi halleri ile tarafların farazi iradelerine dayanan tamamlayıcı yorum arasındaki fark gerçekten de çok belirsizdir. Hatta çoğu somut olayda bu iki kavram iç içe geçer. Diğer bir deyişle sözleşmenin tamamlayıcı yorumuna başvuru sözleşme boşlukları, çoğu zaman işlem temelinin çökmesi hallerine de örnek teşkil eder.

İşlem temeli ile tamamlayıcı yorum arasındaki yakınlaşmanın en önemli örneği yukarıda değinilen “çavdar kaydı” olayıdır. Bu bakımdan iki kavram arasında kesin çizgilerle

⁶²⁹ Flume, 1979: 324 vd.; Mayer-Maly ve Busche, 2001: § 157 BGB, Nr. 36; Medicus, 2002: Nr. 340; Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 109.

⁶³⁰ Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 109.

⁶³¹ Nicklisch, 1980: 950.

ayrılan bir değerlendirme yapmak son derece güçtür. Zira doktrinsel olarak bir ayırım yapılsa da, pratik bakımdan bu ayırım bir sonuç vermez⁶³².

Bu konuda Kohler'e göre⁶³³ bir olayın hem sözleşmenin tamamlayıcı yorumuyla hem de işlem temeli çözümlenebilmesine, uygulamada sıklıkla karşılaşılabılır. Özellikle "çavdar kaydı olayı", bu konuda önemli bir örnektir. Bu olayda Alman Federal Mahkemesi, tarafların çavdar kaydını belirlemesini, tarafların farazi iradelerine göre paranın değer kaybetmesinin yol açacağı zararları ortadan kaldırmak amacıyla yaptıklarını belirlemiş ve gerçek iradenin yerine farazi iradenin araştırılması bakımından bir dayanak noktası haline getirmiştir. Larenz'e göre ise çavdar kaydı olayında paranın değer kaybetmesinden doğacak olan zararlar, işlemin temeli haline gelen ve borçluya yükletilen rizikolardır. Ancak sözleşmenin kurulduğu anda taraflar, hükümetin çavdar fiyatlarının sabitlenmesine yönelik düzenleme yapacağını hiç hesaba katmamışlardır. Öyle ki, taraflarca istenen amacın gerçekleşmesi için kararlaştırılan fakat artık bu amaca hizmet etmeyen çavdar kaydı, taraflarca düşünülmemiş ve bu nedenle hesaba katılmamış bir fiyat durum değişikliğidir. Bu nedenle sonradan meydana gelen ve önceden öngörülmeleyen bir değişiklik nedeniyle işlem temelinin bozulması söz konusu olur. Mahkeme, burada işlem temelinin bozulmasından dolayı sözleşmeyi doğrudan doğruya değişen şartlara uyarlayabilecek durumda iken, tarafların farazi iradelerini sözleşmenin tamamlayıcı yorumu ile yorumlayarak, aynı sonuca farklı bir yolla ulaşmıştır⁶³⁴.

Sonuç olarak, Alman hukukunda işlem temelinin bozulması ile farazi iradeye dayanan tamamlayıcı yorum arasında esnek, somut olaylarda hemen hemen örtüşen bir ilişki vardır⁶³⁵.

Hatta mahkemeler de işlem temelinin bozulması halinde ortaya çıkan uyarlama boşluklarının doldurulması hallerinde bu iki kavramdan hangisinin uygulanması gerektiği ile ilgili somut bir ayırım da getirmemiştir. Mahkemenin kararında tamamlayıcı yorum getirebildiği işlem temelinin çökmesi hallerinde aynı sonuca BGB § 313 ile de varılabileceği ileri sürülmüştür. Bu bakımdan sonuç olarak Alman hukukunda işlem temeli ile tamamlayıcı yorum arasında net bir ayırımın söz konusu olmadığını söyleyebiliriz⁶³⁶.

4.2.4.2.2. Türk/İsviçre Hukukunda Tamamlayıcı Yorum ile Uyarlama

Tamamlayıcı yorumun araçlarının ne olduğu hususunda doktrinde⁶³⁷ süregelen bir tartışma vardır. Bu kapsamda hakimin yapacağı tamamlayıcı yorumda acaba "farazi ortak

⁶³² Köhler, 2000: 304; Medicus, 2002: Nr. 876; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 131 vd.

⁶³³ Köhler, 2000: 304.

⁶³⁴ Larenz ve Wolf, 2004: § 28, Nr. 120 vd. Aynı yönde Medicus, 2002: Nr. 876.

⁶³⁵ Köhler, 2000: 304; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 131 vd.; Grüneberg ve Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 17.

⁶³⁶ Bk.. Medicus, 2002: Nr. 876.

⁶³⁷ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art.18 Nr. 262; Kocayusufpaşaoğlu, 1987: 326; Flume, 1979: 335; Serozan ve Engin, 2018: 268 vd; Larenz ve Wolf, 2004: 567; Wiegand, 1996: OR Art. 18 Nr. 77.

irade" gibi sübjektif araçlara göre mi, yoksa dürüstlük kuralı, teamüller gibi objektif araçlara göre mi uyarlama yapacağı konusunda iki ana görüş vardır.

Doktrindeki tamamlayıcı yorumun objektif araçlara göre yapılmasını savunan görüş⁶³⁸ farazi ortak iradenin tamamlamada bir araç olarak kullanılmasını reddeder. Bu görüşe göre, gerçek olmayan, farazi (varsayımsal) bir iradeye dayalı bir tamamlayıcı yoruma başvurulmamalı, tamamlayıcı yorum araçları olabildiğince objektif ölçütlere dayanmalıdır. Bir başka deyişle, uyarlama boşluklarının tamamlaması işlemi sözleşmeden yola çıkarak tespit edilen farazi ortak iradeye değil, örneğin teamüller gibi objektif bir araca dayandırılmalıdır. Buna göre hâkim sözleşmenin bütününe bakmak yerine sözleşme hükümlerini ayrı ayrı değerlendirmeli ve sadece boşluk olan kısma yönelmelidir. Bu görüşe göre, nasıl yedek hukuk kuralları sözleşmenin dışında yer alıp sözleşmenin objektif bir ölçüye göre tamamlanmasına hizmet ediyorsa, teamüller de aynı amaca hizmet eder. Bu nitelikteki bir tamamlamaya "sözleşmenin örf ve adet hukukuna göre tamamlanması"⁶³⁹ da denilir.

Ancak bu görüşün eleştirilebilecek noktası, sözleşme hükümlerini birbirinden bağımsız olarak ele alarak aralarındaki ilişkinin bütünlüğünü göz ardı etmesi yani sözleşmeyi bir bütün olarak ele almamasıdır. Nitekim sözleşmede özellikle uyarlamaya ilişkin bir düzenlemenin yapılması fakat bu düzenlemenin sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle amaca hizmet edememesi halinde, mutlaka tarafların farazi iradelerine başvurulması, bununla birlikte sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması da gerekir. Sözleşmenin tamamlayıcı yoruma dayanarak uyarlanması sırasında sözleşmenin bir bütün olarak ele alınmaması halinde tarafların karşılıklı menfaatleri belirlenemez. Bu nedenle sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulması faaliyetinde hakimın sözleşmeyi bir bütün olarak ele almaması düşünülemez.

Bu görüş tamamlayıcı yorumu büsbütün reddetmemekle birlikte, farazi ortak irade kavramına karşı çıkmaktadır. Sözleşmenin tamamlanması sırasında katı bir objektif tutumun sergilenmesini savunan bu görüşe göre sözleşmede düzenlenmemiş kısımların mutlaka kanun hükümleriyle tamamlanması gerekir; bunların yokluğu halinde sözleşmenin değil, kanun boşluğunun doldurulması gerektiğini ileri sürerler. Buna karşılık bu görüş ele alındığında, sözleşmede düzenlenmiş olan hükümlerin bulunması ancak bunların artık amaca hizmet edemez hale gelmesi halinde sorunun nasıl çözülebileceğine ilişkin bir çözüm getiremediği görülür. Acaba sözleşmede düzenlenmiş olan hususlar meydana gelen değişiklikten dolayı artık fonksiyon icra edemez hale gelirse, bu hususlara ilişkin sözleşme bir bütün olarak ele

⁶³⁸ Larenz ve Wolf, 2004: 567; Wiegand, 1996: OR Art. 18 Nr. 78, 79.

⁶³⁹ Larenz, 1991: 96 vd.

alınarak farazi iradenin araştırılması mı yoksa bu hususların objektif kıstaslara göre değerlendirilmesi mi daha hakkaniyetli bir sonuca ulaştırır?

Kanımızca uyarlama sırasında sözleşme de kanun gibi bir bütün olarak ele alınmalıdır. Sözleşmeler birçok düzenlemeden oluşan bir bütündür. Hükümler arasındaki bağlantılar gözden kaçırılmamalı, sözleşmenin amacı, bütününden yola çıkılarak tespit edilmelidir. Bu bakımdan sözleşmenin hükümleri birbirinden bağımsız olarak değil, bir bütünün parçaları olarak değerlendirilmelidir⁶⁴⁰.

Bu bakımdan sözleşmenin uyarlanması sırasında hakimin sözleşmenin taraflarının "farazi ortak iradesini" göz ardı etmemesi gerekir. Nasıl hâkim kanun boşluğunu tamamlarken kanunu bir bütün olarak düşünüyorsa, sözleşmedeki uyarlama boşluklarını tamamlarken de irade beyanlarını kendi bütünlüğü içinde ele alıp yorumlamalı, farazi ortak iradeyi sözleşmenin özünden faydalanarak tespit etmelidir.

Ne var ki farazi ortak irade de doktrinde üzerinde tam olarak uzlaşma sağlanamamış bir kavramdır. Bu kavram da objektif ve sübjektif bir takım unsurlar bir araya getirilerek tanımlanabilir. Farazi ortak irade kavramı konusunda farklı görüşler vardır⁶⁴¹.

Başta Bucher olmak üzere objektif farazi ortak iradeyi savunanlara göre benimsenecek yaklaşım, sözleşmenin taraflarını objektif olarak ele alarak dürüst kişiler olarak boşluk bulunan hususu düşünselerdi ne şekilde düzenlerlerdi sorusuna cevap aranmasıdır. Bu konu, farazi ortak irade kavramı dürüstlük kuralı, teamüller ve işin mahiyeti yardımıyla objektifleştirilmektedir. Hâkim tamamlayıcı yorum yaparken öncelikle sözleşmenin içeriğini yorum yolu ile tespit etmelidir. Hâkim bunu yaparken objektif bir çözüm getirmeli, dürüst kişiler ne şekilde bir düzenleme yaparlardı, söz konusu uyarlama boşluğunu önceden görselelerdi ne şekilde düzenleme yaparlardı temelinde hareket etmelidir. Ancak bu dürüst kişiler sözleşmenin tarafları değil, objektif dürüst kişilerdir⁶⁴².

Öte yandan sadece objektif unsurlar dikkate alınarak getirilen farazi ortak irade tanımını esas alan bu görüş, somut sözleşmenin taraflarını, onların isteklerini, beklentilerini ve menfaat dengesini dikkate almadığı için sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı sonuçlar ortaya çıkabilir. Çünkü aslında sözleşmeden yola çıkılarak bulunduğu kabul edilen farazi ortak irade, tarafların istediklerini hiçbir şekilde gerçekten yansıtamaz.⁶⁴³ Ancak burada söz konusu olan farazi iradenin tespit edilebilir olmasıdır.

⁶⁴⁰ Larenz, 1991: 103 vd; Oertmann, 1921: 177 vd; Akyol, 1995: 42.

⁶⁴¹ Bu konudaki tartışmalar için bk.. Flume, 1979: 322.

⁶⁴² Bucher, 1988: 188; Aynı yönde Medicus, s. 133; Flume, 1979: 322; Gauch vd., 2003: Nr. 1257; Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 Nr. 498.

⁶⁴³ Larenz ve Wolf, 2004: 567.

Bu durumu bir somut örnekle açıklamak gerekirse, taraflar sözleşmede genel bir uyarlama kaydına başvurarak, “koşulların değişmesi halinde sözleşme değişen şartlara uyarlanacaktır” şeklinde düzenleme yapmaları söz konusu olabilir. Bu durumda sonradan meydana gelen bir durum değişikliği halinde taraflardan birisinin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmesi halinde, öncelikle belirlenmesi gereken husus ortada genel bir uyarlama boşluğunun söz konusu olduğudur. Zira taraflar sözleşmenin değişen şartlar halinde uyarlanması konusundaki iradelerini ortaya koymuşlar fakat işlem temelinin kapsamına girecek olan olaylara ilişkin somut bir düzenleme yapmamışlardır. Eğer tarafların farazi iradeleri objektif ölçütlere göre belirlenirse, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının ancak olağanüstü durum değişikliklerinde söz konusu olabileceğinden bahisle, meydana gelen değişiklik bu özelliği taşııyorsa uyarlama sonucuna varılmaması söz konusu olabilir. Buna karşılık, sözleşmenin bir bütün olarak ele alınması ve karşılıklı menfaatler ile sözleşmeden beklenen amaç göz önüne alınarak farazi iradenin araştırılması halinde, tarafların iradelerinin, meydana gelen değişikliklerden dolayı bir tarafın mağdur olmasına neden olan her halde sözleşmenin uyarlanacağına yönelik olduğu da belirlenebilir.

Bu bakımdan farazi iradenin belirlenmesinde göz önüne alınacak olan ölçütlerde öncelikli olarak dürüstlük kuralı ve somut olaydaki iş çevresinde genel olarak kabul görülen durumlar göz önüne alınmalıdır. Tarafların karşılıklı menfaatleri ve sözleşmeden bekledikleri amaçlar da göz ardı edilmemelidir.

Bu konuda görülen o ki tamamlayıcı yorumun farazi ortak iradeye dayanması kabul edilse bile aslında sorunun devam etmektedir. Nitekim bugün genellikle kabul edilen görüş, tamamlayıcı yorumun farazi ortak iradeye dayanması gerektiği yönündedir. Ancak kavram tartışmalı olduğu için farazi iradenin tespiti için göz önüne alınması gereken ölçütler konusunda sorun halen devam etmektedir.

Tartışma hem tamamlayıcı yorumun araçları, hem de farazi ortak irade kavramıyla ilgili bir tartışmadır. Bu tartışmada ilkin, tamamlayıcı yorumda başvuru araçların kesin bir tercih konusu olamayacağını belirtmek gerekir. Tamamlayıcı yorumun araçları da aşamalı bir biçimde tespit edilmelidir. Bu bakımdan objektif kıstaslara göre yapılan tespitler somut uyumsuzluğa çözüm getirecek nitelikte değilse, bu durumda başka şekilde farazi iradenin tespit edilmesi gerekir. Bu nedenle bazı hallerde objektif kıstaslara, bazı hallerde de farazi ortak iradeye göre tamamlayıcı yorum getirilebilir. Bu ikisinden biri mutlaka tercih edilmelidir şeklinde bir değerlendirmede bulunmak kanımızca isabetli değildir.

Böyle bir çözüm, kanunda meydana gelen rizikonun nasıl dağıtılacağına ilişkin bir düzenleme bulunmaması halinde hâkimin boşluğun niteliğine göre bir çözüm getirmesi; bu

boşluk her zaman ortaya çıkabilecek bir boşluk ise yani genelleştirilmeye elverişli nitelikte ise tıpkı kanun koyucu gibi hareket ederek dürüstlük kuralına uygun şekilde sözleşmeyi uyarlaması gerekir. Burada hâkim eğer değişen şartlar halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına karar verdiği zaman bazı hallerde farazi ortak iradeye, bazı hallerde objektif araçlara göre boşluğu doldurmalı ama son durumda sözleşme kendi koymuş olduğu kurallara göre uyarlanacak olmalıdır. Bu bakımdan, doğru olan uzlaştırmacı bir yaklaşımın benimsenmesidir⁶⁴⁴.

Gerçi tamamlayıcı yorumda başvuru araçlarda kesin bir tercih konusu olamaz; ancak öncelik farazi ortak iradeye verilmelidir. Farazi ortak irade kavramı gerçekte ilgisi olmayan, bir kıstasa dayanır. Bu bakımdan, farazi ortak irade kavramı bir anlamda objektifleştirilmeye mecburdur. Burada yapılabilecek tek şey, mümkün mertebe sözleşmenin taraflarının somut özelliklerini, menfaat dengelerini ve somut olayın şartlarını göz önünde tutarak kavramı bu kapsamda değerlendirmektir. Bundan ötürü de, burada sadece genel, soyut bir "dürüst kişi" akla getirilmemelidir. Gerçi sözleşmenin taraflarının dışında, objektif ve dürüst kişiler bakımından yapılacak değerlendirmeler, işlem temelinin şartlarının gerçekleşmiş olup olmadığının tespitinde önem taşır. Bu bakımdan örneğin meydana gelen değişikliğin öngörülemez olup olmadığının tespitinde somut sözleşmenin tarafları değil, o iş çevresindeki makul, dürüst ve özenli kişiler dikkate alınır.

Ancak, farazi ortak iradenin araştırılması halinde hem tarafların hem de sözleşmenin özellikleri dikkate alınmalıdır. Bu bakımdan hâkim farazi ortak iradeyi esas alarak tamamlayıcı yorum getirirken, herhangi iki dürüst kişi değil de sözleşmenin tarafları olan kişiler dürüst kişiler olsaydı ve boşluk olan hususu düzenlemek isteselerdi nasıl bir düzenleme getirirlerdi sorusuna cevap aramalıdır. Bu sorunun cevabını ararken de o somut sözleşmenin tüm özelliklerini dikkate almalıdır⁶⁴⁵.

Bununla birlikte, farazi ortak iradeye dayanan tamamlayıcı yorumun da bazı sınırları vardır. Farazi ortak irade esas alınarak elde edilen sonuç dürüstlük kuralına aykırı ise MK m.2 gereğince böyle bir farazi ortak irade dikkate alınmamalıdır. Ayrıca hâkimin benimsediği çözüm de emredici hukuk kurallarına ters düşmemelidir⁶⁴⁶.

Bu gibi durumlar özellikle taraflardan birinin sosyal ve ekonomik yönden daha güçlü ve üstün konumda olması halinde söz konusu olur. Taraflardan birinin bu üstünlüğünü kullanarak kanunun öngördüğü sınırlara aykırı düzenlemeler belirlettiği anlaşılıyorsa,

⁶⁴⁴ Wiegand, 1996: OR Art. 18 Nr. 79; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 241; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 27; Larenz ve Wolf, 2004: 567 vd.

⁶⁴⁵ Larenz ve Wolf, 2004: 567; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 240; Huguenin-Jacobs, 2006: 45; Akyol, 1995: 42.

⁶⁴⁶ Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 Nr. 538.

tarafların farazi ortak iradesi dikkate alınmamalıdır. Böyle bir sonuca varmak genel değerlendirmelerden ayrılarak somut olayın şartlarının gözetilmesini gerektirir. Büyük bir alışveriş merkezindeki dükkanlardan birisinin kiraya verilmesi hususunu inceleyelim. Şehrin önemli konumlarından birinde bir alışveriş merkezi yapılmış, büyük reklam yatırımları yapılmış ve gösterişli bir açılış töreni yapılmıştır. Alışveriş merkezi ana cadde kenarında ve cazibe merkezi haline gelen yerlere oldukça yakın konumdadır. Bu özelliklerinden dolayı da, kiralayan o iş çevresinde olağan olarak öngörülen kira bedellerinden oldukça fazla miktarda kira ve yüksek kira artış oranı talep etmektedir. Kira sözleşmesinin bu şekilde oldukça yüksek bir fiyatla düzenlenmiş olmasına karşılık, alışveriş merkezinin önünde yapılan yol çalışmaları bir türlü bitmek bilmemiş, bu nedenle cazibe merkezi olan yerlerle ve ana cadde ile alışveriş merkezinin bağlantısı kesilmiş ve bu nedenle beklenenden çok daha az sayıda ziyaretçi alışveriş merkezine uğramıştır. Bunun neticesinde kiracı, kira parasını dahi karşılayamaz hale gelmiş ve bu nedenle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmiştir.

Burada hakimin tarafların gerçek iradesini araştırması halinde varılacak olan sonuç, sözleşmenin kira bedelinin belirlenmesi konusunda anlaşmış oldukları ve artış oranına ilişkin de sözleşmede düzenleme yapmış olmalarıdır. Ancak farazi iradeleri ise, yapılan alışveriş merkezine konumu ve reklam vs yatırımları nedeniyle yüksek oranda ziyaretçi geleceğinden dolayı, hakkaniyetli bir kira ücretinin belirlenmesidir. Bu durumda araştırılması gereken farazi irade, eğer taraflar oldukça az sayıda ziyaretçinin geleceğini öngörselerdi kira bedelini nasıl belirleyeceklerdi hatta kiracı bu şekilde kira sözleşmesini düzenleyecek miydi kapsamında değerlendirilir. Bu kapsamda sözleşmenin tarafı olan kiralayan ve kiracı eğer dürüst kişiler olsalardı, bu şekilde düzenlemeler getirebilir miydi sorusuna cevap aranmalıdır.

Sözleşmenin uyarlanması sırasında hakimin uyarlama boşluklarını doldurması konusunda gözden kaçırmamamız gereken husus, tamamlayıcı yoruma ilişkin araçların arasında kesin bir hiyerarşinin ve öncelik ilişkisinin bulunmadığıdır. Bu konuda her somut olayın özelliklerine göre farklı bir yol izlenebilir. Ancak, bazı hallerde dahi ortaya çıkan sonuç kanundaki sınırlamalara ve dürüstlük kuralına aykırı değilse de o sözleşmedeki uyarlama boşluklarının tamamlanması açısından en adil çözüm olmayabilir. Bu durumda, hâkim tespit ettiği tarafların farazi ortak iradesine dayanan çözümü değil de objektif bir değerlendirmeyi benimseyebilecek midir? Diğer bir deyişle tarafların sözleşmenin içeriğinden çıkarılan karşılıklı menfaatleri ve sözleşmenin amacı gibi kavramları gözardı ederek objektif nitelikli kıstaslara göre sorunun çözümüne başvurabilir mi?

Kanımızca bu durum sözleşme özgürlüğü ilkesine aykırı bir sonuç ortaya çıkaracaktır. Bu nedenle hâkimin tespit ettiği farazi ortak irade uyarlama açısından en adaletli çözümü

sunmasa bile dürüstlük kuralına ve kanunun öteki sınırlamalarına aykırı olmadığı sürece uyarlamaya esas teşkil etmelidir⁶⁴⁷.

Farazi ortak iradenin tespit edilebilmesi için sözleşmede bazı bağlantı noktalarının bulunması gereklidir. Bazı sözleşme türleri açısından bu bağlantı noktalarının tespit edilmesi daha kolaydır. Bu durumda açık bağlantı noktalarının varlığından bahsedilir. Bu tür açık bağlantı noktaları özellikle uyarlama boşluğuna ilişkin sözleşmenin içeriğinde düzenleme yapılması halinde söz konusu olur. Örneğin sözleşmenin değişen şartlar halinde uyarlanacağına ilişkin genel uyarlama kayıtlarında, tarafların farazi iradeleri değişen koşullar halinde sözleşmenin uyarlanacağına yöneliktir. Ya da tarafların sözleşmedeki para ediminin artış oranı bakımından düzenleme yapmaları halinde, farazi iradeleri paranın değer kaybetmesinin vereceği zararları ortadan kaldırmaya yöneliktir.

Bağlantı noktaları ile kastedilen şey tarafların iradesini ortaya koyan emareler ve ipuçlarıdır. Farazi ortak iradenin tespitine yönelik açık dayanaklar sözleşmenin yazılı veya sözlü içeriğinden, tarafların davranışlarından çıkarılır. Bu gibi hallerde tarafların boşluk olan hususu düşünselerdi nasıl bir düzenleme getirecekleri sözleşmeden anlaşılabılır. Bu araştırma yapılırken, sözleşmenin amacı ve işin mahiyeti oldukça önem arzeder⁶⁴⁸.

Tarafların irade açıklamalarından farazi ortak iradeyi tespit edebileceğimiz açık bağlantı noktaları yoksa veya herhangi bir sebeple farazi ortak iradenin uygulanması sakıncalı olacak ise sorunun nasıl çözüleceği doktrinde tartışmalıdır. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, birden fazla farazi ortak iradenin belirlenebilme ihtimali varsa hâkim bu ihtimaller içinde en uygun olanını seçmelidir. Bu ihtimaller hâkime sadece yol gösterir. İşte hakimin takdir yetkisi burada devreye girer. Hâkim, somut olayda birden fazla farazi ortak iradenin varlığını tespit edebiliyorsa, MK m. 4'ten kaynaklanan takdir yetkisini kullanır. Esasında bu husus da hakimin kendi koyduğu kurallarla hukuk yaratması ve uyarlama boşluklarını doldurması faaliyetidir. Nitekim bu durumda en uygun çözüm hâkimin modo legislatoris, diğer bir deyişle kanun koyucu gibi hareket etmesi ve sorunu genelleştirip hakkaniyete uygun bir hüküm vermesi söz konusu olacaktır. Bu bakımdan farazi iradenin herhangi bir şekilde belirlenebilir olması yeterlidir. Bu sırada farazi ortak iradenin ne yönde olduğu hususunda birden fazla ihtimal söz konusu olursa hâkim dürüstlük kuralı, somut olayın özellikleri ve işin mahiyeti gereği en adaletli olacak olan sonuca göre karar verir⁶⁴⁹.

⁶⁴⁷ Schwenzer, Nr. 34; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 241, 245; Wiegand, 1996: OR Art. 18 Nr. 77, 78; Larenz ve Wolf, 2004: 567.

⁶⁴⁸ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 N. 241; Heinrichs, 2004: BGB § 157 Nr. 7.

⁶⁴⁹ Koller, 2006: § 10 Nr. 23.

Sözleşmenin tamamlanması sırasında ilk sırada farazi ortak iradeye göre tamamlayıcı yorum getirilmesini savunan görüşlerden bazıları⁶⁵⁰ farazi ortak iradenin tespit edilememesi durumunda hâkimin yedek kanun hükümlerine başvurulmasının gerektiğini savunurlar. Bunlardan da bir netice elde edilememesi halinde, en son aşamada ise hâkim yine MK m. 1 'e başvurmalıdır.

Kanımızca, öncelikli olarak tarafların farazi iradelerinin tespit edilmesi, eğer birden fazla iradenin tespit edilmesi söz konusu olursa hakimin takdir yetkisini kullanarak bunlardan en adaletli olanını seçmesi gerekir. Buna karşılık farazi iradenin tespit edilememesi halinde ya da tespit edilen farazi iradenin somut olaya uygulanması sakıncalı sonuçlar doğuruyorsa, hâkimin kanun koyucu gibi hareket etmesi, genel ve soyut bir karar ile uyarlama boşluğunu doldurması gerekir. Bu noktada hâkimin göz önünde bulundurması gereken tek şey dürüstlük kuralı çerçevesinde adil ve hakkaniyetli bir çözüm getirerek uyarlama boşluklarını doldurmak ve sözleşmeyi uyarlamaktır.

Bu açıdan hâkim MK m. 4'te belirtildiği gibi, "hukuka ve hakkaniyete" göre karar vermelidir. Hâkim bu noktada eğer gerekirse objektif bir kıstas getirerek somut sözleşmenin taraflarını değil de, o iş çevresindeki objektif, dürüst, özenli kişilerin söz konusu şartlar altında, işin mahiyetine göre nasıl bir düzenleme getireceğini araştırabilir; bu konuda teamüllerden de faydalanabilir. Özellikle sözleşmenin taraflarının özellikleri göz önünde bulundurulduğunda bu kişilerden normal kişilere oranla daha fazla dikkat ve özen bekleniyorsa bu gibi objektif kıstaslar söz konusu olabilir. Ancak, tarafların şahsi özelliklerinin pek bir etkisinin olmadığı sözleşmelerde de sözleşmenin yapısı ve amacı mümkün olduğunca göz önüne almalıdır. Bu halde hâkim makul ve dürüst kişilerin yapacakları düzenlemeleri düşünerek sözleşmenin yapısına uyan objektif bir çözüm getirmelidir⁶⁵¹.

Sonuç itibarıyla, tamamlayıcı yorumda tek bir araçtan faydalanmak yerine, aşamalı bir yöntem benimsenmelidir. Buna göre, önce tarafların farazi ortak iradesi araştırılmalıdır. Bu kapsamda hâkim sözleşmenin amacını ve özelliklerini dikkate alarak somut sözleşme ilişkisinin taraflarının dürüstlük kuralı ve iş çevresinde olağan karşılanan anlayışlar çerçevesinde uyarlama boşluğu olan konuyu önceden düşünmüş olsalardı nasıl bir düzenleme getireceklerini araştırır. Fakat bazı hallerde farazi ortak iradenin tespiti mümkün olmayabilir ya da sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Bu durumda hakimin yapması gereken, kanun koyucu gibi hareket ederek kendi koyacağı kurallarla sözleşmedeki uyarlama boşluklarını doldurmak

⁶⁵⁰ Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: ZGB Art. 2 Nr. 138; Meier-Hayoz, 1951: Nr. 1134.

⁶⁵¹ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 241; Larenz ve Wolf, 2004: 567; Huguenin-Jacobs, 2006: 45; Wiegand, 1996: OR Art. 18 Nr. 84; Kocayusufpaşaoğlu, 1996: 27.

ve dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmeyi değişen şartlara uyarlamaktır. Hakim kendi koyacağı kurallarla sözleşmeyi değişen şartlara uyarlarken, örf ve adet hukuku kurallarını, somut olaydaki durumları, taraflar arasındaki menfaat dengesini ve işin mahiyetini de göz önünde bulundurarak dürüstlük kuralına uygun bir hüküm vermelidir.

Teamüllerin, örf ve âdet hukuku kurallarının aksine, sözleşmenin tamamlanmasında doğrudan doğruya uygulanabilme işlevi yoktur. Teamüller ancak dürüstlük kuralı ile birlikte farazi ortak iradenin tespit edilmesine yardımcı olur. Bu kapsamda taraflar dürüst kişiler olarak sözleşmede boşluk olan hususu öngörmüş olsalardı ne şekilde karar verirlerdi sorusuna cevap aranırken teamüllerin önemli bir işlevi vardır. Tamamlayıcı yorum getiren hâkimin teamülleri uygulama zorunluluğu bulunmamakla birlikte onları görmezden gelmesi de isabetli olmaz.

Hâkimin örf, âdet ve teamüllerden faydalanabilmesi için bunların somut sözleşme ilişkisinin gerçekleştiği olağan iş çevresindeki hususlar olması da gerekir. Teamüller sözleşmenin yapısına uygun düşerse, uyarlama boşluğunun doldurulmasında uygulanabilir. Sözleşmenin taraflarının, sözleşmenin kuruluşu esnasında bu kuralları bilip bilmemelerinin ise bir önemi yoktur⁶⁵².

Örf, âdet ve teamüllerin sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulmasında uygulanabilmesinin bir başka şartı da emredici hukuk kurallarına aykırı olmamalarıdır. Ayrıca dürüstlük kuralına aykırı olan teamüller de dikkate alınmaz. Örf, âdet ve teamüller ile yedek kanun hükümleri çatışma halinde ise, kanunda veya sözleşmede örf ve âdet kuralı atıf yoluyla açıkça saklı tutulmadığı sürece, yedek hukuk kuralları tercih edilmelidir. Diğer bir deyişle, taraflar bir teamülü sözleşmenin içeriği haline getirmişlerse, örneğin ona atıfta bulunulmuş veya saklı tutulmuş ise, bu durumda artık yedek hukuk kurallarına bakılmaz⁶⁵³.

Hakimin tarafların iradesi hilafına tamamlayıcı yorum getirmesi de mümkün değildir. Bu bakımdan, hakim dürüstlük kuralını dayanarak sözleşmenin konusunu genişletemez ya da değiştirmez⁶⁵⁴.

4.2.5. Sözleşmenin Uyarlanmasını Talep Etme Hakkının Hukuki Niteliği

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etme hakkının hukuki niteliği kapsamında belirlenmesi gereken ilk husus, sözleşme yapıldıktan sonra şartların olağanüstü

⁶⁵² Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 Nr. 524; Kaplan, 1987: 102; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 244

⁶⁵³ Kramer ve Schmidlin (Merz), 1986: ZGB Art. 2 Nr. 143; Jäggi ve Gauch, 1980: OR Art. 18 Nr. 525; Kaplan, 1987: 102; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: OR Art. 18 Nr. 244.

⁶⁵⁴ Heinrichs, 2004: § 157 Nr. 8; Bischoff, 1983: 67; Flume, 1979: 326; Schwenger, 2006: Nr. 34; Kaplan, 1987: 108.

şekilde değişmesi ile aşırı ifa güçlüğüne düşen “mağdur” tarafın, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin talebinin niteliğinin ne olduğudur. Burada mağdur tarafın işlem temelinin çökmesi sonuçları arasında uyarlama hakkı ile sözleşmeden dönme hakkı arasında bir ayırmda bulunan görüşler söz konusu iken, bu haklar arasında bir ayırım yapmayan görüşler de söz konusudur. Ancak her iki görüş bakımından öncelikle söylenebilecek şey bunların ortak noktalarıdır ki bu da sözleşmenin uyarlanması hakkının yenilik doğuran (inşai) hak olmasıdır.

Buna karşılık tarihsel gelişim içerisinde uyarlama hakkını bir def’i olarak tanımlayan yazarlar da mevcuttur. Nitekim işlem temelinin unsurlarının bulunması halinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını isteyen tarafın bir def’i hakkının mevcut olduğu ve sonradan meydana gelen değişiklikler neticesinde işlem temeli çökmüş ise, sözleşmenin uyarlanmasının BGB’de düzenlenen dürüstlük kuralından kaynaklanan kanuni bir sonuç olduğu görüşü, Alman hukukunda savunulmuştur⁶⁵⁵. Burada söz konusu olan def’i hakkı Roma hukukundaki “exceptio doli generalis” olarak adlandırılan, objektif iyiniyet ve hakkın kötüye kullanılmasını engelleme araçlarından biri olarak sayılır⁶⁵⁶. Bu def’i hakkının ileri sürülme nedeni, Roma hukukunun bazı davalarda, objektif hukuka uygun fakat hakkaniyete aykırı sonuçlar doğması halinde talebin hukuka uygun olmasına rağmen adalet duygusunun davacıyı değil davalıyı korumasıdır. Bu gibi hallerde davalıya bir hak tanınıyor ve exceptio doli, exceptio metus gibi bir def’iyi ileri sürerek kurtulması imkanı tanınıyordu. Bu bakımdan clausula rebus sic stantibus ilkesi gereği haklı görülebilecek bir exceptio doli generalis def’isi kullanılarak borçlunun “*benim borcum o kadar ağırlaşmıştır ki böyle bir borcu en dürüst borçlu dahi ifa edemez; dürüst bir alacaklı da artık bunu talep edemez*” demesi de bir bakıma def’i hakkının ileri sürülmesidir⁶⁵⁷.

Buna karşılık Alman hukukunda Larenz’e göre ise, işlem temelinin bozulması halinde aşırı ifa güçlüğü haline düşen tarafın sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin hakkı bir def’i hakkı değil, bir talep hakkıdır. Dolayısıyla hakimin vereceği karar uyarlanmanın tespitine ilişkin açıklayıcı bir karar değil, inşai(yenilik doğuran) nitelikte bir karardır. Zira eğer sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin irade beyanında bulunan tarafın bu beyanı sözleşmenin diğer tarafı tarafından kabul görmüyorsa, bu durumda sözleşme hakim tarafından uyarlanacak ve hakimin vereceği karar inşai nitelikte bir karar olacaktır⁶⁵⁸. Aynı sonuca BGB’de de varıldığı söylenebilir. BGB § 313 hükmünün lafzına bakılacak olursa, yasal ve sözleşmesel risk

⁶⁵⁵ Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 262.

⁶⁵⁶ Gürsoy, 1950: 175.

⁶⁵⁷ Gürsoy, 1950: 177.

⁶⁵⁸ Larenz, 1963: 173.

dağılımı çerçevesinde ifanın beklenilemezliği söz konusu ise borçlunun sözleşmenin uyarlanmasını “talep etme” hakkının söz konusu olduğu görülür.

Bu bağlamda, sözleşmenin uyarlanmasını talep eden borçlu, bunu bir irade beyanı ile gerçekleştirir. Eğer sözleşmenin diğer tarafı bu uyarlama talebine uygun ve olumlu bir cevapta bulunursa sözleşme bu doğrultuda uyarlanır. Eğer uyarlama talebi karşılıksız kalmış ise, sözleşmenin mevcut haliyle ifa edilmesinin borçludan beklenmeyeceğine ve bu doğrultuda sözleşmenin uyarlanmasına hakim karar verir. Hakimin vereceği karar ise inşai niteliktedir.

Türk hukuku bakımından Serozan’a göre ise, sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunan bir tarafın, böyle bir talepte bulunması, hakimin kararını gerektirmeyen inşai haklardandır; bu doğrultuda hakimin vereceği karar da açıklayıcı nitelikte bir karardır⁶⁵⁹.

Hakimin sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin vermiş olduğu kararın yenilik doğuran (inşai) bir karar niteliğinde olup olmadığının, tespiti açısından yenilik doğuran hak kavramının tanımlanması gerekir. Bu açıdan yenilik doğuran hak, etkisini başka bir hukuki ilişki veya işlem üzerinde gösteren ve onun kurulmasını, değiştirilmesini veya sona erdirilmesini sağlayan haklardır⁶⁶⁰. Bu açıdan yenilik doğuran haklar hak sahibine başka bir kişinin hukuk alanında tek taraflı bir hukuki işlemle, hukuki sonuç doğurma imkanı verir. Yenilik doğuran haklara tanınan bu yetki, bir başkasının hukuki durumunun, ancak onun da katılması ile değişebileceği ilkesinin bir istisnasını teşkil eder. Zira burada istenilen sonuç, bu yetkinin kullanılması ile kendiliğinden meydana gelir. İçeriklerine göre yenilik doğuran haklar kurucu, değiştirici ve bozucu yenilik doğuran haklar olarak ortaya çıkar.

Kurucu yenilik doğuran haklar, kullanılmalarıyla yeni bir hukuki ilişki kuran veya bir hakkı kazandıran yenilik doğuran haklardır.

Değiştirici yenilik doğuran haklar ise, kullanılmaları ile mevcut bir hakkı veya hukuki ilişkiyi değiştiren haklardır. Burada yenilik doğuran haklar yeni bir hukuki durum oluşturmaz; mevcut bir hakkı veya hukuki ilişkiyi değiştirir. Örneğin, seçimlik borçlarda seçim hakkının kullanılması, değiştirici yenilik doğuran haklardandır⁶⁶¹.

Kullanılmaları ile bir hakkı veya hukuki ilişkiyi ortadan kaldıran haklara ise bozucu yenilik doğuran haklar denir. Fesih, sözleşmeden dönme (klasik dönme görüşüne göre) bozucu yenilik doğuran haklara örnektir⁶⁶². Burada fesih geleceğe etkili, dönme ise, klasik görüşe göre kural olarak geçmişe etkili olarak sonuçlar doğurur.

⁶⁵⁹ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20, Nr. 4 vd.

⁶⁶⁰ Von Tuhr ve Peter, 1979: 23; Eren, 2016a: 61; Oğuzman ve Barlas, 2017: 154; Dural ve Sarı, 2017: Nr. 1049; Buz, 2005: 57; Tunçomağ, 1976: 49; Tekinay vd., 1993: 16; Kılıçoğlu, 2016: 13.

⁶⁶¹ Von Tuhr ve Peter, 1979: 24; Tekinay vd., 1993: 16; Eren, 2016a: 64.

⁶⁶² Tunçomağ, 1976: 32; Eren, 2016a: 64; Buz, 2005: 193.

Buna karşılık hakkın doğurduğu sonuca göre ise, özel yenilik doğuran haklar ve yenilik doğuran dava hakları söz konusu olur. Özel yenilik doğuran haklar, hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kullanılıp, ayrıca bir dava açmaya gerek yoktur. Yenilik doğuran dava hakları ise, ancak dava yoluyla kullanılabilir. Burada açılan dava yenilik doğuran dava, hakimin vereceği karar ise yenilik doğuran hükümdür. Burada hakimin vereceği karar ile yeni bir hukuki durumun meydana gelmesi söz konusudur ki buna “hükümün kurucu etkisi” denir⁶⁶³. Bu bakımdan yenilik doğuran dava hakkı, hak sahibinin tek taraflı irade beyanıyla kullanılır. Hak sahibinin dava açması hem bir usuli işlem hem de bir irade açıklaması niteliğindedir. Burada hak sahibinin muhataba yöneltmiş bir iradesi bulunmaz, zira bu davada muhatap yani davalı bir davranışta bulunmaya mahkûm edilmez. Burada hükmün kesinleşmesiyle beraber kurucu (inşai) etkisi ve sonuçları kendiliğinden oluşur⁶⁶⁴.

Netice itibarıyla sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, sözleşmede bulunan uyarlama boşluklarının hakim tarafından doldurulmasıdır. Bu bakımdan hakimin uyarlama boşluklarını doldururken kullandığı takdir yetkisi, inşai karar etkisi gösteren bir yetkidir. Zira sözleşmesel ve yasal risk dağılımı çerçevesinde bir düzenleme bulunmaması halinde, sözleşme hakim tarafından somut olay için bizzat koyduğu kurallarla uyarlanır.

Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, çalışmamız kapsamında söz konusu olan “uyarlama kavramı” yargısal uyarlama olarak anlaşılmalıdır. Zira uyarlamanın farklı çeşitleri mevcuttur.

Bu bakımdan uyarlama, sözleşmesel uyarlama, kanuni uyarlama ve yargısal uyarlama olarak üçe ayrılır⁶⁶⁵. TBK m. 138 kapsamında söz konusu olan uyarlama ise, yargısal uyarlama olup, gerçek uyarlama da hakimin somut olaya ilişkin kendi koyduğu kurallarla uyarlama yaptığı bu uyarlama türüdür. Bu nedenle hakimin düzenleyici hukuk kurallarını kullanarak yaptığı uyarlama teknik anlamda bir uyarlama olmayıp, sadece sözleşme boşluklarını doldurmasıdır⁶⁶⁶.

İradi uyarlama, tarafların sözleşme özgürlüğü kapsamında sözleşmeye koydukları uyarlama kayıtları ile şartların değişmesi halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağı veya uyarlanmayacağı yönünde yaptıkları düzenlemelerdir⁶⁶⁷.

Kanuni uyarlama ise, kanunda öngörülen hükümler kapsamında değişen şartlar halinde olumlu veya olumsuz uyarlama hükümleridir ki bunlar kanunda bulunan risk dağılımına

⁶⁶³ Von Tuhr ve Peter, 1979: 26; Eren, 2016a: 66; Kuru vd., 2014: 279.

⁶⁶⁴ Eren, 2016a: 67.

⁶⁶⁵ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 107; Jaggi ve Gauch, 1980: Art. 19 OR, Nr. 575; Eren, 2016a: 483; Kaplan, 1987: 119.

⁶⁶⁶ Eren, 2016a: 483.

⁶⁶⁷ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR, Nr. 297; Jaggi ve Gauch, 1980: Art. 19 OR, Nr. 591; Eren, 2016a: 483; Kaplan, 1987: 128.

ilişkin hükümlerdir. Burada, bir durumun meydana gelmesi ile bu rizikoya hangi tarafın katlanacağına ilişkin veya şartlar her ne surette değişirse değişsin sözleşmenin uyarlanmayacağına ilişkin getirilen kanun hükümleri söz konusudur.

Yargısal uyarlama ise, sözleşmede veya kanunda uyarlamaya ilişkin bir düzenleme bulunmaması halinde meydana gelen uyarlama boşluğunun hakim tarafından doldurulmasıdır. Bu durumda hakim sözleşmeyi kendi koyduğu kurallarla uyarlamaktadır ki Eren'e göre de gerçek uyarlama budur⁶⁶⁸. Bu bakımdan sözleşmenin hakim kendi koyduğu kurallarla uyarlanması ve kararın kesinleşmesi ile sözleşmede belirlenen hükümlerin değil, hakim kendi verdiği kararın uygulanması göz önünde bulundurulduğunda, uyarlama davasının inşai bir dava, hakim kendi verdiği kararın da inşai nitelikte bir karar olduğu sonucuna varılır. Zira hakim takdir hakkını kullanarak hukuki ilişkiyi değiştirdiği davalar inşai dava niteliğindedir⁶⁶⁹.

Yukarıdaki açıklamaları göz önünde tutarak bir tespitte bulunacak olursak, sözleşmenin uyarlanması talebinde bulunulmasının, yenilik doğuran bir dava hakkının kullanılması olduğu, burada hakim kendi vereceği kararın da inşai nitelikte bir karar olduğu sonucuna varılır.

Doktrinde savunulan bir görüşe⁶⁷⁰ göre sözleşmenin uyarlanması talebine ilişkin olan hak, dava dışı kullanılabilecek olan yenilik doğuran haktır. Bu kapsamda meselenin hakim önüne gitmesi halinde ise, hakim kendi vereceği karar açıklayıcı bir tespit kararıdır. Bu görüşü savunan yazarlar bakımından, aşırı ifa güçlüğü'nün sonuçlarından sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ile sözleşmeden dönme arasında bir fark bulunmayıp, niteliği itibarıyla her ikisi de dava dışında kullanılabilecek olan yenilik doğuran haklardır.

Burada sözleşmenin uyarlanması veya sözleşmeden dönmeye ilişkin olan yenilik doğuran haklar arasında serbest seçim yetkisi söz konusu olur. Bu haklardan hangisi seçilirse seçilsin, dava dışında da kullanılabilir. Bu bakımdan bu görüşü savunan yazarlar bakımından uyarlama hakkı, aşırı ifa güçlüğü'nün tüm hukuksal sonuçları bakımından yenilik doğuran hak olduğunu kabul ederler. Bu görüş doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir. Nitekim, sözleşmenin uyarlanmasını taraflardan birinin tek taraflı irade beyanı ile kullanabildiği ve kendiliğinden sonuç doğuran, dava yoluyla kullanılmasına gerek olmayan bir yenilik doğuran hak olarak nitelendirmek, işlem temelinin bozulmasından dolayı mağdur olan tarafın amacı aşacak şekilde korunması anlamına gelir. Ayrıca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması konusunda önemli bir yeri olan “yeniden müzakere” de bu durumda oldukça zorlaşacaktır⁶⁷¹.

⁶⁶⁸ Eren, 2016a: 485.

⁶⁶⁹ Pekcanıtez vd., 2006: 272; Kuru vd., 2006: 292 vd.; Önen, 1981: 53.

⁶⁷⁰ Gürsoy, 1950: 177; Serozan, 2007: 355 vd.; Baysal, 2017: 341 vd.

⁶⁷¹ Haarman, 1979: 108 vd.

İkinci görüşteki yazarlar⁶⁷² bakımından ise, aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki sonuçları arasında bir ayrıma göre değerlendirme yapılmaktadır. Bu bakımdan sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin talebin hukuki niteliği dava yoluyla kullanılması gereken bir yenilik doğuran haktır. Bu dava sonucunda verilen karar da inşai bir nitelik arzeder. Buna karşılık sözleşmeden dönme hakkı ise hak sahibinin tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanabildiği, dava yoluyla kullanılmasına gerek olmayan bir yenilik doğuran haktır. Dolayısıyla işlem temelini bozulmasından dolayı mağdur olan taraf, sözleşmenin uyarlanmasını istiyorsa uyuşmazlığı mahkemeye taşınmalı ve dava açmalıdır. Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse yenilik doğuran dönme hakkını tek taraflı bir irade açıklaması ile kullanabilir. Bu sonuç TBK m. 138'in lafzından da anlaşılmaktadır. Nitekim maddede açıkça ifade edildiği üzere *“borçlu, hakimden sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir.”* Bu doğrultuda maddenin lafzından hareket ederek yapılan yorum neticesinde ikinci görüşten yana bir tutumda bulunulduğu görülür.

Kanaatimizce de, TBK m. 138 uyarınca uyarlama hakkının kullanılması özel yenilik doğuran bir hak değil, yenilik doğuran bir dava hakkıdır. Burada söz konusu olan uyarlama hakkının dava yoluyla kullanılmasının gerekliliğidir. Uyarlama, hüküm ve sonuçlarını ancak hakimin vereceği karar üzerine doğurur. Bu sonuç, TBK m. 138'in lafzından çıkarılan yoruma da uygundur. Ayrıca maddenin lafzından çıkarılan diğer bir sonuç da mağdur konumdaki borçlunun uyarlamayı ancak hakimden istemesinin mümkün olduğudur. Dolayısıyla Türk hukuku'nda uyarlama hakkının yalnız dava yoluyla kullanılabileceği hükme bağlandığı için, yenilik doğuran bir dava hakkı olduğunun kabulü gerekir⁶⁷³. Buna karşılık, açılan dava bir yenilik doğuran dava olmasına rağmen borçlunun uyarlama talebi sonucunda hakimin sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının mümkün olmadığı sonucuna varması halinde, bu sonucun tespitiyle ilişkin karar bir “tespit hükmünde” olacaktır. Ancak hakimin uyarlama kararı vermesi halinde ise verilen karar bir yenilik doğuran karar niteliği taşıyacak; inşai bir karar olacaktır.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ise, kanaatimizce özel yenilik doğuran bir haktır. Yukarıda açıkladığımız gibi özel yenilik doğuran haklar, sahibinin tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanı ile kullanılması şeklinde ortaya çıkar. Bu bakımdan özel yenilik doğuran bir hak niteliğinde olan dönme hakkı da borçlunun irade beyanı karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda, karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden hüküm ve sonuç doğuracaktır. dönme ve fesih haklarının

⁶⁷² Eren, 2016b: 660 vd; Gümüş, 2014: 86; Oğuzman ve Öz, 2018: I, Nr. 622; Topuz, 2009: 331.

⁶⁷³ Karş. Eren, 2016b: 663; Gümüş, 2014: 89.

kullanılması için dava açmaya gerek de yoktur. Böyle bir sonuca varmak, TBK m. 138 düzenlemesine daha uygun olacaktır. Zira madde 138 uyarınca *“hakimden sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir”* düzenlemesi ikili bir ayrımı zorunlu kılar. Böylece yenilik doğuran bir dava hakkını kullanan borçlunun uyarlama istemi sonucunda hakim, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığına karar verirse (ki yukarıda da izah ettiğimiz üzere bu bir tespit hükmüdür), bu hükmün kesinleşmesinden sonra borçlu özel yenilik doğuran dönme hakkını kullanarak, dava yoluna başvurması gerekmeksizin, sözleşmeden dönme veya sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeyi feshetme hakkını kullanabilir. Ancak uyarlamanın mümkün olmaması halinde bunu tespit eden hakimin kendiliğinden sözleşmeyi geçmişe veya ileriye etkili olarak sona ermesine karar vermesi mümkün değildir.

Bununla birlikte, uyarlama hakkı ile sıkı ilişki içerisinde olan, sözleşmenin uyarlanmasının hukuki niteliğinin de belirlenmesi, mevcut sorun açısından önem taşır. Aşağıda inceleyeceğimiz üzere, sözleşmenin hakim tarafından uyarlanması, sözleşmede bulunan uyarlama boşluklarının doldurulmasıdır. Bu bakımdan sözleşmenin uyarlanması sadece hakim tarafından yapılır. Taraflardan birisinin yenilik doğuran bir hak kullanarak bu uyarlama boşluğunu doldurması söz konusu olamaz. Taraflar bir yenilik doğuran hakkı kullanarak dürüstlük kuralı çerçevesinde, işin mahiyetine ve farazi ortak iradelerine göre sözleşmeyi uyarlaması mümkün değildir.

Bu bakımdan doktrinde aşırı ifa güçlüğü'nün sonuçları açısından bir ayrım yapmadan, uyarlama hakkı ile sözleşmeden dönme hakkının dava yoluyla kullanılmasına gerek olmayan yenilik doğuran hak olduğu görüşüne katılmamız mümkün değildir. Bu konuda taraflardan birisinin tek taraflı bir irade açıklaması ile sözleşmeyi uyarlamasının mümkün olmaması ve mutlaka hakim kararı ile yapılması ile ilgili olarak Schwarz 'ın tespitleri⁶⁷⁴ oldukça önemlidir.

Schwarz'a göre tarafların uyuşmamaları söz konusu olursa, bütün hal ve şartlar dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olup olmadığını araştırmak hakimin vazifesidir. Buna karşılık taraflardan birinin tek taraflı bir irade açıklaması mevzu bahis olamaz. Kaldı ki, aşırı ifa güçlüğü'nün oluşması anında borçlunun haiz olduğu hakların içeriğinin de henüz meçhul olması söz konusudur. Aşırı ifa güçlüğü'nün gerçekleştiği her durumda sözleşme değişen şartlara uyarlanmaz. Uyarlamanın mümkün olduğu hallerde ise, ne derecede uyarlama yapılması gerektiği hususu meçhuldür. Sözleşme uyarlanmalı mıdır? Uyarlanacak ise hangi şartlar altında uyarlanmalıdır? Bütün bu durumların tayin ve takdiri borçluya ait olamaz. Bunu ancak hakim tayin edebilir.

⁶⁷⁴ Schwarz, 1944: 201 vd.

4.2.6. Sözleşmenin Uyarlanması Talep Etmenin Usul Hukuku Bakımından Sonuçları

Yukarıda izah ettiğimiz üzere TBK m. 138 lafzından da anlaşılacağı üzere, sözleşmenin uyarlanması hakim tarafından yapılması gereken bir durumdur. Bu bakımdan uyarılma hakkı, dava yoluyla kullanılan bir yenilik doğuran haktır. Usul hukuku bakımından uyarılma davası ise inşai (yenilik doğuran) davalar kapsamına girer⁶⁷⁵. HMK m. 108' de düzenlenen inşai davalar, bir hukuki durumun kurulması, kaldırılması veya değiştirilmesi(yenilik doğuran bir hakkın kullanılması) için davacının tek taraflı irade beyanının yeterli olmadığı veya bu konuda tarafların anlaşmasının mümkün olmadığı, bunun ancak bir mahkeme kararı ile mümkün olduğu durumlarda açılan davalardır⁶⁷⁶.

Yenilik doğuran davaları açma yetkisi, dava konusu olan yenilik doğuran hakkın (aşırı ifa güçlüğü açısından mağdur durumda olan kişi, çoğu zaman borçlu) sahibine aittir. Bu tür davalarda tespit davalarında olduğu gibi özel olarak dava açmakta hukuki yararın olduğunun ispatına gerek yoktur. Zira bu tür davaların açılmasına izin verilmiş ise, bu konuda hukuki yararının bulunduğu da kabul edilir. Buna karşılık inşai davalar mutlaka yenilik doğuran bir hakka dayanır. Bu açıdan yenilik doğuran davaların ancak kanunda belirtilen hallerde açılabileceği kabul edilir⁶⁷⁷.

Sözleşmeden dönme veya fesih hakları ise yukarıda izah ettiğimiz üzere özel yenilik doğuran bir hak olup, bu hakların kullanılması için dava açmaya gerek yoktur; hak sahibinin tek taraflı ve varması gerekli bir irade beyanı ile kendiliğinden hüküm ve sonuç doğuracaktır. Ancak bu hakkın kullanılması, diğer tarafça kabul edilmiyorsa, bu durumda açılacak olan dava da yenilik doğuran bir dava olmayacaktır. Diğer bir deyişle, taraflardan birisinin sözleşmeden dönme hakkını kullanmasına rağmen, diğer taraf bunun aksini iddia ediyor ve gerekli hukuki sonucun doğmadığını ileri sürüyorsa, bu konuda ortaya çıkan uyuşmazlık yenilik doğuran dava yoluyla değil, duruma göre eda veya tespit davası ile çözüme kavuşturulacaktır. Zira yenilik doğuran hak kullanılmakla birlikte hukuki sonuç meydana gelir. Açılacak olan dava ise, ancak bu durumun tespiti veya bu hakkın kullanılmasından doğan taleplerin hüküm altına alınmasına ilişkindir⁶⁷⁸.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin hakkın da yenilik doğuran dava hakkı olmasının nedenlerinden birisi de, uyarılma hakkının tek taraflı irade beyanıyla kullanılmasının, borçluya aşırı derecede verilen bir yetki haline yol açmasıdır. Esasen, yargılama hukuku ile bir hakkın değiştirilmesi mümkün değildir. Maddi hukukun tanıdığı bir

⁶⁷⁵ Pekcanitez vd., 2006: 469; Alangoya vd., 2009: 208.

⁶⁷⁶ Önen, 1981: 9 vd; Pekcanitez vd., 2006: 469.

⁶⁷⁷ Pekcanitez vd., 2006: 470; Alangoya vd., 2009: 210.

⁶⁷⁸ Pekcanitez vd., 2006: 470; Kuru vd., 2006: 295.

hakta tereddüt varsa tespit davası ile tespit edilir veya yerine getirilmiyorsa eda davası ile yerine getirilmesine yönelik karar verilir. Ancak yenilik doğuran davalar bu durumun istisnasını teşkil ederler. Zira yenilik doğuran dava ile maddi hukuktaki durumda değişiklik meydana gelir.

Uyarlama davasının sonucunda mahkemenin ret kararı vermesi halinde, bu karar iddia edilen uyarlama hakkının bulunmadığı yönünde bir tespit hükmündedir. Ancak davanın kabulüne karar verilirse, bu takdirde karar inşai bir karardır. Bu kararın icrasına da gerek olmayıp, kendiliğinden hüküm ve sonuç doğurur. Ancak hakim, uyarlamaya yönelik inşai kararlar birlikte bu kararın fer'isi olarak eda hükümlerine yer vermişse, bunun icrası mümkündür⁶⁷⁹.

Uyarlama davasında uyarlamayı kabul eden kesin hüküm kesinleştiği anda, hukuki sonuçları da ortaya çıkar. Bu inşai etki sadece sözleşmenin tarafları arasında değil, herkes için ortaya çıkmıştır. Bu bakımdan kesin hükümden farklılık arz eder⁶⁸⁰. Doktrinde, inşai kararın herkese karşı etkili olup olmaması, eğer tarafların dışındaki üçüncü kişilerin de etkilenecek olması göz önünde bulundurulduğunda bunun kesin hükmün etkisi mi yoksa inşai kararın etkisi mi olduğu konusunda tartışmalar mevcuttur.

Baskın görüşe⁶⁸¹ göre inşai davanın kabul edilmesi halinde maddi anlamda kesin hükmün etkisi ile inşai kararın tesiri birlikte doğacak, inşai kararın etkisi kurucu iken kesin hükmün etkisi açıklayıcı olacaktır. Böylece kesin hükümle taraflar arasında, inşai kararlar birlikte herkese yönelik sonuç doğurması söz konusu olur. Burada inşai karar etkisi ile kesin hükmün sirayetinin bir arada gerçekleşmesinin en önemli sonucu etkileri bakımındandır. Nitekim inşai karar kural olarak geleceğe etkili sonuç doğururken, kesin hüküm geçmişe yönelik sonuç doğurur. Karşı görüşte olan Kuru' ya göre ise, inşai hükümlerin maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip olması mümkün değildir. Buna karşılık inşai hükümlerin herkese karşı sonuç doğurmasının sebebi kesin hükmün etkisinden değil, maddi hukuktan kaynaklanır. Bu bakımdan inşai hükümlere maddi anlamda kesin hüküm etkisi eklemek gereksizdir⁶⁸².

Uyarlama davası görülmesi sırasında yukarıda da incelendiği üzere, hakimin sözleşmedeki uyarlama boşluklarını nasıl dolduracağı ve sözleşmeyi nasıl uyarlayacağı konusundaki yetkisi MK m. 1/II anlamında hakimin hukuk yaratmasından kaynaklanır. Bu kapsamda uyarlamanın ne surette yapılacağı, edimler arasındaki denge ilişkisinin nasıl

⁶⁷⁹ Karş. Pekcanıtez vd., 2006: 471.

⁶⁸⁰ Alangoya vd., 2009: 210.

⁶⁸¹ Alangoya vd., 2009: 59, dn. 30'da anılan yazarlar.

⁶⁸² Kuru, 1961: 183.

sağlanacağı ve gerçekleşen sözleşmesel rizikoya taraflardan hangisinin ne oranda katlanacağı hususları, inşai nitelikteki uyarlama kararının kesinleşmesiyle belirlenir.

4.3. Sözleşmenin Sona Erdirilmesi

4.3.1. Genel Olarak

Sözleşmenin değişen hal ve şartlara uyarlanmasına genel olarak sözleşmenin uyarlanması denir. Bu kapsamda modern işlem temeli teorisi ve clausula rebus sic stantibus teorileri kapsamında bu kavramın anlamı, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması olarak anlaşılır⁶⁸³.

Buna karşılık uyarlama, genellikle geniş anlamda uyarlama ve dar anlamda uyarlama olarak ikiye ayrılmaktadır. Sözleşmenin içeriğinin değişen şartlara uyarlanması ve bu kapsamda tarafların hak ve borçlarının değiştirilmesi halleri dar anlamda uyarlamadır. Sözleşmenin süresinin uzatılması veya kısaltılması da bir uyarlama sorunu olup, geniş anlamda uyarlama kapsamında değerlendirilir. Diğer bir deyişle, sözleşmenin süresindeki değişikliklerin de uyarlama kavramı içinde düşünülmesi gerekip, hem sözleşmenin içeriğinin hem de süresinin yeni şartlara uyarlanması geniş anlamda uyarlama olarak ifade edilir⁶⁸⁴.

TBK m. 138 kapsamında sözleşmenin dar anlamda uyarlanması ve bu kapsamda sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulması suretiyle hakim tarafından değişen şartlara uyarlanmasının yanında, diğer bir hukuki sonuç ise sözleşmenin sona erdirilmesidir. Buna karşılık sözleşmenin sona erdirilmesi için, uyarlamanın mümkün olmaması veya sözleşmenin amacına uygun olmaması halinde söz konusu olacaktır. Bu kapsamda sözleşmenin sona erdirilmesi, sözleşmeden dönme veya sürekli sözleşme ilişkileri açısından sözleşmenin feshi şeklinde gerçekleşir.

Eğer sözleşmenin dar anlamda uyarlanması mümkün değilse ya da mağdur taraftan yine de edimini ifa etmesi beklenemiyorsa, sözleşme sona erdirilmelidir. Burada göz önünde tutulması gereken kıstas, dürüstlük kuralı kapsamında sözleşmenin tarafından edimini ifa etmesinin beklenemez olmasıdır. Bu bağlamda, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmaması, uyarlanması mümkün olsa da bunun dürüstlük kuralına aykırı sonuçlarının meydana gelmesi ya da tarafların ortak iradelerinin bunun aksi yönünde olması halinde tek çözüm sözleşmenin sona erdirilmesi olacaktır⁶⁸⁵.

⁶⁸³ Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 273 vd; Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 254; Wiegand, 1996: Nr. 98; Bischoff, 1983: 31; Keller ve Schöbi, 1988: 112 vd; Kaplan, 1987: 571; Eren, 2016a: 482.

⁶⁸⁴ Jäggi ve Gauch, 1980: Art. 18 OR Nr. 574; Kramer ve Schmidlin (Kramer), 1986: Art. 18 OR Nr. 274; Bischoff, 1983: 32; Kaplan, 1987: 118; Eren, 2016a: 482.

⁶⁸⁵ Erman, 1979: 116; Baysal, 2017: 380; Dural, 1976: 73.

Sözleşmenin sona erdirilmesi için de TBK m. 138’de aranan şartların gerçekleşmesi gerekir. Bunun yanında yukarıda izah edildiği gibi sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmaması da gerekir. TBK m. 138/II’de sürekli edimli sözleşmelerde borçlunun dönme hakkının yerini kural olarak fesih hakkının alacağı belirtilmiştir. Bu durumda sözleşmenin sona erdirilmesinde iki ihtimal söz konusu olacaktır. Bunlar sözleşmeden dönme ve sözleşmenin feshidir.

4.4. Sözleşmeden Dönme

Yukarıda izah edildiği üzere, sözleşmenin süresinin uzatılması veya kısaltılması halleri geniş anlamda uyarlama kapsamında değerlendirilir. Ancak bu durum, uyarlamanın en ağır şekli olarak ortaya çıkar. Önceden öngörülemeyen durum değişiklikleri halinde işlem temeli çökmüş ise ve sözleşmenin bu şartlara uyarlanması mümkün değilse, mağdur olan taraf sözleşmeden dönebilir. Bu husus “sıfıra uyarlama” şeklinde ifade edilir. Sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesinin mümkün olmaması halinde sözleşmenin sona erdirilmesinin tek çözüm olduğu⁶⁸⁶ kabul edildiği için, bunun işlem temelinin çökmesi hallerinde son çare olarak kullanılması gerekir.

Yukarıda da izah edildiği üzere işlem temelinin çökmesi halinde öncelikli olan sonuç sözleşmenin hakim tarafından değişen şartlara uyarlanmasıdır. Ancak bu şekilde risk dağılımına ilişkin adaletli ve hakkaniyetli bir sonuç elde edilemeyecekse, son çare olarak sözleşmeden dönme imkanının tanınması gerekir⁶⁸⁷.

Sözleşmeden dönme hakkının kullanılması, kanaatimizce özel yenilik doğuran bir haktır. Yukarıda açıkladığımız gibi özel yenilik doğuran haklar, sahibinin tek taraflı, karşı tarafa varması gerekli bir irade beyanıyla kullanılması şeklinde ortaya çıkar. Bu bakımdan özel yenilik doğuran bir hak niteliğinde olan dönme hakkı da borçlunun irade beyanı karşı tarafın hakimiyet alanına ulaştığı anda, karşı tarafın kabulüne veya bir mahkeme kararına gerek olmaksızın kendiliğinden hüküm ve sonuç doğuracaktır. Dönme ve fesih haklarının kullanılması için dava açmaya gerek de yoktur.

Böyle bir sonuca varmak, TBK m. 138 düzenlemesine daha uygun olacaktır. Zira madde 138 uyarınca “hakimden sözleşmenin değişen koşullara uyarlanmasını isteme, bu mümkün olmadığı takdirde sözleşmeden dönme hakkına sahiptir” düzenlemesi ikili bir ayrımı zorunlu kılar. Böylece yenilik doğuran bir dava hakkını kullanan borçlunun uyarlama istemi sonucunda hakim, sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmadığına karar verirse (ki

⁶⁸⁶ Erman, 1979: 116; Baysal, 2017: 380; Dural, 1976: 73.

⁶⁸⁷ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 20 Nr. 9; Dural, 1976: 73; Kaneti, 1972: 603; Arat, 2006: 195; Kaplan, 1987: 154; Baysal, 2017: 381; Erman, 1979: 116; Eren, 2016a: 483.

yukarıda da izah ettiğimiz üzere bu bir tespit hükmüdür), bu hükmün kesinleşmesinden sonra borçlu özel yenilik doğuran dönme hakkını kullanarak, dava yoluna başvurması gerekmeksizin, sözleşmeden dönme veya sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmeyi feshetme hakkını kullanabilir. Ancak uyarlamanın mümkün olmaması halinde bunu tespit eden hakimin kendiliğinden sözleşmeyi geçmişe veya ileriye etkili olarak sona ermesine karar vermesi mümkün değildir.

Doktrinde hakim olan görüşe göre sözleşmeden dönme hakkı, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde, henüz ifa edilmemiş edim yükümlülüklerini sona erdiren, daha önce ifa edilmiş olan edimlerin iadesi borcunu doğuran, şekle bağlı olmayan bir yenilik doğuran hak niteliğindedir⁶⁸⁸.

Sözleşmeden dönme kurumunun amacı, sözleşmenin kurulmasından önce var olan hukuki durumun (status quo ante) yeniden sağlanmasıdır. Bu nedenle, dönme hakkının kullanılması ile taraflar henüz ifa etmedikleri edimleri ifa etme borcundan kurtulur, ifa ettikleri edimleri de iade etmekle yükümlü olurlar⁶⁸⁹. Bu bakımdan sözleşmeden dönme halinde tarafların henüz ifa edilmemiş olan asli ve yan edim yükümlülükleri de sona erer⁶⁹⁰. TBK m. 138 kapsamında sözleşmeden dönme halinde tarafların daha önce yerine getirmiş oldukları edimlerin iadesi açısından ise, dönme hususunda hangi teorinin kabul edileceğinin belirlenmesi gerekir.

Klasik dönme teorisine göre, sözleşmeden dönme, sözleşme ilişkisi üzerinde doğrudan etkiye sahiptir; sözleşmeyi geçmişe etkili olarak (ex tunc) sanki o sözleşme hiç yapılmamış gibi ortadan kaldırır. Buna göre tarafların henüz ifa edilmemiş edim yükümlülükleri kendiliğinden (ipso iure) sona erer, ifa edilmiş olan edimler hukuki sebepten yoksun hale gelir⁶⁹¹. Bu görüşe göre dönme sonrası meydana gelen tasfiye ilişkisinin niteliği tamamıyla sözleşme dışı bir olgudur. Bu bakımdan sözleşme gereği daha önce ifa edilmiş olan edimler, karşılıklı olarak sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre geri istenebilir⁶⁹².

Yasal borç ilişkisi teorisi de sözleşmeden dönmenin sözleşme ilişkisini geçmişe etkili olarak ortadan kaldırdığını savunmakla birlikte, sonrasında meydana gelen ilişkinin niteliği konusunda klasik teoriden ayrılır. Bu görüşe⁶⁹³ göre dönme hakkının kullanılmasıyla birlikte sözleşme geçmişe etkili olarak sona erer ve taraflar arasında yasal bir borç ilişkisi meydana

⁶⁸⁸ Tekinay vd., 1993: 964; Serozan, 2007: 45; Buz, 2014: 65.

⁶⁸⁹ Serozan, 2007: 44; Buz, 2014: 65.

⁶⁹⁰ Buz, 2014: 145 vd.

⁶⁹¹ von Tuhr ve Escher, 1974: 155-156; von Tuhr ve Peter, 1979: OR AT, s. 493; Oser ve Schönerberger, 1929: Art. 109, Nr.2; von Büren, 1964: 380; Feyzioğlu, 1978: 293; Ulusan, 1977: 74 vd; Tunçomağ, 1976: 169; Kılıçoğlu, 2016: 709; Bu görüşün açıklanması ile ilgili Bk.. Buz, 2014: 118 vd.

⁶⁹² Öz, 1989: 34; von Tuhr ve Peter, 1979: 507; Öz, 1990: 171.

⁶⁹³ Kramer ve Schmidlin (Becker), 1986: Art. 1-183, Nr. 4; Tekinay vd., 1993: 967.

gelir. Bu borç ilişkisi, tarafların daha önce elde ettikleri edimlerin iadesi borcu içerir. Burada iade borcunun dayanağı, sebepsiz zenginleşme değildir. Bu borç, doğrudan doğruya kanundan doğan özel bir iade borcudur.

Kaynağını sebebe bağlılık ilkesinden alan aynı etkili dönme teorisi⁶⁹⁴ de klasik dönme teorisinde olduğu gibi, dönme hakkının kullanılması ile sözleşme ilişkisinin geçmişe etkili olarak ortadan kalkması söz konusudur. Ancak burada klasik teoriden farklı olarak, sözleşmeden dönme yalnızca borçlandırıci işlemi değil, aynı zamanda tasarruf işlemini de etkiler. Nitekim sebebe bağlılık ilkesi kabul edildiğinde, sözleşmeden dönme üzerine borçlandırıci işlem geçmişe etkili olarak ortadan kalkacaktır. Bu durumda, borçlandırıci işlemin ifası için yapılan bir malın mülkiyetinin devrine ilişkin tasarruf işlemleri de hukuki sebepten yoksun kalarak geçersiz hale gelir. Sebebe bağlılık ilkesinin bir sonucu olarak, hukuki sebep de geçmişe etkili olarak ortadan kalkar. Bu durumda, sözleşmeden dönme beyanı ile birlikte malın mülkiyeti otomatik olarak devredene geri döner, dolayısıyla devralana sanki mala hiç malik olmamış gibi bakılır. Bu nedenle daha önce ifa edilmiş edimler, istihkak davası ile talep edilir. Bununla birlikte, daha önce ifa edilmiş edimler, karışma, birleşme, işleme veya iyiniyetli üçüncü kişilerin kazanımı sebebiyle istihkak davası ile istenemiyorsa, sebepsiz zenginleşme davası ile talep edilir⁶⁹⁵.

Yeni dönme (dönüşüm) teorisine göre ise sözleşme, dönme beyanı ile sona ermez, yalnızca içerik değiştirir. Burada sözleşmeden dönmenin olumsuz gücü, sözleşme ilişkisinin içeriğine yönelik dolaylı bir güç olarak görülür. Dönme işlemi, sözleşme ilişkisini geçmişe veya geleceğe etkili olarak ortadan kaldırmaz; yalnızca sözleşmenin konusunu tersine çevirerek sözleşmeyi bir tasfiye ilişkisi haline sokar. Daha önce taraflar arasındaki sözleşmenin amacı, karşılıklı edimlerin ifası iken, dönme hakkının kullanılması ile birlikte sözleşmenin amacı da değişir ve edim yükümlülüklerinin ve ifa edilmiş edimlerin tasfiyesi amacına dönüşür. Bu sebeple, henüz ifa edilmemiş yükümlülükler açısından edimin ifasından kaçınma hakkı, ifa edilmiş yükümlülükler için de doğrudan doğruya sözleşmeye dayanan geri verme talebi söz konusu olur⁶⁹⁶. Bu teoride iade borcunun kapsamı sebepsiz zenginleşme hükümlerine göre değil, sözleşme kurallarına göre belirlenir⁶⁹⁷.

Bu bakımdan günümüzde geçerlilik kazanan yeni dönme teorisine göre sözleşmeden dönme halinde sözleşmenin içeriği tersine çevrilir. Düz verme yükümlülükleri ters geri yükümlülüklerine dönüşür. Bu kapsamda henüz yerine getirilmemiş olan edim

⁶⁹⁴ Serozan, 2000: 405.

⁶⁹⁵ Öz, 1989: 39; Buz, 2014: 121.

⁶⁹⁶ Serozan, 2007: 78 vd; Seliçi, 1977: 210; Wiegand, 1996: Art. 109, N2.4 vd; Honsell, 2002: Art. 208, Nr. 3; Eren, 2016a: 1076; Hatemi ve Gökyayla, 2015: 261.

⁶⁹⁷ Serozan, 2007: 73; Serozan, 2004: 206; Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 17 Nr. 18.

yükümlülüklerinin gerçekleştirilmesi talebi sürekli bir def'i hakkıyla engellenir; yerine getirilmiş olan edimlerin geri verilmesi ise doğrudan doğruya sözleşmeden kaynaklanan iade talebine dayanır⁶⁹⁸. Ancak klasik dönme teorisi kabul edilecek olursa, iade talebinin sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanması söz konusu olacaktır⁶⁹⁹.

Doktrinde⁷⁰⁰ aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin uyarlanması mümkün olmaması halinde sözleşmeden dönme hakkının kullanılması ile, tarafların sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak iktisap ettikleri şeyleri geri vermeleri gerektiği savunulmuştur. Kanımızca da işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse mağdur olan tarafın sözleşmeden dönme hakkını kullanmasında, sözleşmeden dönme kurallarına kıyasen geçmişe etkili bir sona erme kabul edilmeli ve taraflar iktisap ettikleri şeyleri sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde iade etmelidir.

4.4.1. Sürekli Sözleşme İlişkilerinin Feshi

TBK m. 138 uyarınca sürekli edimli sözleşmelerde borçlu, kural olarak dönme hakkının yerine fesih hakkını kullanır. Bu bakımından özellikle ani edimli sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmeden dönme hakkı kullanılırken, sürekli edimli sözleşmelerde sözleşmenin feshi söz konusu olacaktır. Sözleşmeden dönme geriye etkili iken, sözleşmenin feshi ileriye etkili sonuç doğurur. Bu bakımdan sözleşmenin feshi halinde o ana kadar yerine getirilmiş edimler bundan etkilenmeyecek, borç ilişkisi bundan itibaren ortadan kalkacaktır⁷⁰¹.

Sürekli sözleşme ilişkilerinde işlem temelinin çökmesi halinde işlem temelinin çökmesi teorisi kapsamında sözleşmenin uyarlanması yolunun mu yoksa haklı nedenle fesih yolunun mu tercih edilmesi gerektiği, hem Türk hukuku hem de Alman hukuku bakımından tartışma konusudur. Bakımdan işlem temeli ile sürekli borç ilişkilerinin feshi arasındaki ilişkiye de değinmek gerekir.

Alman hukukunda BGB § 314/I hükmüne göre:

"Sürekli borç ilişkilerini, sözleşmenin her bir tarafı, önemli nedenlerin bulunması halinde, olağanüstü bir şekilde feshedebilir. Önemli neden, somut olaydaki tüm şartlar dikkate alındığında ve her iki tarafın menfaatleri değerlendirildiğinde, sözleşmede kararlaştırılan sona ermeye kadar veya fesih süresinin dolmasına kadar olan süre içerisinde borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesidir".

⁶⁹⁸ Kocayusufpaşaoğlu vd., 2016: § 17 Nr. 18.

⁶⁹⁹ Oğuzman ve Öz, 2018: 529.

⁷⁰⁰ Öz, 1990: 105.

⁷⁰¹ Seliçi, 1977: 132.

Madde hükmünde ifade edildiği üzere, sürekli borç ilişkilerinin olağanüstü bir şekilde feshedilmesinin sebebi, somut olayın şartlarına ve tarafların karşılıklı menfaatlerine göre borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesidir. Borç ilişkisinin beklenilemez olmasında başvurulacak ölçüt ise, "önemli neden" in varlığıdır. Önemli neden olarak borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesi sonucuna varmak için, somut olayın tüm şartları, özellikle de yasal ve sözleşmesel risk dağılımına ilişkin düzenlemelerin, dikkate alınması gerekir⁷⁰².

BGB § 314/II hükmüne göre, sürekli borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilememesine sebep olan önemli nedenler, özellikle borca aykırılık hallerinden kaynaklanır. Yine madde hükmüne göre, kararlaştırılan bir edimin hiçbir surette yerine getirilmemiş olması veya sözleşmeye uygun olarak yerine getirilmemesi durumunda, alacaklıya sözleşmeden dönme hakkı veren BGB § 323/II hükmündeki dönme nedenleri, sürekli borç ilişkileri açısından, önemli nedenler arasında yer alır. Bununla birlikte, BGB § 314/II hükmü kapsamındaki önemli nedenler, sadece borca aykırılık durumları ile sınırlı değildir. Burada önemli olan, sürekli borç ilişkisinde somut olayın tüm şartları ve tarafların menfaatleri dikkate alındığında borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilemez olmasıdır.

Bundan dolayı, borca aykırılık oluşturmaya dahi, borç ilişkisinin devamının borçludan beklenilemez olmasına yol açan diğer durumlarda da sürekli borç ilişkileri önemli nedenlerle feshedilebilir. Nitekim BGB § 314'ün gerekçesinde, önemli nedenlerin sadece maddede sayılanlardan ibaret olmadığı, daha başka nedenlerin de önemli neden oluşturabileceği belirtilmiştir. Ancak, hükmün gerekçesinde, önemli neden olarak sayılan başkaca hallerden ne anlaşılması gerektiğine dair bir açıklama da yapılmamaktadır⁷⁰³.

BGB § 314 hükmüne göre sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenlerle süresinden önce feshedilmesi bakımından aranılan borcun ifasının borçludan beklenilememesi unsuruna benzer bir unsur da BGB § 313'te aranan sözleşmeyle bağlı kalmanın beklenemezliği. Nitekim işlem temelinin bozulmasına ilişkin BGB § 313 hükmünde de yasal ve sözleşmesel risk dağılımına göre sözleşmeyle bağlı kalmanın borçludan beklenilemez olması gerektiği açıkça düzenlenir. Ayrıca, hem BGB § 314 hem de BGB § 313 düzenlemesi, dürüstlük kuralından(BGB § 242) kaynaklanır. Bu kapsamda her hükümde de yasal ve sözleşmesel risk

⁷⁰² Hohloch, 2004: § 314 BGB, Nr. 4; Schulze, 2005: § 314 BGB, Nr. 2; Grüneberg ve Roth, 2003: § 314 BGB, Nr. 13; Gaier, 2003: § 314 BGB, Nr. 10 vd; BGB § 242 hükmünde düzenlenen dürüstlük kuralından hareketle, doktrin ve içtihatlar, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını kabul etmiştir. Bu husus, reform kanunu ile birlikte, BGB § 314 hükmünde kanunlaşmıştır. "Genel" nitelikte olan bu düzenlemenin dışında, kanunda düzenlenen özel borç ilişkileri bakımından da önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen özel nitelikteki başkaca hükümler de bulunur.

⁷⁰³ Hohloch, 2004: § 314 BGB, Nr. 4 vd.; Heinrichs, 2004: § 314 BGB, Nr. 7; Grüneberg ve Roth, 2003: § 314 BGB, Nr. 10 vd; Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 270.

dağılımına göre beklenemez bir durumun meydana gelmesi aranır. Ayrıca, her iki hüküm de sonradan meydana gelen değişikliklerden dolayı dürüstlük kuralına göre bir beklenilmezlik söz konusu olduğundan dolayı son çare(ultima ratio) özelliği arz eder⁷⁰⁴. Bu nedenle, her iki hüküm arasındaki bu yakınlık, söz konusu kurumlar arasında bir yarışmanın olup olmadığı ve somut olayda uygulama alanlarının nasıl ayrılacağı sorununu önümüze çıkarır.

Bu konuda, BGB §§ 313 ve 314 hükümleri kanunlaşmadan önceki dönemde sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerle feshedilmesi ile işlem temelinin bozulması arasındaki ilişki konusunda doktrinde üç temel görüş bulunmaktaydı.

Doktrindeki bir görüşe⁷⁰⁵ göre, sürekli borç ilişkilerinde işlem temelinin bozulmuş olması, aynı zamanda sürekli borç ilişkilerinin önemli nedenle feshedilmesi bakımından bir neden oluşturacaktı. Ancak, bu hallerde önemli nedenle fesih yoluna gidilmesi öncelikli olup, önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının söz konusu olduğu hallerde, işlem temelinin bozulması yoluna gidilemez. Çünkü sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı, işlem temelinin bozulması hallerinden birisinin somut olarak ortaya çıkmasıdır; bu nedenle özel niteliktedir. Dolayısıyla özel nitelik arzeden sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerle fesih hakkının, genel nitelikte olan işlem temelinin bozulmasına göre uygulanma açısından önceliği vardır.

Doktrindeki hâkim görüş⁷⁰⁶ de sürekli borç ilişkilerinin önemli bir nedenle süresinden önce feshedilmesine imkan veren bir durumun ortaya çıkması, aynı zamanda işlem temelinin bozulması haline örnek oluşturur. Diğer bir deyişle sürekli borç ilişkilerinde işlem temelinin bozulması sözleşmenin feshedilebilmesi için önemli bir neden oluşturur. Bu bakımdan önemli nedenle feshin önceliği vardır. Ancak bu öncelik mutlak anlamda gözetilmesi gereken bir öncelik değildir.

Nitekim sözleşmeyle bağlılık ilkesi uyarınca önemli olan, mümkün olduğunca sözleşmenin ayakta tutulmasıdır. İşlem temelinin bozulması kavramı bakımından da uyarılma öncelikli olarak uygulanan bir husus olup, eğer uyarılma imkanı bulunmuyorsa sözleşme sona erdirilmelidir. Aksi halde uyarlamaya imkân tanınarak sözleşmenin devamına karar verilir. Sözleşmenin uyarılmasına imkan varken sözleşmenin feshinin istenilmesi ise, hakkın kötüye kullanılması anlamına gelebilir. Bu nedenle, somut olayda sözleşmenin kaçınılmaz bir şekilde sona erdirilmesinin icabettiği durumlarda, önemli nedenlerden dolayı fesih hakkının kullanılması, işlem temeline göre önceliklidir. Aksi halde, sözleşmenin uyarılması imkanı

⁷⁰⁴ Teichmann, 1990: § 242 BGB, Nr. 270.

⁷⁰⁵ Flume, 1979: 514.

⁷⁰⁶ Haarman, 1979: 127 vd. 130 vd; Chiotellis, 1981: 162 vd; Schmidt, 1995: § 242 BGB, Nr. 1391 vd.

varsa, bu durumda uyarılama yapılarak sözleşme ayakta tutulmalı ve gerçekleşen rizikoya ilişkin işlem temelinin bozulmasına başvurulmalıdır.

Doktrinde savunulan üçüncü bir görüşe⁷⁰⁷ göre ise, önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı ile işlem temelinin bozulması arasında herhangi bir yarışma sorunu yoktur. Çünkü önemli nedenlerden dolayı fesih hakkı kapsamında aranan önemli nedenler, borçlunun borca aykırı hareket etmesi veya taraflar arasındaki güven ilişkisinden kaynaklanan koruma yükümlülüklerine aykırılık gibi sözleşmenin karşı tarafından kaynaklanan hallerdir. Oysa işlem temelinin bozulması, sözleşmenin her iki tarafının da sorumlu tutulamadığı dış etkenlerden kaynaklanan nedenlere dayanır. Bu bakımdan, her iki kurumun uygulama alanları da birbirinden farklıdır. Eğer taraflardan birinin davranışlarından dolayı borç ilişkisinin devamı diğer taraf açısından beklenemiyorsa önemli nedenlerle fesih, tarafların sorumlu olmadığı nedenlerden dolayı sözleşmeyle bağlı kalmak beklenemiyorsa işlem temelinin bozulması uygulanır.

Alman hukukundaki bu tartışmalar BGB § 314 hükmü kanunlaştıktan sonra da devam etmiştir. Bu konuda, sürekli bir borç ilişkisinde işlem temeli haline gelen sözleşme rizikosunun gerçekleşmesi halinde, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması ihtimali söz konusu ise, sürekli borç ilişkilerinde önemli nedenlerden dolayı fesih hakkını düzenleyen BGB § 314 hükmünün mü yoksa işlem temelinin bozulmasını düzenleyen BGB § 313 hükmünün mü öncelikli olacağına ilişkin tartışmalar halen mevcuttur.

Doktrindeki hâkim olan görüş⁷⁰⁸, tıpkı yukarıda belirtilen hâkim görüş gibi, sürekli borç ilişkilerinde işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin uyarlanmasının ihtimal dahilinde olduğu durumlarda, BGB § 313 hükmünün BGB § 314 hükmüne göre öncelikle uygulanması gerektiğini savunulur. Ayrıca bu husus, kanunun gerekçesinden⁷⁰⁹ de anlaşılmaktadır.

Doktrinde tartışma konusu olan başka bir husus ise, sürekli bir borç ilişkisinin meydana gelen önemli nedenden dolayı feshedilmesinin kaçınılmaz olduğu durumlarda, önemli nedenden dolayı fesih hakkına ilişkin BGB § 314 hükmünün mü; yoksa BGB § 313 hükmünün mü uygulanacağı sorunudur.

⁷⁰⁷ Grüneberg ve Roth, 2003: § 314 BGB, Nr. 8.

⁷⁰⁸ Medicus, 2002: Nr. 874; Gaier, 2003: § 314 BGB, Nr. 3, 12; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 141, 145; Hohloch, 2004: § 314 BGB, Nr. 16; Jauernig, 2003: § 313 BGB, Nr. 12; § 314 BGB, Nr. 2; Heinrichs, 2004: § 313 BGB, Nr. 26; Larenz ve Wolf, 2004: § 38.

⁷⁰⁹ BT-Drucks, 14/6040, s. 177.

Hakim görüşe göre⁷¹⁰, her iki kurum bakımından somut olayda kanuni ve yasal risk dağılımı uyarınca sözleşmeyle bağlı kalmanın beklenemez olduğu değerlendirilir. Ayrıca sürekli borç ilişkisinde işlem temelinin çöktüğü durumlar, aynı zamanda bu sözleşmelerin süresinden önce feshedilmesi için önemli bir neden teşkil eder. Dolayısıyla, yapılan beklenilmezlik kontrolü sonucunda, her iki kurum bakımından da sözleşmeyle bağlı kalınması borçludan beklenemez. Her iki kurumun hem şartları(beklenilmezlik) hem de hukuki sonuçlarının (sözleşmenin feshi) örtüştüğü hallerde, sorunun çözümü için genel-özel kural arasındaki ilişkiden hareket etmek gereklidir. Buna göre, Alman hukukunda sürekli sözleşme ilişkilerinin önemli nedenle feshedilmesine ilişkin tek düzenleme BGB § 314 değildir; bu konuya ilişkin başka bazı özel düzenlemeler de söz konusudur. Eğer somut olaydaki uyuşmazlık bu özel düzenlemelerden birine ilişkin ise, bu özel kurallar uygulanmalıdır. Buna karşılık böyle bir özel düzenleme bulunmaması halinde, BGB 313 hükmünün öncelikli olarak uygulanması gerekir. Zira BGB § 314 sürekli sözleşme ilişkilerine ilişkin genel bir düzenleme niteliği taşıırken, BGB § 313 ise tüm sözleşme ilişkilerine ilişkin genel bir düzenleme niteliği taşır. Bu nedenle eğer sürekli bir sözleşme ilişkisinde işlem temelinin çökmesi söz konusu olursa ve uyarılama yapılmaksızın, sözleşmenin feshedilmesi kaçınılmaz bir durumdaysa, BGB § 314 hükmünün öncelikli olarak uygulanması gerekir.

Türk hukukunda ise özel borç ilişkilerine yönelik haklı nedenle fesih düzenlemeleri mevcut iken, Kanun'da sürekli borç ilişkilerinin feshine ilişkin genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının yanında, sürekli sözleşme ilişkileri bakımından haklı nedenle fesih imkanının da yer alıp almayacağı doktrinde tartışma konusudur⁷¹¹.

Kanımızca sürekli sözleşme ilişkileri bakımından işlem temelinin çökmesine neden olabilecek bir olay ve bu anlamda aşırı ifa güçlüğü aynı zamanda haklı nedenle fesih nedeni de sayılabilir. Buna karşılık, aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki sonuçları arasında sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması önceliklidir. Dolayısıyla sürekli sözleşme ilişkilerinin de haklı nedenle feshi, taraflarca öngörülme ve öngörülemeyen nitelikte olan, ayrıca taraflardan kaynaklanmayan nedenlerle ortaya çıkmış ise, bu takdirde TBK m. 138'in öncelikli olarak uygulama alanı bulması gerekir. Kanunda sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı nedenle feshine ilişkin düzenlemeleri dikkate alırsak, Alman hukukundaki düzenlemeler ile paralellik arz ettiğini görürüz. Nitekim her ne kadar BGB de sürekli sözleşme ilişkilerinin haklı nedenle feshine ilişkin genel nitelikli bir düzenleme bulunsun da, her iki hukukta da fesih nedeni

⁷¹⁰ Medicus, 2002: Nr. 873; Gaier, 2003: § 314 BGB, Nr. 3, 12; Roth, 2003: § 313 BGB, Nr. 141, 145; Jauernig, 2003: § 313 BGB, Nr. 12; Hohloch, 2004: § 314 BGB, Nr. 16; Heinrichs, 2004: § 313 BGB, Nr. 26.

⁷¹¹ Baysal, 2017: 386; Topuz, 2009: 202.

“sözleşmenin devamının taraflar açısından katlanılamaz olması” dır. Bu unsur, aşırı ifa güçlüğündeki dürüstlük kuralına göre ifanın beklenemezliği ile büyük benzerlik gösterir. Buna karşılık sürekli sözleşme ilişkilerinde bu beklenemezlik, taraflardan birisinin borca aykırı davranması veya bir koruma yükümlülüğünü ihlal etmesi halinde de söz konusu olabilir. Diğer bir deyişle haklı neden, taraflardan birisinin fiilleri nedeniyle de gerçekleşmiş olabilir. Bu durumda TBK m. 138’ in uygulama alanı bulması söz konusu olamaz. Zira aşırı ifa güçlüğünün söz konusu olması için, taraflarca öngörülemez nitelikte olan bir olay, taraflardan kaynaklanmayan bir nedenle ortaya çıkmalıdır.

Bu nedenle, eğer sürekli bir sözleşme ilişkisinde, taraflardan kaynaklanmayan öngörülemez nitelikte bir durum meydana gelmiş ise ve bunun neticesinde taraflardan birisinden sözleşmeyle bağlı kalması beklenemiyorsa, bu durumda aşırı ifa güçlüğüne ilişkin TBK m. 138’in uygulanması gerekir. Buna karşılık, somut olayda meydana gelen değişiklik nedeniyle sözleşmenin uyarlanması imkanı yoksa ya da dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğuracaksa, sözleşmenin feshi son çare olarak düşünülmelidir.

BEŞİNCİ BÖLÜM

UYGULAMADA AŞIRI İFA GÜÇLÜĞÜ SEBEBİYLE SÖZLEŞMELERİN UYARLANMASI

5.1. Kira Sözleşmesinin Uyarlanması

5.1.1. Genel Olarak

Sözleşme kurulduktan sonra şartların önemli bir şekilde değişmesi nedeniyle sözleşme kurulduğu anda mevcut olan ve taraflarca göz önünde bulundurulan şartlarda önemli sapmalar oluşabilir. Bu durumda sözleşmenin kurulması ile ifası arasında bulunması gereken uyum önemli ölçüde bozulur. Aşırı ifa güçlüğü uygulamada özellikle sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur ki, kira sözleşmeleri de buna dahildir. Nitekim uzun süreli bir kira sözleşmesi kurulması durumunda, yüksek enflasyon nedeniyle kira bedelinin sembolik bir rakam haline gelmesi, edimler arasındaki denge ilişkisinin önemli ölçüde bozulmasına ve işlem temelinin çökmesine neden olur. Bu nedenle işlem temelinin çökmesi halinde kira sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması doktrinde ve içtihatlarda kabul edilir⁷¹².

Kira sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması, işlem temeli haline gelen durumlardaki değişikliğe göre hem kiracı hem de kiraya veren lehine gerçekleşebilir. Nitekim yukarıdaki örnekte olduğu gibi yüksek enflasyon nedeniyle edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması ve kira bedelinin zaman içerisinde sembolik bir hale gelmesi durumunda kiraya veren lehine sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gündeme gelir. Buna karşılık kira bedelinin yabancı para cinsinden belirlendiği hallerde özellikle yüksek oranlı devalüasyondan kaynaklanan aşırı ifa güçlüğü, kiracı lehine sözleşmenin uyarlanmasına imkan verir.

Uygulamada kira sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması konusunda en çok gündeme gelen husus ekonomik krizler ve bunun sonucunda meydana gelen edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulmasıdır⁷¹³. Türk hukukunda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanmasının sıklıkla gündeme gelmesinin nedeni 1994 ve 2001 ekonomik krizlerine bağlıdır. Nitekim bu krizlerin bir sonucu olarak edimler arasındaki dengenin bozulması ve işlem temelinin çökmesi söz konusu olmuştur⁷¹⁴. Buna karşılık TBK m. 138 işlem temeli haline gelen durumlardan sadece aşırı ifa güçlüğüne esas almış; edimler arasındaki dengenin

⁷¹² Eren, 2016b: 429; Gümüş, 2013: 252 vd; Keller ve Schöbi, 1988: 254.

⁷¹³ Stadler, 2004: § 313 BGB, Nr. 16.

⁷¹⁴ Burcuoğlu, 1995: 13; Gümüş, 2013: 253; Baysal, 2017: 217.

bozulması ve sözleşme ile izlenen amacın ortadan kalkması hallerini madde kapsamı dışında tutmuştur⁷¹⁵.

Kanun koyucunun bu tutumu doktrinde⁷¹⁶ haklı olarak eleştirilere uğramıştır. Öncelikle TBK m. 138'in kapsamını sadece aşırı ifa güçlüğü ile sınırlamak ve edimler arasındaki dengenin bozulması hallerini madde kapsamı dışında tutmak işlem temeli teorisinin sınırlarını alabildiğine daraltmak anlamına gelir. Aşırı ifa güçlüğü halleri uygulamada işlem temelinin çökmesi teorisinin en az görünen türüdür. Buna karşılık özellikle ekonomik krizlere bağlı olarak iki taraflı sözleşmelerde edim ve karşı edim arasındaki dengenin bozulduğu durumlar oldukça yaygındır. Bu durumda TBK m. 138 hükmünün uygulanması fiilen imkansız hale gelebilir⁷¹⁷.

Kanımızca edimler arasındaki denge ilişkisinin TBK m. 138'in kapsamı dışında tutulması oldukça isabetsizdir. Bu durum özellikle kira sözleşmesi gibi iki taraflı sözleşmelerde ekonomik krizler gibi sonradan meydana gelen öngörülemez değişikliklerin meydana gelmesi halinde oldukça olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Nitekim, TBK m. 138 lafzı dikkate alınacak olursa, olası bir ekonomik kriz durumunda kiracıya sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etme imkanı tanınacak iken, kiraya verenin böyle bir hakka sahip olmayacağı gündeme gelir. Dolayısı ile kiraya verenin “aşırı enflasyon nedeniyle kira bedelinin değerinin düştüğü ve bu nedenle kira bedelinin değişen şartlara uyarlanması” talebi, aşırı ifa güçlüğü oluşturmadığı için kabul edilemez.

Doktrindeki hakim konumda olan görüşe⁷¹⁸ ve bize göre de edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması hallerinin TBK m. 138'in kapsamı dışında tutulması isabetsiz olmuştur. Aksinin kabul edilmesi hem işlem temeli teorisinin kapsamının oldukça daralmasına hem de uygulamada adaletsiz sonuçların doğmasına neden olacaktır. Adalet Komisyonu'nun bu konudaki görüşü ise ‘düzenleme yokluğunda yargı (TMK m. 2/I veya m. 1/II) yoluyla soruna özgü içtihat hukukunun geliştirilmesi ve ihtiyacın giderilmesi’ şeklindedir.

Kanımızca edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması işlem temelinin çökmesinin en önemli ve en yaygın türüdür. Ancak TBK m. 138'de işlem temeli haline gelen olaylarla ilgili olarak önem taşıyan bu husus dikkate alınmamıştır. Bu nedenle kanunun amacı ve ruhu esas alındığında söz konusu düzenlemenin somut olaya uygun olmadığı, adalete aykırı sonuçlar doğuracağı görülür. Kanunun amacı ve negatif eşitlik ilkesi (eşit olmayana eşit şekilde davranmama) esas alındığında burada bir örtülü kanun boşluğu olduğu

⁷¹⁵ Bk.. Madde 138 Gerekçesi ve Adalet Komisyonu Raporu.

⁷¹⁶ Serozan, 2006: 46; Gümüş, 2013: 253; Baysal, 2017: 216 vd.

⁷¹⁷ Baysal, 2017: 216.

⁷¹⁸ Serozan, 2006: 46; Gümüş, 2013: 253; Baysal, 2017: 216 vd.

kanaatindeyiz⁷¹⁹. Bu durumda teleolojik redüksiyon (teleologische Reduktion) yöntemi ile düzenlemenin tamamlanması için edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması hallerinin de istisnai olarak TBK m. 138'in kapsamına dahil edilmesi ve Türk hukuku bakımından işlem temelinin çökmesi teorisinin kapsamının aşırı ifa güçlüğü ile edimler arasındaki dengenin bozulması halleri olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündeyiz. Böylece yüksek enflasyon gibi nedenlerle kira bedelinin değişen şartlara uyarlanması kiraya veren tarafından da kabul edilir hale gelir ve hayatın olağan akışı bakımından doğması muhtemel sorunların önüne geçilmiş olur.

5.1.2. Aşırı İfa Güçlüğü Kapsamında Kira Sözleşmesinin Değerlendirilmesi

5.1.2.1. Kira Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi

5.1.2.1.1. TBK m. 138 Kapsamında İşlem Temelinin Çökmesi

TBK m. 138 uyarınca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için aranan unsurlar, kira sözleşmesinin uyarlanmasında da söz konusu olacaktır. Bu bakımdan öncelikle kira sözleşmesinde işlem temelinin çökmüş olduğundan bahsedebilmek için şartlarda öngörülme ve öngörülmesi mümkün olmayan bir değişikliğin meydana gelmesi gerekir⁷²⁰. Bu açıdan tarafların kira sözleşmesi yapılırken mevcut tasavvurlarının boşa çıkması veya beklenen gelirin elde edilememesi işlem temeli kapsamında değerlendirilemez. Nitekim Yargıtay vermiş olduğu bir kararında bu hususu şu şekilde belirtir⁷²¹:

“Her ne kadar alışveriş merkezinde kuruluş aşamasındaki şartların değiştiği, sözleşme kuruluş aşamasında vaat edilen üst gelir grubuna yönelik alışveriş merkezi, moda merkezi yapıldığına ilişkin durumlarda değişiklik mevcut olduğu, davacı kiracı yönünden edimde dengesizlik yapıldığı, alışveriş merkezinin açılışındaki değerini kaybettiği, kiracının alışveriş merkezi müşteri portföyü alım değerlerinin düştüğü, taşınmaz yerin kullanım değerinin olumsuz anlamda değiştiği, değerlerin düştüğü gerekçesiyle uyarılma talebinin kabulüne karar verilmiş ise de; kira sözleşmesinde, davalı kiraya verenin alışveriş merkezinde yer alacak markalara yönelik bir taahhüdünün bulunmadığı, alışveriş merkezinin durumunda değişiklikler olabileceğinin tacir olan davacı yönünden öngörülebilir bir durum olduğu hususları birlikte değerlendirildiğinde, kira sözleşmesinde işlem temelinin çöktüğünden bahsedilemez”.

Bu bakımdan Yargıtay'ın kira sözleşmelerinin değişen şartlara uyarlanması bakımından göz önünde bulundurduğu kriter, geleceğe ilişkin olarak önceden öngörülüp kesin gözüyle

⁷¹⁹ Aynı yönde Bk.. Gümüş, 2013: 253.

⁷²⁰ “Kira bedelinin indirilmesi talep edilen dönemde ekonomik koşullarda olağanüstü değişimler olmaması, işlem temelinin çökmesi ile ilgili bir delil sunulmaması, yine kiralananın bulunduğu semte özgü ekonomik koşullarda olağandışı bir değişiklik yaşanmaması karşısında kira bedelinden indirim istenemeyeceğinden davanın REDDİNE(...)”. Yarg. 6. HD, 20.01.2014, 2013/6452 E, 2014/536 K.

⁷²¹ Yarg. 3. HD, 32017/261 E., 2017/781 K.

bakılabilir, tahmin edilebilir ve beklenebilir olayların işlem temelinin çökmesine neden olmayacağı, sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen olayın öngörülemez nitelikte olması gerektiğidir.

Yargıtay'ın kira sözleşmelerinin uyarlanması "öngörülemezlik" kriteri bakımından bir diğer husus ise sözleşmenin uzun süreli olması hususudur. Nitekim Yargıtay'ın istikrarlı uygulamalarına göre kira sözleşmesinin uyarlanması sadece uzun süreli kira sözleşmeleri bakımından geçerli olup, kısa süreli kira sözleşmelerinin uyarlanması mümkün değildir. Yargıtay⁷²² üç yıllık bir kira sözleşmesinin uyarlanmasına ilişkin uyuşmazlıkta bu hususu "(...) kira sözleşmesi uzun süreli olmayıp kısa sürelidir. Sözleşmenin sonunda tarafların sözleşmeyi yeni koşullarda yenileme veya sona erdirmeye imkânları bulunmakta olup, kısa süreli kira sözleşmelerinde tacir olan davacının sözleşmesinin yeni koşullara uyarlanmasını isteme imkânı bulunmamaktadır." şeklinde belirtir.

Kira sözleşmesinin uyarlanması için uygulamada önem arz eden bir diğer unsur ise önceden öngörülemeyen olağanüstü olay nedeniyle kiracı ve kiraya verenin edimleri arasındaki dengenin ciddi ölçüde ve şüpheye mahal vermeyecek şekilde bozulmuş olması gerektiğidir. Bu bakımdan sınırlı devalüasyonlar gibi edimler arasındaki denge ilişkisindeki ciddi olmayan dengesizlikler uyarlama hakkı tanımaz⁷²³. Bu bakımdan kira sözleşmelerinin uyarlanması sırasında hakim dürüstlük kuralı ve hakkaniyet (TMK m. 4) çerçevesinde değerlendirme yaparak işlem temelinin çökmüş olup olmadığını tespit eder. Dolayısıyla kira tespit davalarında uygulanan kira bedelinin tespiti yöntemi, uyarlama davasında uygulanmaz. Diğer bir deyişle uyarlama davasında kira bedelinin belirlenmesi sırasında bu yöntem tek başına uygulama alanı bulmaz. Nitekim Yargıtay'ın bu konudaki görüşü⁷²⁴ de bu yöndedir:

"Önemle vurgulayalım ki, belirtilen uyarlama davalarına özgü temel kurallar gözetilmeksizin salt kira parasının tespitine ilişkin davalarda izlenen yöntemlerle, örneğin sadece taşınmazın cinsi, yüzölçümü, bulunduğu mevki, emsal taşınmazların kira bedelleri gibi verilerle intibak boşluğu doldurulup, sözleşme düzeltilemez. Değerlendirmede bunlar ancak yardımcı kaynak olarak gözetilebilir. Diğer bir anlatımla, sözleşmede yüklenilen edimleri tamamen başka bir anlam verilecek hale getirmek suretiyle bir tarafa beklenmedik şekilde olağanüstü yararlar sağlanamaz, sözleşme yeni bir hale dönüştürülemez. Yine sözleşmenin kurulması sırasında tarafların sözleşmeyi uzun süreli yapmalarına ilişkin birleşen amaç ve iradeleri hiçbir zaman gözden kaçırılmaması gereken vazgeçilmez bir olgudur. Gerçekten de uzun bir süreyle kira akdine bağlanmış kiracı ve kiralayanın hak ve vecibelerini, kısa süreli kira sözleşmesinin tarafları ile bir konumda görmenin sözleşme serbestisi ilkesine, adalet ve mantık kurallarına aykırı olacağına duraksamaya yer olmamalıdır. Aksinin düşünülmesi halinde sözleşmenin fesih edildiği, yeni

⁷²²Yarg. 6. HD, 28.04.2014, 2013/13871 E, 2014/5361 K.

⁷²³ Yarg. 13. HD, 08.05.2003, 2003/1883E, 2003/5725K.

⁷²⁴ Yarg. 3. HD, 06.02.2013, 2013/60 E., 2013/1701 K; 3. HD. 12.02.2018, 2018/16 E., 2018/859 K.; 3. HD. 19.06.2017, 2017/6433 E., 2017/10426 K.

bir sözleşmenin ortaya çıktığı sonucuna kavuşmak gerekir ki hükümlerini sürdüren bağlayıcı ve ayakta duran sözleşme karşısında bunu kabul etmek mümkün değildir”.

Görüldüğü üzere kira sözleşmesinin uyarlanması sırasında kira bedelinin tespitine yönelik uygulamalar sadece yardımcı konumda olacak, bunun yanında özellikle somut sözleşmenin özelliği, kira ödeme dönemleri, diğer koşullar, sözleşme süresi, beklenilmeyen ekonomik değişiklikler (enflasyon, devalüasyon), kiralananın nitelikleri, sözleşmenin amacına aykırı olmayacak biçimde her iki tarafın menfaatleri gibi tam objektif ve subjektif hal ve şartlar tartışılacak ve uyarlama buna göre yapılacaktır.

5.1.2.1.2. Kira Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesinin Diğer Görünüm Türleri

5.1.2.1.2.1. Kira sözleşmesinin Haklı (Önemli) Sebep Olağanüstü Feshi

Türk hukukunda genel olarak kabul edildiği üzere, TBK m. 331’de düzenlenen kira sözleşmesinin kiracı veya kiraya veren tarafından haklı sebebe dayalı fesih bildirimi ile sona erdirilmesi, işlem temelinin çökmesi teorisine dayandırılır⁷²⁵. Bu bakımdan işlem temelinin çökmesine dayanan genel hüküm TBK m. 138’in yanında özel bir hüküm olan TBK m. 331 hükmündeki işlem temelinin kapsamının belirlenmesi gerekir.

TBK m. 331’e göre taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hale getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir. Hakim durum ve koşulları göz önünde tutarak, olağanüstü fesih bildiriminin parasal sonuçlarını karara bağlar.

TBK m. 331 belirli veya belirsiz süreli taşınır ve taşınmaz kiralarda uygulama alanı bulur. Hatta kiralananın henüz kiracının kullanımına bırakılmadığı durumlarda da bu hüküm gündeme gelebilir⁷²⁶.

Kira sözleşmesinin önemli sebeple feshi, işlem temeli teorisinin özel bir görünüm türü olması sebebiyle hukuki temel olarak da dürüstlük kuralına dayandırılır. Bu bakımdan sözleşmeyi fesheden tarafın dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmeyle bağlı kalmasının beklenemeyeceği durumlarda genel olarak önemli sebep gerçekleşmiş sayılır. Bu konuda takdir yetkisi hakime bırakılmış olup, somut olayda önemli sebebin gerçekleşmiş olup olmadığı hakim tarafından değerlendirilir. İşlem temelinin çökmüş olup olmadığının tespiti sırasında yapılan değerlendirmede göz önünde tutulan “dürüstlük kuralı çerçevesinde sözleşmenin çekilemez hale gelmesi” burada da söz konusu olacak, sözleşme kurulması

⁷²⁵ Aral ve Ayrancı, 2015: 276; Gümüş, 2013: 320; İsviçre hukuku bakımından ise bu mesele clausula rebus sic stantibus kapsamında değerlendirilir. Bk.. Weber, 2000: 1462. Zira İsviçre hukukunda işlem temelinin çökmesi teorisi kabul edilmez. Keza eBK döneminde de bu hususa ilişkin olarak clausula rebus sic stantibus atıfta bulunulmuştur. Bk.. Tandoğan, 1985a: 230; Burcuoğlu, 1995: 285.

⁷²⁶ Yavuz vd., 2016: 253.

sırasında öngörülme ve öngörülmesi de mümkün olmayan, feshi talep eden taraftan kaynaklanmayan ve sözleşmenin süresinin sonuna kadar ifasını çekilemez hale sokan durumlar önemli sebep olarak sayılacaktır⁷²⁷.

5.1.2.1.2.2. Kira Sözleşmesinin Önemli Sebeple Feshi ile Aşırı İfa Güçlüğü Arasındaki İlişki

Kira sözleşmesinin önemli sebeplerle feshini öngören TBK m. 331 her ne kadar işlem temeli teorisinin özel bir türü olsa da, TBK m. 138’de düzenlenen aşırı ifa güçlüğü bakımından aranan objektif şartların yanında sübjektif şartları da içerir. Öncelikle TBK m. 331 uyarınca sözleşmenin feshedilebilmesi için işlem temelinin çökmesine yol açan savaş, ekonomik kriz gibi sosyal boyutlu, önemli ve öngörülemeyen olayların meydana gelmesi gerekir. Bu nedenle ekonomik dalgalanmalar, kira bedelinin azlığı veya çokluğu önemli bir neden sayılmaz⁷²⁸. Bunun yanında toplumun tümünü tehdit edici sosyal boyutlu olayların yanında tarafların birisi açısından işlem temeli haline gelen durumların değişmesi de somut olayın özelliğine göre önemli neden teşkil edebilir. Örneğin kiracının ağır hastalığı veya özürlü nedeniyle kiralananı kullanamaması, kiraya verenin ekonomik durumunun kötüleşmesi nedeniyle kiralananın bizzat yararlanma ihtiyacının ortaya çıkması gibi kişisel nedenlerden dolayı da önemli sebeple fesih mümkündür.

Bu bakımdan TBK m. 138 ile 331 arasındaki ilk farklılık işlem temelinin tespitindeki objektif ve sübjektif ölçütlerde ortaya çıkar. Buna karşılık savaş, ekonomik kriz veya kanundaki değişiklikler gibi tarafların önceden öngöremediği, toplumun tümünü etkileyen, olağanüstü bir durum meydana gelirse hangi hüküm öncelikli olacaktır? Diğer bir deyişle objektif işlem temeli haline gelen durumların değişmesi sonucu bu iki hükmün yarışması sorunu nasıl çözülecektir? Kanımızca burada sözleşmeyle bağlılık ilkesinden hareket edilmesi gerekir. Geçerli olarak kurulmuş olan bir sözleşme, tarafları bağlar ve şartlarda meydana gelen değişiklikler kural olarak sözleşmenin değiştirilmesine veya ortadan kaldırılmasına engel değildir. Bunun istisnalarından biri ise sosyal adalet ilkesinden ve sözleşme adaletinden kaynaklanan işlem temelinin çökmesi teorisidir ki kaynağını dürüstlük kuralında bulur. Bu bakımdan kira sözleşmesinde objektif işlem temeli haline gelen durumların öngörülemeyen şekilde değişmesi durumunda sözleşmeyi feshetmek yerine TBK m. 138 uyarınca değişen şartlara uyarlamak daha hakkaniyetli bir sonuç olacaktır. Nitekim bu şekilde sözleşmenin ayakta kalması sağlanacak ve tarafların karşılıklı menfaatleri göz önünde tutularak sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması söz konusu olacaktır. Eğer sözleşmenin uyarlanması

⁷²⁷ Arat, 2006: 119; Seliçi, 1977: 192; Tandoğan, 1985a: 416.

⁷²⁸ Gümüş, 2013: 321.

mümkün değilse veya uyarılama sonucunda ortaya çıkacak olan sonuç hakkaniyete uygun olmayacaksa, her iki hüküm bakımından da sonuç sözleşmenin feshedilmesi olacaktır. Dolayısıyla TBK m. 138'in öncelikli olduğunun kabul edilmesi gerekir. Buna karşılık sübjektif işlem temeli haline gelen durumlar söz konusu olursa (tarafların kişiliğinden kaynaklanan ve sözleşme ilişkisini çekilmez kılan durumlar) burada aşırı ifa güçlüğü oluşmaz ve TBK m. 138 uygulama alanı bulmaz. Bu durumda TBK m. 331 uyarınca sözleşmenin önemli sebeple feshedilmesi gündeme gelir.

5.1.2.2. Kira Sözleşmesinde Uyarılama Kayıtları

Sözleşmede yer alan olumlu veya olumsuz uyarılama kayıtları, kira sözleşmesinin uyarlanması bakımından uygulamada oldukça önem arz eder. Taraflar kira sözleşmesinde birtakım değişikliklerin meydana gelmesi halinde sözleşmenin uyarlanacağına yönelik olumlu uyarılama kayıtlarına yer verebileceği gibi meydana gelen değişikliklerin sözleşmeye bir etki etmeyeceği yönünde olumsuz uyarılama kayıtlarına da yer verebilirler. Aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması durumunda bu uyarılama kayıtları sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde değerlendirilir⁷²⁹.

Kural olarak TBK m. 138 uyarınca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için yasal ve sözleşmesel risk dağılımında bir hükmün bulunmaması gerekir. Bu açıdan tarafların kira sözleşmesinde herhangi bir uyarılama kaydına yer vermeleri halinde bu kayıtlar geçerli olacaktır. Diğer bir deyişle kira bedelinin belirlenmesine yönelik bir sözleşme şartının bulunması sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını engeller⁷³⁰. Ancak kanımızca sözleşmedeki uyarılama kayıtları da sözleşmenin bir parçasıdır ve bu kayıtlar da olağanüstü ve önceden öngörülemez nitelikte bir değişiklik nedeniyle işlem temelinin çökmesi durumunda uyarlanabilmelidir.

Yargıtay da kira sözleşmelerindeki uyarılama kayıtlarını genel olarak sözleşmeyle bağlılık ilkesi çerçevesinde değerlendirir ve sözleşmede kira bedelinin belirlenmesine yönelik bir kaydın bulunması halinde kira bedelinin uyarlanmasının kural olarak mümkün olmadığını benimser. Ancak her ne kadar taraflar kira bedelinin artışına ilişkin sözleşmede risk dağılımına ilişkin bir düzenleme yapmış olsalar da öngörülemez ve olağanüstü değişiklikler sonucunda edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması durumunda yine de uyarılamanın yapılabileceği görüşündedir. Yargıtay bu duruma ilişkin bir kararında⁷³¹ şu ifadelerle yer vermiştir:

⁷²⁹ Seliçi, 1977: 202.

⁷³⁰ Gümüş, 2013: 255.

⁷³¹ Yarg. 6. HD, 03.04.2014, 2013/10762 E, 2014/4399 K.

“Kira sözleşmelerinde her bir yılın kira bedeli açıkça gösterilmiş veya miktarının açıkça belirlenmesini sağlayacak artış kuralı getirilmiş ise, getirilen bu artış kuralına tarafların, “sözleşmeye bağlılık” ilkesi gereği uymaları zorunludur. Kısa süreli bir sözleşmenin koşulları borçlu için ağırlaşmış olsa bile sözleşmeye bağlılık ilkesi içinde borçlu sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Uyarlamanın gerektirdiği olağanüstü koşullar nedeni ile edimler arasındaki dengenin aşırı ölçüde kiracı davacı aleyhine değiştiği kanıtlandığı takdirde işlem temelinin çökmesi nedeniyle sözleşmenin kira parasına ilişkin hükmü için uyarlama gerçekleştirilebilir”.

5.1.3. Kira Sözleşmesinin Uyarlanması ile Kira Bedelinin Tespiti Arasındaki İlişki

5.1.3.1. Genel Olarak Kira Bedelinin Tespiti

TBK'nın yürürlüğe girmesinden önceki dönemde kira sözleşmesinin zayıf tarafını oluşturan kiracının korunması ve kiraya verenin talep edebileceği kira bedelinin sınırlandırılması 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun (GKHK) kapsamında değerlendirilirdir. TBK'nın yürürlüğe girmesi ile yürürlükten kaldırılan GKHK'nın 2. ve 3. maddeleri, taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerinde kira bedelini donduran ve bedelin belirlenmesine ilişkin sınırlamalar getiren hükümler içermekteydi. Ancak bu maddeler, mülkiyet hakkının özüne dokunan bir sınırlama olduğu gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmişti⁷³². Bu karar doğrultusunda kira bedelinin belirlenmesine ilişkin sınırlamalar getirilmesi tamamen reddedilmemiş ancak bunun günün hal ve şartlarına uygun ve gerçekçi bir biçimde yapılması gerektiği belirtilmiş ve kanun koyucuya bu konuda gerçekçi bir düzenleme yapması için altı aylık süre verilmişti. Ancak kanun koyucu bu süre içerisinde bir düzenleme yapamamış ve kira bedelinin belirlenmesine yönelik bir kanun boşluğu ortaya çıkmıştı. Bu boşluk Yargıtay kararları ile doldurulmuş ve içtihatlarla geliştirilen bir kira bedeli tespiti meydana gelmişti. TBK'nın yürürlüğe girmesi ile kira bedelinin tespiti hükümleri madde 344-345 ile düzenlenmiş ve tüm konut ve çatılı işyeri kiralarında uygulama alanı bulmuştur.

5.1.3.2. Kira Bedelinin Tespitine Yönelik Esaslar

TBK m. 344/I'e göre kira sözleşmesinde taraflar uzayan kira dönemi için belirli bir artış oranı veya miktarı tespit etmişlerse, bir önceki kira yılında üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçmemek koşuluyla bu oran veya miktar geçerli olacaktır. Bu bakımdan tarafların bir yıldan fazla süreyle yaptıkları kira sözleşmesinde ilk yılı takip eden dönemde kira bedelindeki yıllık artış miktarı bir önceki yılın üretici fiyat endeksindeki artış oranını geçemez. Bu miktarı geçen kısma ilişkin anlaşmalar geçersiz (kısmi butlan) kabul edilir⁷³³.

⁷³² AYM, 26.03.1963, 1963/3E, 1963/67 K.

⁷³³ Eren, 2016b: 426; Gümüş, 2013: 246.

Taraflar sözleşmede bir artış oranı belirlememişlerse (TBK m. 344/II) açılacak olan dava ile kira bedeli, bir önceki yılın üretici fiyat endeksindeki artışı geçmemek üzere hakim tarafından, kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete göre belirlenir.

TBK m. 344/III'e göre beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira dönemine uygulanacak olan bedel, taraflarca bir anlaşma yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, açılacak dava ile hakim tarafından üretici fiyat endeksindeki artış oranı, kiralananın durumu ve emsal kira bedelleri göz önünde bulundurularak hakkaniyete göre belirlenir.

Buna karşılık sözleşmedeki kira bedeli yabancı para cinsinden belirlenmişse, TBK m. 344/IV uyarınca beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamaz. Bunun istisnası ise aşırı ifa güçlüğü halidir. Eğer şartların öngörülemez surette değişmesi nedeniyle aşırı ifa güçlüğü oluşmuşsa sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması gündeme gelir.

Bununla birlikte TBK m. 343 uyarınca kira bedelinin belirlenmesi dışında kiracı aleyhine değişiklik yapılamayacaktır. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki 6353 sayılı Kanunun geçici 2. maddesi ile çatılı işyeri kiralarında tacir kiracılar, kamu veya özel hukuk tüzel kişisi kiracılar bakımından TBK m. 343 ve 344'ün uygulanması 1.7.2012 tarihinden itibaren 8 yıl süreyle ertelenmiştir. Bu bakımdan yenilenen kira dönemlerinde kira bedelinin belirlenmesine yönelik hükümlerin uygulama alanı oldukça daralmıştır. 6353 sayılı Kanunun geçici 2. maddesinde “bu halde, kira sözleşmelerinde bu maddede belirtilmiş olan konulara ilişkin olarak sözleşme serbestisi gereği kira sözleşmesi hükümleri; kira sözleşmesinde hüküm olmayan hallerde mülga Borçlar Kanunu hükümleri uygulanır” hususları belirtilir. Ancak bu düzenleme de ortaya çıkan boşluğu doldurma konusunda yeterli değildir. Zira eBK'da kira bedelinin belirlenmesine ilişkin somut olayda kullanılabilecek bir hüküm bulunması oldukça güçtür.

5.1.3.3. Kira Sözleşmesinin Uyarlanması ile Kira Bedelinin Tespiti Arasındaki Farklar

Her ne kadar kira sözleşmesinin uyarlanması ile kira bedelinin tespiti birbirinden farklı kavramlar olsa da her ikisinde de sözleşmedeki kira bedelinin yeniden belirlenmesi söz konusu olur. Bu bakımdan iki kavram arasında ciddi benzerlikler de vardır.

Öncelikle TBK m. 345 hükmü uyarınca taraflar sözleşmede kira bedelinin yeni kira döneminde artırılacağını kararlaştırmışlarsa, yeni kira döneminin sonuna kadar kira tespit davası açılabilir. Bu bakımdan mahkemenin belirlediği kira bedeli yeni dönemin başından itibaren geçerli olur. Buna karşılık taraflar yeni kira döneminde kira bedelinin artışına ilişkin sözleşmede düzenleme yapmamışlarsa, kiraya veren kira bedelinin tespiti davasını yeni

dönemin başlangıcından en geç otuz gün önceki bir tarihte açmalı veya bu süre içinde kiracıya yazılı bir bildirimde bulunarak yeni kira dönemi içinde açmalıdır. Görüldüğü üzere kira bedelinin tespiti kira dönemi içerisinde mahkemeden istenir. Ayrıca içerisinde bulunan kira dönemine ilişkin olarak kira bedelinin tespiti talebinde bulunulamaz; ancak sonraki kira dönemine ilişkin talepte bulunulur.

Kira sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması ise içinde bulunan kira döneminde de geçerli olabilir. Nitekim aşırı ifa güçlüğü halinde mevcut kira dönemine ilişkin kira bedelinin değişen şartlara uyarlanması mümkündür.

TBK m. 344'de belirtildiği üzere, kira bedelinin belirlenmesi sırasında hakim bir önceki kira yılındaki üretici fiyat endeksindeki artışı, kiralananın durumunu ve emsal kira bedellerini göz önünde bulundurarak hakkaniyete göre karar verir. Buna karşılık TBK m. 138 uyarınca kira sözleşmesinin uyarlanmasının hukuki temeli işlem temelinin çökmesi teorisi. Bu doğrultuda uyarlamanın amacı edimler arasındaki dengenin yeniden sağlanması ve sözleşmedeki uyarlama boşluklarının doldurulmasıdır. Dolayısıyla uyarlama sırasında hakim mevcut piyasa şartları, ekonomik durum, tarafların sözleşmeyi yapmaktaki amaçları ve farazi iradeleri gibi uyarlama davalarına ilişkin özel hususları dikkate alır. Sözleşmenin uyarlanması bir anlamda sözleşme boşluklarının hakim tarafından doldurulması anlamına geldiği göz önünde tutulursa, sadece kira bedelinin tespitine ilişkin yöntemlerle (kiralananın durumu, emsal kira bedelleri vs) uyarlama yapılamaz⁷³⁴.

5.2. Kefalet Sözleşmesinin Uyarlanması

5.2.1. Genel Olarak

Kefalet sözleşmesinde kural olarak tarafların karşılıklı edimleri söz konusu olmaz; bu nedenle edim ve karşı edim arasındaki dengenin bozulması gibi bir durum ortaya çıkmaz. Diğer bir deyişle kefalet sözleşmesinde işlem temelinin çökmesi, edimler arasındaki dengenin bozulması şeklinde ortaya çıkmaz⁷³⁵. Buna karşılık aşırı ifa güçlüğü'nün oluşması her zaman ihtimal dahilindedir. Sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların olağanüstü bir şekilde değişmesi nedeniyle kefilden borcunu ifa etmesinin beklenmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil ederse sözleşmenin uyarlanması gündeme gelebilir. Bu bakımdan her ne kadar kefalet sözleşmesi kişisel bir teminat sözleşmesi olsa da işlem temelinin çökmesi burada da gündeme gelebilir ve uyarlama yapılabilir. Ancak burada salt işlem temeli teorisi bakımından bir inceleme yapmak doğru olmayacaktır. Nitekim kefalet sözleşmesinde asıl borçlunun borcunu ödememesi bizzat kefalet sözleşmesinin üzerine kurulduğu bir rizikodur. İşlem temelinin

⁷³⁴ Yarg. 6. HD, 12.5.2015, 2014/6666 E., 2015/4812 K.

⁷³⁵ Serozan, 2000a: 1018; Baysal, 2017: 306

çökmesi ise sözleşmenin içeriği haline gelmemiş olan olayların gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkar. Buna rağmen kefalet sözleşmesinde de işlem temelinin çökmesinin söz konusu olabileceği kabul edilmelidir.

5.2.2. Kefalet Sözleşmesinde İşlem Temelinin Çökmesi

Kefalet sözleşmesinde edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulması söz konusu olmamasına ve riskin üstlenilmesi nedeniyle her durumda aşırı ifa güçlüğü'nün gündeme gelmemesine rağmen yine de işlem temelinin çökmesi mümkündür. Bu durum TBK m. 599'da düzenlenen kefilin kefalet sözleşmesinden dönme hakkında mevcuttur. Nitekim doktrindeki hakim görüşe göre TBK m. 599 uyarınca kefilin gelecekte doğacak borçlara kefaletten dönmesi, işlem temeli teorisi kapsamında değerlendirilir⁷³⁶.

TBK m. 599 uyarınca gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, kefil alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Buna karşılık kefil, alacaklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararı gidermekle yükümlüdür.

Kefalet sözleşmesinden dönme hakkının kapsamında borçlunun mali durumunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulması, genel olarak objektif işlem temelini oluşturur. Buna karşılık borçlunun mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması subjektif işlem temelidir.

Kefilin dönme hakkı gelecekte doğacak borçların teminat altına alındığı kefalet sözleşmeleri bakımından geçerlidir. Diğer bir deyişle dönme hakkının kullanılabilmesi için dönme hakkının kullanıldığı anda asıl borcun henüz doğmamış olması gerekir⁷³⁷. Dönme hakkının bu şekilde sınırlanmış olmasının sebebi, asıl borcun doğmasından sonra alacaklının kefaletten dönme ile karşılaşmaması içindir. Nitekim gelecekte doğacak olan bir borca verilen teminata güvenen ve borçlu ile hukuki ilişkiye giren alacaklının kefalet sözleşmesine olan güveninin korunması gerekir.

Esasen kefalet sözleşmesi, asıl borçlunun borcunu ifa etmemesine ilişkin riskin teminat altına alınması amacını taşır. Dolayısıyla borçlunun borcunu ifa etme gücü bulunmaması veya bu gücünü sonradan kaybetmesi, kefalet sözleşmesi ile teminat altına alınan riski oluşturur. Bu nedenle asıl borçlunun mali durumundaki değişikliklerden dolayı kefilin kefaleti ile bağlı olmaması, özünde kefalet sözleşmesinin varlık sebebine de aykırıdır.

⁷³⁶ Gümüş, 2014: 397; Elçin-Grassinger, 1996: 184; Baysal, 2017: 305.

⁷³⁷ Özen, 2016: 583; Ayan, 2018: 557.

Buna karşılık gelecekte doğacak borçlar bakımından kefile böyle bir dönme hakkının tanınması hakkaniyet gereğidir⁷³⁸.

Kefilin dönme hakkını kullanabilmesi için borçlunun mali durumuna ilişkin gerçekleşmesi gereken ilk şart, borçlunun kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra mali durumunun önemli ölçüde bozulmuş olmasıdır. Doktrinde ifade edildiği üzere buradan anlaşılması gereken, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumunun, sözleşme yapıldıktan sonra önemli ölçüde bozulmuş olmasıdır⁷³⁹. Bu bakımdan borçlunun mali durumunun bozulduğunun tespitinde kefilin kefalet beyanında bulunması anı ile dönme hakkını kullandığı zaman arasındaki mali durumun karşılaştırılması gerekir. Bu iki zaman dilimi arasında asıl borçlunun mali durumunda önemli bir bozulma söz konusu ise kefilin dönme imkanı gündeme gelir⁷⁴⁰.

Mali durumun önemli ölçüde bozulması ile ilgili olarak doktrinde⁷⁴¹ asıl borçlunun iflasına karar verilmesi, borçluya yapılan takiplerin semeresiz kalması, konkordato talebi veya iflas erteleme kararı gibi durumlar belirtilse de asıl borçlunun mali durumundaki önemli bozulmanın sebebi veya borçlunun bunda kusurlu olup olmaması, kefilin dönme hakkının kullanılması bakımından önem arzetmez⁷⁴².

Asıl borçlunun mali durumuna ilişkin ikinci husus ise, asıl borçlunun mali durumunun kefilin iyiniyetli varsayımından çok daha kötü olduğunun anlaşılmasıdır. Kefilin bu şekilde bir değerlendirmede bulunması sübjektif işlem temelini oluşturur. Türk hukuk bakımından bu husus temel hatası olarak adlandırılır. Ancak burada teknik anlamda bir temel hatasından bahsedilemez. Zira temel hatasının hukuki sonucu TBK m. 32 uyarınca sözleşmenin iptalidir. Burada söz konusu olan kefilin geleceğe ilişkin varsayımlarının boşa çıkmasından farklıdır. Kefilin varsayımı geleceğe ilişkin olmayıp, borçlunun mevcut mali durumu ile ilgilidir ve niteliği itibarıyla saik hatasıdır. Buna rağmen borçlunun mali durumuna ilişkin varsayımı hatalı olan kefilin, hakkaniyet gereği sözleşmeden dönmesine imkan tanınır. Bu bakımdan TBK m. 599 ile kefilin saik hatasından dolayı sözleşmeden dönme hakkına sahip olduğu doktrinde belirtilir⁷⁴³. Doktrindeki diğer bir görüşe⁷⁴⁴ göre ise bu ihtimal temel hatasının özel bir uygulamasıdır. Buna göre işlem temelinin çökmesi, temel hatasından dolayı iptal hakkının tanınmasının da altında yatan bir teori olduğundan bu şartın altında yatan da işlem temeli teorisidir.

⁷³⁸ Gümüş, 2014: 398; Özen, 2016: 583; Kapancı, 2015: 329.

⁷³⁹ Özen, 2016: 586.

⁷⁴⁰ Özen, 2016: 586; Ayan, 2018: 564; Gümüş, 2014: 400.

⁷⁴¹ Özen, 2016: 586; Gümüş, 2014: 400.

⁷⁴² Özen, 2016: 586; Ayan, 2018: 564; Gümüş, 2014: 400.

⁷⁴³ Özen, 2016: 587.

⁷⁴⁴ Gümüş, 2014: 400, Dn 2204.

Kanımızca, klasik anlamda işlem temelini çökmesi teorisi bakımından bir değerlendirme yapacak olursak, bu görüş isabetlidir. Nitekim işlem temelini çökmesine ilişkin BGB § 313, hem sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen değişiklikleri hem de geleceğe ilişkin tasavvurlarda yanılma halini yani temel hatasını içerir. Ancak Türk hukuku bakımından temel hatası ayrı bir şekilde ele alınır ve TBK m. 32 çerçevesinde değerlendirilir.

Doktrinde⁷⁴⁵ de ifade edildiği üzere, kefalet sözleşmesinde kefilin dönme hakkı, kanuni bir uyarılama hükmüdür. Bununla birlikte doktrinde kefalet sözleşmesinin aşırı ifa güçlüğü nedeniyle değişen şartlara uyarlanabileceği de ileri sürülmüştür. Türk hukukunda bu görüşün önde gelen temsilcilerinden Baysal'a göre⁷⁴⁶ kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonra şartların değişmesi sebebiyle kefilin borcunu yerine getirmesini talep etmek dürüstlük kuralına aykırı düşecekse, kefil kefalet sözleşmesinin uyarlanmasını veya sonlandırılmasını talep edebilir. Bu bakımdan uyarılama TBK m. 138'deki genel şartlara tabidir.

Kanımızca kefalet sözleşmesinin de TBK m. 599'da öngörülen kanuni uyarılama hükmünün yanında TBK m. 138'e göre uyarlanması kabul edilebilir. Ancak burada işlem temelini çökmesi teorisinin karşısında kefalet sözleşmesindeki borcun ödenmeme riskinin teminat altına alınması özelliği karşı karşıya gelir. Kefalet sözleşmesindeki kefilin riski üstlenmesi, bu sözleşmenin varlık amacıdır. Bu bakımdan kefalet sözleşmesinin uyarlanması sorununa, bu sözleşmenin bazı özellikleri göz önünde tutularak yaklaşılması ve kapsamının daraltılması gerekir.

Öncelikle kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği bir sözleşmedir (TBK m. 581). Bu tanım kapsamında kefilin taahhüdü, borcun ifasını sağlamaya yönelik olmayıp; borcun ifa edilmemesinin sonuçlarından şahsen ve kendi malvarlığı ile sorumlu olmaya ilişkindir⁷⁴⁷. Kefalet sözleşmesinde teminat altına alınan borcu doğuran borç ilişkisi çeşitli sebeplere dayanabilirken, kefilin borcunun tek sebebi ise teminat sebebidir⁷⁴⁸. Bu bakımdan kefilin kefalet sözleşmesinden doğan borcu farkı bir borçtur; asıl borçlunun alacaklıya karşı asıl borç ilişkisinden doğan borcundan ayrı bir nitelik arzeder.

Asıl borç ilişkisinde alacaklının alacak hakkı muaccel hale gelse bile kefilin kefalet borcu muaccel olmadıkça kefilin borcun ifası talep edilemez. Bu bakımdan kefilin borcunun muaccel hale gelmesi için hem asıl borcun muaccel hale gelmesi, hem de kefilin borcunun

⁷⁴⁵ Baysal, 2017: 307.

⁷⁴⁶ Baysal, 2017: 308-309.

⁷⁴⁷ Gümüş, 2014: 284; Tandoğan, II 693; Elçin Grassinger, 1996: 13; Özen, 2016: 46.

⁷⁴⁸ Özen, 2016: 54; Gümüş, 2014: 289.

muaccel hale gelmesi gerekir. Kural olarak kefilin borcu, asıl borçlunun borcu ile eş zamanlı olarak muaccel hale gelir⁷⁴⁹. Ancak bu durumun istisnaları da mevcuttur⁷⁵⁰.

Kanımızca, her ne kadar kefilin borcunun sebebini teminat sebebi teşkil etse de kefalet sözleşmesi kurulduktan sonra meydana gelen olağanüstü değişiklikler sebebiyle kefilin sözleşmeden kaynaklanan borcunun uyarlanmasına imkan tanınmalıdır. Diğer bir deyişle kefalet sözleşmesinde de aşırı ifa güçlüğüne meydana gelmesi mümkündür. Buna karşılık her hal ve şart altında kefalet sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanmasını kabul etmek hem bu sözleşmenin olağan yapısına hem de alacaklının borcun teminat altına alınmış olduğuna dair güvenine zarar verir. Bu bakımdan kefalet sözleşmesindeki işlem temelinin çökmesine ilişkin TBK m. 599 ile paralel bir çözüm getirmek daha doğru olur. Bu bakımdan TBK m. 599 uyarınca borçlunun gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumu, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuşsa veya mali durumunun, kefalet sırasında kefilin iyiniyetle varsaydığından çok daha kötü olduğu ortaya çıkmışsa, borç doğmadığı sürece her zaman dönmesi kabul edilmektedir. Burada dönme hakkının dayandırıldığı husus asıl borçlunun mali durumunun bozulmasına ilişkindir. Bu doğrultuda gelecekte doğacak bir borca kefalette, borçlunun sözleşme kurulduktan sonra meydana gelen ve öngörülemez nitelikte olan olağanüstü durumlar nedeniyle aşırı ifa güçlüğüne düşmesi halinde, borç doğmadığı sürece sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edebileceği kabul edilmelidir.

Bu bakımdan sözleşme kurulduktan sonra borçlunun mali durumunda önemli bir bozulma meydana gelmişse veya borçlunun mali durumuna ilişkin iyiniyetli varsayımı hatalı ise kefil TBK m. 599 uyarınca borç doğmadan önce kefaletten dönme hakkını kullanabilir. Borçlunun mali durumunda önemli bir bozulma meydana gelmemesine rağmen sözleşme kurulduktan sonra hal ve şartların olağanüstü ve öngörülemez surette değişmesi nedeniyle kefilin kefalet ile bağlı kalması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecekse, borç doğmadan önce kefil sözleşmenin uyarlanmasını veya bu mümkün değilse sona erdirilmesini talep edebilir.

Kanımızca kefalet sözleşmesinde aşırı ifa güçlüğü ancak gelecekte doğacak bir borca ilişkin kefalette söz konusu olabilir ve ancak borç doğmadığı sürece ileri sürülebilir. Bu hallerin dışında kalan durumlarda kanımızca kefalet sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanma imkanı yoktur.

⁷⁴⁹ Elçin Grassinger, 1996: 187.

⁷⁵⁰ Bu konudaki açıklamalar için Bk.. Gümüş, 2014: 370 vd; Özen, 2016: 60 vd.

5.3. Kamu İmtiyaz Sözleşmelerinin Uyarlanması

5.3.1. Genel Olarak

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleri, konusu bir kamu hizmetinin yürütülmesi olan, bir kamu hizmetinin özel bir kişi tarafından kurulmasını ve belirli bir süre işletilmesini ya da kurulmuş olan bir kamu hizmetinin belirli bir süre işletilmesini öngören idari sözleşmelerdir⁷⁵¹. İmtiyaz sözleşmelerinde genel olarak imtiyaz sahibinin, imtiyaza konu olan kamu hizmetinin tüm masraflarını ve riskini üstlenmiş olduğu kabul edilir. Buna karşılık imtiyaz sahibinin imtiyaz konusu hizmeti karşılığında bir kar elde edeceği hususu da bir gerçektir. Bu bakımdan hem bir kamu hizmetinin görülmesi hem de özel girişimci menfaatlerinin bir arada bulunması söz konusudur. Kamu hizmeti ile ticari gelir elde etme kavramları arasındaki birliktelik “sözleşmenin mali dengesi” olarak açıklanır. Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmesinin kurulmasından sonra tarafların dışındaki olaylardan kaynaklanan, öngörülemeyen ve önemli nitelikte olan olaylardan dolayı sözleşmenin mali dengesi bozulursa, öngörülmezlik teorisi (imprevizyon) kapsamında sözleşmenin bozulan mali dengesi düzeltilir⁷⁵². Bu bakımdan özel hukuk sözleşmelerinin karşısında idari sözleşmeler bakımından hal ve şartların esaslı surette değişmesi nedeniyle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması öngörülmezlik teorisi ile mümkündür.

5.3.2. Öngörülmezlik (İmprevizyon) Teorisinin Esasları

5.3.2.1. Tanım

Kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinde imtiyaz sahibi, belirli bir kar ve kazanç elde etme amacıyla kamu hizmetini görmeyi üstlenir. Bu kar ve kazanç ise hizmetten yararlananlardan alınacak olan ücretlerle sağlanır. Ancak bu ücret, hizmetten yararlanacak olanların ödeme gücü de göz önünde tutulmak suretiyle idare tarafından belirlenir. Ancak sözleşmenin uygulanması sırasında taraflardan başka bir sebeple meydana gelen değişiklikler sonucunda imtiyaz sahibinin ekonomik açıdan mahvına neden olacak şekilde yükümlülükleri artarsa, sözleşmenin yeni koşullara uyarlanması ve zararın paylaşılması gerekir. Meydana gelen değişikliklerden dolayı sözleşmeyle bağlı kalmasının çekilemez hale geldiği imtiyaz sahibinin idareden sözleşmeyi değişen şartlara uyarlama ve zararı paylaşma talebinde bulunması öngörülmezlik teorisi olarak tanımlanır⁷⁵³.

⁷⁵¹ Günday, 2017: 188; Buna karşılık idari sözleşmeler ise taraflardan birisinin idare olduğu, kamu yararı amacının güdüldüğü, konusunun idari hizmet ve bunun yürütülmesi olduğu ve idareye üstün ayrıcalıkların tanındığı sözleşmelerdir. Bk.. AYM, 09.12.1994, 1994/43E, 1994/42-2 K; Danıştay 10. Dairesi, 29.04.1993, 1991/1E, 1993/1752K.

⁷⁵² Günday, 2017: 349; Gözler, 2009: 148.

⁷⁵³ Günday, 2017: 349.

Esasen öngörülmezlik teorisinin temelinde kamu hizmetlerinin devamlılığı ilkesi yatar⁷⁵⁴. Buna göre eğer sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşme değişen şartlara uyarlanmazsa ve meydana gelen zarar imtiyaz sahibi ile idare arasında paylaştırılmazsa, bu hizmetler yine de imtiyaz sahibi tarafından görülmeye devam eder. Ancak burada imtiyaz sahibinin sözleşmeyle bağlılığı mali gücü yetene kadar devam edecek ve bir süre sonra kaynakları tükenecek ve iflas edecektir. İmtiyaz sahibinin ekonomik açıdan perişan hale gelmesi ve iflas etmesi ise bu hizmetlerin görülemeyecek olması anlamına gelir ki, bu da kamu hizmetinin devamlılığı ilkesine aykırı bir sonucu doğurur.

Kamu imtiyaz sözleşmelerinin değişen şartlara uyarlanması ve bu hakkın verilmesinin nedeninin kamu hizmetinin sürekliliği ilkesi olduğu görüşü Yargıtay tarafından da benimsenmiştir. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulu⁷⁵⁵ bu hususu şu şekilde belirtir:

“Kamu imtiyaz sözleşmeleri, idarenin kendi belirlediği ve gözetimi altındaki özel bir kişiye kamu hizmetinin yürütülmesini belli bir süre için vermesidir. Bu sözleşmelerin yapılmasındaki amaç ise kamu yararadır. İmtiyaz sözleşmeleri yazılı şekle tabi olup, önceden hazırlanmış şartnamelere dayanır. Şartname ve sözleşme belgeleri, esas itibarıyla idarenin tek yanlı iradesi ile belirlenir. İmtiyazcı, idare tarafından hazırlanmış bulunan hüküm ve şartları bütünüyle kabul ya da bütünüyle reddetme imkanına sahiptir. Bu nedenle imtiyaz sözleşmeleri katımlı (iltihak) sözleşmelere benzemektedir. Bu sözleşmeler karma nitelikli olup, verilen imtiyazın süresine ve mali dengesine ilişkin hükümler akdi nitelikte iken, kamu hizmetinin organizasyonuna ve çalışmasına ilişkin hükümler ise düzenleyici niteliktedir. Sözleşmenin tarafı olan idarenin, diğer tarafa (imtiyaz sahibi) göre bir takım üstün hak ve yetkileri vardır. bu hak ve yetkiler, denetim ve yaptırım uygulama yetkisi, sözleşmede tek taraflı değişiklik yapma yetkisi ile imtiyazın geri alınma yetkisidir. İdarenin kamu hizmetlerinin asıl sahibi ve sorumlusu olmak sıfatıyla bu yetkilere sahip olduğu kabul edilmektedir. İdare, imtiyaz sözleşmesinin ve şartnamenin hüküm ve şartlarını tek taraflı iradesi ile değiştirme hakkına sahipse de idarenin bu yetkisini kullanabilmesi, yeni durum ve şartların ortaya çıkmasına bağlıdır. İmtiyaz sahibinin de öngörülmezlik (emprevizyon) ilkesi gereğince sözleşmenin bozulan mali dengesinin düzeltilmesini idareden talep etme hakkı mevcuttur. İmtiyaz sahibine böyle bir hakkın tanınmasının nedeni, imtiyazcının yürüttüğü kamu hizmetinin devamına ilişkin kamu yararadır”.

Türk hukukunda öngörülmezlik teorisinin konu olduğu ilk mahkeme kararı, aynı zamanda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasına ilişkin ilk karar olma özelliğini taşıyan Haliç Vapur Şirketi Davasıdır⁷⁵⁶. Dava konusu olayda İstanbul Belediyesi ile özel bir şirket arasında Haliç’te yolcu taşıma hizmetinin görülmesi konusunda imtiyaz sözleşmesi yapılmıştır. Ancak 1. Dünya Savaşı nedeniyle yük taşımacılığının azalması, Bahriye Nezareti’nin Ankara’ya taşınması, Eyüp ilçesine olan rağbetin oldukça azalması, Haliç

⁷⁵⁴ Gözler, 2009: 148.

⁷⁵⁵ Yarg. HGK, 30.09.2015, 2013/1847E, 2015/2020K.

⁷⁵⁶ Danıştay, 23.10.1937, 1937/286E, 1937/256 K.

sahillerinde yangınlar nedeniyle boşluklar oluşması ve kirlilikten dolayı bazı iskelelerin kapanması ve otobüs seferlerinin çoğalması gibi nedenlerle şirket 1927 tarihinden itibaren zarar etmeye başlamıştır. Bu olumsuz gelişmelerin sonucunda şirket iflas etmenin eşiğine gelmiş ve Danıştay bu davada öngörülmezlik teorisi çerçevesinde belediyenin imtiyaz sahibi şirkete tazminat ödemesine hükmetmiştir.

5.3.2.2. Şartları

Öngörülmezlik teorisi, idarenin özel hukuk sözleşmelerine uygulanabilecek nitelikte bir teori değildir. Sadece idari sözleşmeler bakımından söz konusu olabilir. Temel uygulama alanı ise kamu hizmeti imtiyaz sözleşmeleridir⁷⁵⁷. Bu teorinin uygulama alanı bulması için üç unsurun bir arada bulunması gerekir. Bunlar; meydana gelen olayların öngörülemez nitelikte olması, taraflardan kaynaklanmaması ve imtiyaz sahibinin mahvına neden olacak nitelikte ciddi olaylar olmasıdır. Esasen öngörülmezlik teorisinin unsurları, aşırı ifa güçlüğü'nün unsurları ile hemen hemen aynıdır. Bu bakımdan bu teori, aşırı ifa güçlüğü'nün idari sözleşmelerdeki görünüm türü olarak nitelendirilebilir. Bu bakımdan bu unsurların içeriği ile ilgili olarak aşırı ifa güçlüğü'nün unsurlarına ilişkin yapılan açıklamalar geçerli olacaktır.

5.3.2.2.1. Şartların Öngörülemez Şekilde Değişmelidir

İdari sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması için meydana gelen olaylar sözleşmenin taraflarınca öngörülmemiş olmalı; öngörülmesi de mümkün olmamalıdır⁷⁵⁸. Bu bakımdan hal ve şartların olağanüstü surette değişmesi gerekir. Taraflarca öngörülebilir nitelikte olan veya öngörülmüş olup göz ardı edilen durumlardaki değişiklikler nedeniyle sözleşmenin uyarlanması talep edilemez. Aşırı ifa güçlüğü'nde olduğu gibi öngörülmezlik teorisi bakımından da olağanüstü değişiklik kavramı objektif nitelikte olmalıdır. Bu bakımdan savaş, ekonomik kriz, doğal olaylar, önemli kanun değişiklikleri, toplumun tamamını tehdit edici sosyal boyutlu olaylar öngörülemez nitelikli değişikliklere örnektir. Esasen bir olayın olağanüstü olması, aynı zamanda öngörülemez olduğu anlamına gelir. Diğer bir deyişle bir olay ne kadar olağanüstü ise o derece de öngörülemez niteliktedir.

5.3.2.2.2. Meydana Gelen Değişiklik Taraflardan Kaynaklanmamalıdır

Öngörülmezlik teorisi uyarınca sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için meydana gelen olay, tamamen tarafların iradesi dışında olmalıdır⁷⁵⁹. Bu bakımdan

⁷⁵⁷ Gözler, 2009: 151.

⁷⁵⁸ Günday, 2017: 349; Gözler, 2009: 151.

⁷⁵⁹ Günday, 2017: 349; Gözler, 2009: 152.

sözleşmenin mali dengesinin bozan olay imtiyaz sahibinin davranışları nedeniyle gerçekleşmiş veya olayın ortaya çıkmasını engellemek için gerekli önlemler alınmamış ve yeterince çaba sarfetmemiş ise, imtiyaz sahibi öngörülmezlik teorisinden yararlanmayı talep edemez⁷⁶⁰.

5.3.2.2.3. Meydana Gelen Olaydan Dolayı Sözleşmenin Mali Dengesi Sarsılmış Olmalıdır

İmtiyaz sözleşmesinin devamı sırasında her zaman öngörülemeyen ve taraflardan kaynaklanmayan olaylar meydana gelebilir. Ekonomideki dönemsel dalgalanmalar, söz konusu hizmete olan rağbetin azalması veya hizmetten faydalananların diğer alternatiflere yönelmesi gibi nedenlerle imtiyaz sahibinin zarar etmesi söz konusu olabilir. Ancak öngörülmezlik teorisi kapsamında sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep edebilmek için, bu zararların sözleşmenin mali dengesini bozması; imtiyaz sahibini mali bir felakete, iflasa sürükleyecek nitelikte olması gerekir⁷⁶¹.

Bu nedenle imtiyaz sahibinin olağan sayılacak bir zarara uğraması, sözleşmenin mali dengesini basit bir şekilde bozulması halinde uyarılama mümkün olmayacaktır.

5.3.2.3. Sonuçları

Sonradan meydana gelen olağanüstü olaylar nedeniyle sözleşmenin mali dengesinin bozulması, imtiyaz sahibinin kamu hizmetini görmeyi bırakmasına neden olmayacaktır. Diğer bir deyişle imtiyaz sahibi edimini yerine getirmeye devam edecektir. Buna karşılık öngörülmezlik teorisi kapsamında idareye başvurur ve zararının giderilmesini talep eder. Burada taraflar arasında yeniden müzakere söz konusu olur. Taraflar meydana gelen olaydan dolayı sözleşmenin mali dengesini yeniden sağlamaya yönelik uyarılama yapabilirler. Ancak taraflar bu konuda anlaşamazlarsa, imtiyaz sahibi idari yargıya başvurarak idareden bir tazminat (öngörülmezlik tazminatı) isteyebilir⁷⁶².

Öngörülmezlik teorisi kapsamında mahkeme meydana gelen ek yükümlülükleri ve bunun meydana getirdiği sonuçları parasal yönden tespit eder ve idare ile imtiyaz sahibi arasında bunun nasıl paylaşılması gerektiğini belirler. Bunun sonucunda imtiyaz sahibi lehine bir tazminata hükmedilir. Eğer sözleşmenin mali dengesini bozan olağanüstü olay sona ermez ise ve ilerleyen süreçte sözleşmenin bozulan mali dengesi tekrar kurulamazsa bu

⁷⁶⁰ Gözler, 2009: 152.

⁷⁶¹ Gözler, 2009: 153; Günday, 2017: 349.

⁷⁶² Gözler, 2009: 155.

durumda mücbir sebepten dolayı hem idarenin hem de imtiyaz sahibinin sözleşmeyi feshetmesi mümkündür⁷⁶³.

5.4. Kamu İhale Sözleşmelerinin Uyarlanması

5.4.1. Kamu İhale Sözleşmeleri

4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (KİK) m. 4 uyarınca kamu ihale sözleşmeleri, “mal veya hizmet alımları ile yapım işlerinde söz konusu olan idare ile yüklenici arasında akdedilen bir sözleşmedir. KİK’e göre yapılan ihalelere ilişkin sözleşmelerin düzenlenmesi ve uygulanması ile ilgili esas ve usullerin düzenlenmesi amacıyla 4735 sayılı Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (KİSK) kabul edilmiştir. KİSK uyarınca kamu ihale sözleşmeleri ayrı bir sözleşme türü olarak düzenlenmiş, KİK’e tabi olan kurum ve kuruluşlar tarafından ihaleler sonucunda düzenlenen sözleşmeler olarak tanımlanmıştır.

Kamu ihale sözleşmelerinin türleri KİSK m. 6’da düzenlenmiştir. Buna göre:

“Kamu İhale Kanununa göre yapılan ihaleler sonucunda;

- a) Yapım işlerinde; uygulama projeleri ve bunlara ilişkin mahal listelerine dayalı olarak, işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden anahtar teslimi götürü bedel sözleşme,*
- b) Mal veya hizmet alımı işlerinde, ayrıntılı özellikleri ve miktarı idarece belirlenen işin tamamı için isteklinin teklif ettiği toplam bedel üzerinden götürü bedel sözleşme,*
- c) Yapım işlerinde; ön veya kesin projelere ve bunlara ilişkin mahal listeleri ile birim fiyat tariflerine, mal veya hizmet alımı işlerinde ise işin ayrıntılı özelliklerine dayalı olarak; idarece hazırlanmış cetvelde yer alan her bir iş kaleminin miktarı ile bu iş kalemleri için istekli tarafından teklif edilen birim fiyatların çarpımı sonucu bulunan toplam bedel üzerinden birim fiyat sözleşme,*
- d) Yapım işlerinde; niteliği itibarıyla iş kalemlerinin bir kısmı için anahtar teslimi götürü bedel, bir kısmı için birim fiyat teklifi alma yöntemleri birlikte uygulanmak suretiyle gerçekleştirilen ihaleler sonucunda karma sözleşme,*
- e) Çerçeve anlaşmaya dayalı olarak idare ile yüklenici arasında imzalanan münferit sözleşme, Düzenlenir”.*

Bu bakımdan kamu ihale sözleşmelerini genel olarak mal veya hizmet alımı işlerinde götürü bedel sözleşmeler, yapım işlerinde anahtar teslimi götürü bedel sözleşmeler, birim fiyat sözleşmeler ve karma sözleşmeler olarak belirleyebiliriz.

Bu sözleşmelerin konusunu oluşturan yapım işleri, mal veya hizmet alımı işleri ise KİK m. 4’te tanımlanmıştır. Buna göre yapım işlerinin kapsamına bina, karayolu, demiryolu, otoyol, havalimanı, rıhtım, liman, tersane, köprü, tünel, metro, viyadük, spor tesisi, alt yapı, boru iletim hattı, haberleşme ve enerji nakil hattı, baraj, enerji santrali, rafineri tesisi, sulama

⁷⁶³ Gözler, 2009: 156.

tesisi, toprak ıslahı, taşkın koruma ve dekapaj gibi her türlü inşaat işleri ve bu işlerle ilgili tesisat, imalat, ihzarat, nakliye, tamamlama, büyük onarım, restorasyon, çevre düzenlemesi, sondaj, yıkma, güçlendirme ve montaj işleri ile benzeri yapım işleri girer.

Hizmet işleri ise, bakım ve onarım, taşıma, haberleşme, sigorta, araştırma ve geliştirme, muhasebe, piyasa araştırması ve anket, danışmanlık, tanıtım, basım ve yayım, temizlik, yemek hazırlama ve dağıtım, toplantı, organizasyon, sergileme, koruma ve güvenlik, meslekî eğitim, fotoğraf, film, fikrî ve güzel sanat, bilgisayar sistemlerine yönelik hizmetler ile yazılım hizmetlerini, taşınır ve taşınmaz mal ve hakların kiralanmasını ve benzeri diğer hizmetleri kapsar.

Kamu ihale sözleşmeleri kapsamında görülecek işin türüne göre bir tarafta idare bulunurken, diğer tarafta tedarikçi (mal temini), hizmet sunucusu, yüklenici veya yapım müteahhidi bulunur.

5.4.2. Kamu İhale Sözleşmelerinde İşlem Temelinin Çökmesi

Kamu ihale sözleşmelerinde, sözleşmenin devamı sırasında taraflarca öngörülme-yen ve öngörülmesi de mümkün olmayan olayların meydana gelmesi mümkündür. Bu değişiklikler neticesinde mal veya hizmet temin eden yahut yapım işlerini yerine getiren borçlunun sözleşmeyle bağlı kalması dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Böyle bir durumda borçlunun sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını talep etmesi gündeme gelebilir. Kanımızca kamu ihale sözleşmelerinde de işlem temelinin çökmesi ve aşırı ifa güçlüğü söz konusu olabilir.

Esasen kamu ihale sözleşmelerinde sonradan meydana gelen değişikliklerden dolayı süre uzatımı veya sözleşmenin feshedilmesi özel olarak “mücbir sebepler” kapsamında değerlendirilir. KİSK m. 10’a göre doğal afetler, kanuni grev, genel salgın hastalık, kısmî veya genel seferberlik ilânı ve gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından belirlenecek benzeri diğer haller mücbir sebep olarak sayılır.

Buna karşılık bu hallerin mücbir sebep olarak değerlendirilmesi için sadece meydana gelmeleri yeterli olmaz. Bu bakımdan KİSK m. 10’da aranan diğer şartlar ise

“idare tarafından yukarıda belirtilen hallerin mücbir sebep olarak kabul edilebilmesi için; yükleniciden kaynaklanan bir kusurdan ileri gelmemiş olması, taahhüdün yerine getirilmesine engel nitelikte olması, yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücünün yetmemiş bulunması, mücbir sebebin meydana geldiği tarihi izleyen yirmi gün içinde yüklenicinin idareye yazılı olarak bildirimde bulunması ve yetkili merciler tarafından belgelendirilmesi zorunludur”

şeklinde ifade edilir.

Bu nedenle mücbir sebep olarak sayılan bir durum yükleniciden kaynaklanmayan bir sebeple meydana gelmişse, taahhüdünü yerine getirmesine engel oluyorsa ve yüklenicinin bu engeli ortadan kaldırmaya gücü yetmiyorsa, resmi makamlarca belgelendirilerek ve idareye yazılı bildirimde bulunarak sözleşmeyi feshedebilir.

KİSK uyarınca mücbir sebep olarak sayılan hallerden birisi de gerektiğinde Kamu İhale Kurumu tarafından mücbir sebep sayılan hallerdir. Nitekim Kamu İhale Kurumu bazı olay gruplarını mücbir sebep olarak kabul etmiştir⁷⁶⁴.

Ayrıca bu konuda Kamu İhale Genel Tebliği m. 25.3'te Kurum tarafından mücbir sebep sayılan hallere ilişkin objektif şartlar belirtilmiştir. Buna göre

“(...) 4735 Sayılı Kanunun 10 uncu maddesinin (a), (b), (c), (d) bentlerinde sayılan mücbir sebep hallerine bakıldığında bu durumlarda hem öngörülmezlik, hem de önlenemezlik şartlarının bir arada gerçekleşmesi gerektiği açıktır. Anılan maddenin (e) bendi çerçevesinde Kurumca belirlenecek “benzeri diğer haller” için de bu iki kriterin bir arada sağlanması şartı aranmaktadır. Buna göre idarelerce yapılacak başvurularda mücbir sebep olarak belirlenmesi istenilen durumun öngörülmezlik ve önlenemezlik kriterlerini birlikte taşıması gerekmektedir”.

Bu bakımdan mücbir sebep kavramının özelliklerinden olan öngörülmezlik ve önlenemezlik ölçütlerini gözeterek Kurum tarafından diğer bazı haller mücbir sebep sayılabilir. Zira mücbir sebep olarak sayılan durumlar öngörülemez ve önlenemez olduğu için sözleşmenin ifasını sürekli veya geçici olarak imkansız kılan durumlardır. Buna karşılık, sözleşme kurulduktan sonra mücbir sebep olarak sayılan hallerin dışındaki olayların meydana gelmesi halinde sözleşmenin durumu ne olacaktır? Diğer bir deyişle yüklenicinin sorumlu olmadığı öngörülemez olaylardan dolayı, sözleşmenin ifası geçici veya sürekli olarak imkansız olmamakla beraber borçlu açısından aşırı derecede zorlaşmışsa mesele nasıl çözülecektir?

Kamu ihale sözleşmelerinin konusunu mal veya hizmet sunulması ve yapım işlerini oluşturduğu göz önüne alındığında, bu sözleşmelerde sonradan meydana gelen değişiklikler neticesinde borcun ifası tamamen imkansız olmamakla birlikte oldukça zorlaşması ve ortaya çıkan yeni durumun borçluya oldukça ağır mali yükler yüklemesi söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde mücbir sebepten farklı olarak aşırı ifa güçlüğü söz konusu olabilir. Nitekim burada sözleşmenin ifası mümkün iken, işlem temelinin çökmesinden dolayı bu şartlar halinde borçludan sözleşmeyle bağlı kalması ağır mali yükümlülükler katlanmasına yol açacaktır.

⁷⁶⁴ Örneğin mevsim normallerinin çok üzerinde olan kar yağışı nedeniyle yapım işinin tamamlanamaması (Kamu İhale Kurulu, 12/10/2009 Tarih, 2009/DK.D-138 Sayılı Kararı); mevzuat değişiklikleri nedeniyle ihale konusu malın temin edilememesi (Kamu İhale Kurulu, 3/3/2011 Tarih, 2011/DK.D-27 Sayılı Kararı) gibi hususlar Kurum tarafından mücbir sebep kabul edilmiştir.

Kamu ihale sözleşmeleri ile ilgili mevzuatta aşırı ifa güçlüğüne ve işlem temelinin çökmesine ilişkin bir düzenleme yoktur. Buna karşılık KİSK m. 36 hükmüne göre kanunda hüküm bulunmayan hallerde Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacaktır. KİSK m. 36'nın TBK'ya yaptığı atıftan dolayı kamu ihale sözleşmelerinde de işlem temelinin çökmesi ve aşırı ifa güçlüğü'nün gerçekleşmesi mümkündür.

Bu bakımdan TBK m. 138'de aranan şartların gerçekleşmesi halinde aşırı ifa güçlüğü'nden dolayı kamu ihale sözleşmesinin değişen şartlara uyarlanması, uyarlama mümkün değilse sözleşmenin feshedilmesi mümkündür.

5.4.2.1. Kamu İhale Sözleşmelerinde Mücbir Sebep ile Aşırı İfa Güçlüğü Hallerinin Yarışması

TBK m. 138 uyarınca aşırı ifa güçlüğü'nün meydana gelebilmesi için, öngörülmesi mümkün olmayan olağanüstü bir olayın borçludan kaynaklanmayan bir nedenle meydana gelmesi ve dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde mevcut olguları borçlu aleyhine değiştirmesi gerekir. Bu bakımdan işlem temelinin çökmüş olduğunun tespitinde objektif kriterler benimsenmiş ve olağanüstü ve öngörülemeyen değişikliklerin varlığı aranmıştır. Ancak aşırı ifa güçlüğü'nün oluşması için aranan “olağanüstü olaylar” sadece sosyal boyutlu ve toplumun tümünü tehdit edici felaketler olarak anlaşılmaması gerekir. Aksi halde işlem temelinin kapsamı oldukça daraltılmış olur. Ancak burada çözümlenmesi gereken sorun sosyal boyutlu olağanüstü bir olay niteliğinde olan ve KİSK m. 10'da mücbir sebep olarak sayılan hallerden birisi gerçekleşirse sonuç ne olacaktır? Diğer bir deyişle hem işlem temeli haline gelen hem de mücbir sebep olarak sayılan bir olay gerçekleşirse hangi hükme başvurulacaktır?

KİSK m. 10 uyarınca mücbir sebep halleri doğal afetler, kanunî grev, genel salgın hastalık ve kısmî veya genel seferberlik ilânıdır. Ayrıca bu hallerin gerçekleşmesi mücbir sebep sayılması için yeterli değildir; yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesini engeller nitelikte öngörülemeyen ve önlenemez nitelikte olması gerekir. Burada sözleşmenin ifasının tamamen veya geçici olarak imkansız olması söz konusu olacaktır. Aşırı ifa güçlüğü'nde ise edimin ifası imkansız değildir fakat borçlu açısından aşırı derecede zorlaşmıştır. Bu bakımdan kanımızca mücbir sebep özelliği taşıyan ve borçlu açısından aranan objektif şartlara uyan olaylar neticesinde KİSK m. 10 hükmü uygulama alanı bulur. Buna karşılık mücbir sebep olarak sayılan hallerin gerçekleşmesi halinde yüklenicinin taahhüdünü yerine getirmesini engellenmemiş fakat aşırı derecede zorlaşmış ise, TBK m. 138 uygulanacaktır.

Keza KİSK m. 10’da sayılmayan ve Kamu İhale Kurumu tarafından da mücbir sebep olarak sayılmayan haller, sözleşmede işlem temelinin çökmesine neden oluyorsa aşırı ifa güçlüğünden dolayı değişen şartlara uyarlanabilir. Böylece kamu ihale sözleşmesinin devamı sırasında işlem temelinin çökmesine neden olan olaylar her ne kadar kanunen veya Kurum tarafından mücbir sebep sayılmamışsa da aşırı ifa güçlüğü nedeniyle sözleşmenin uyarlanmasına ya da feshine imkan verir.

5.5. Döviz Endeksli Sözleşmelerinin Uyarlanması

5.5.1. Genel Olarak

TBK m. 138/II hükmünden açıkça anlaşılacağı üzere, yabancı para borçlarında da aşırı ifa güçlüğü söz konusu olabilir ve bu nedenle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması mümkündür. Nitekim “*Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır*” demek suretiyle kanun koyucu aşırı ifa güçlüğü’nün şartlarının oluşması halinde bu hallerde de işlem temelinin çökmesinin gündeme gelebileceğini kabul eder⁷⁶⁵.

Her ne kadar yabancı para borçlarında aşırı ifa güçlüğü’nün gerçekleşebileceği konusunda tereddüt bulunmasa da yabancı para değer kaydını içeren sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması Türk hukukunda önemli bir sorun teşkil eder.

Yabancı para borcundan farklı olarak yabancı para değer kaydı, para değerindeki değişimlere karşı koruma sağlanması için uygulanan bir uyarlama kaydıdır⁷⁶⁶. Yabancı para değer kaydında, borcun konusu ifa yerinin para birimi olup, bu borç belli bir tarihteki yabancı para birimine bağlanır. Örneğin bir kredi sözleşmesinde, bedelin TL üzerinden ödeneceği kararlaştırılmakla birlikte, vade tarihinde 50.000 doların TL karşılığı üzerinden belirleneceği kararlaştırılmışsa, yabancı para değer kaydı söz konusu olur. Bu halde borçlu, borcunu TL olarak ödemekle yükümlü olduğu gibi, alacaklı da borcun TL üzerinden ödenmesini talep etmek durumundadır. Sadece borcun miktarı, hukuki işlemde belirtilen tarihteki yabancı paranın TL karşılığı kadar olacaktır. Dikkat edilirse bu halde borcun TL olarak miktarı belli değildir. Bu tutar ilerideki bir tarihte, endeks olarak kabul edilen yabancı para biriminin TL karşılığı kadar olacaktır⁷⁶⁷. Bu durumda yabancı para borcu değil döviz endeksli borç söz konusu olur.

⁷⁶⁵ TBK Tasarısı m. 137 tek fıkra olarak kaleme alınmıştır. TBMM Genel Kurulunda (23. Dönem, 5. Yasama Yılı, 49. Birleşim) yapılan oturumda maddeye ikinci bir fıkra olarak aşağıdaki gerekçe ile şu hükmün eklenmesi teklif edilmiştir: “Bu madde hükmü yabancı para borçlarında da uygulanır”. Gerekçe: “Tasarı ve komisyon raporu gerekçeleri doğrultusunda hükmün ülke parası dışındaki borçlara da teşmili amaçlanmaktadır”. Bk.. TBK m. 138 Komisyon Raporu.

⁷⁶⁶ Oğuzman ve Öz, 2018: 319; Kılıçoğlu, 2016: 584; Ayan, 2014: 511.

⁷⁶⁷ Ayan, 2014: 512.

Dövizde endeksli sözleşmeler uygulamada özellikle kira ve kredi sözleşmelerinde sorunlara neden olmuştur. Özellikle 1994 yılında yaşanan ekonomik kriz dövizde endeksli kira ve kredi sözleşmelerini etkilemiştir. Dövizde endeksli kira sözleşmeleri, dövizin Türk Lirası karşısında aşırı değer kazanması sonucu kira bedelinin ödenmesi kiracı için katlanılamayacak hale gelmiştir. Bunun neticesinde kira sözleşmesinde edimler arasındaki dengenin bozulması ve aşırı ifa güçlüğü gündeme gelmiş ve kira sözleşmelerinin değişen şartlara uyarlanması gündeme gelmiştir⁷⁶⁸.

Ekonomik kriz ve enflasyon gibi nedenlerle işlem temelinin çökmesi dövizde endeksli kredi sözleşmeleri açısından da geçerlidir. Nitekim ülkemizde kredi sözleşmeleri genellikle Türk Lirası veya döviz (yabancı para birimi) üzerinden yapılır⁷⁶⁹. Kişilerin dövizde endeksli kredi sözleşmeleri yapmalarının altında yatan ekonomik neden ise, bu kredilerin geri ödemelerinin daha cazip olmasıdır. Nitekim dövizin çok fazla değişmeyeceği algısına kapılan kişiler, Türk Lirası üzerinden yapılan kredilere oranla daha düşük geri ödeme yapacaklarını düşünerek dövizde endeksli kredi sözleşmesini tercih ederler⁷⁷⁰.

Dövizde endeksli sözleşmelerde işlem temelinin çökmesi her zaman mümkündür. Belirtmek gerekir ki bu sözleşmelerde işlem temelinin çökmesine neden olan rizikoların en yaygın türü ekonomik krizler ve buna bağlı enflasyondur⁷⁷¹. İleride inceleneceği üzere dövizde endeksli kredi sözleşmelerinin değişen şartlara uyarlanması sırasında Yargıtay'ın tutumu da belirsizdir. Nitekim Yargıtay önceleri enflasyon nedeniyle işlem temelinin çökmesinin mümkün olduğu ve bu nedenle sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını kabul etmişken⁷⁷² daha sonraları ülkemizde sık sık devalüasyonlar ilan edildiği, para ayarlamaları yapıldığı, Türk parasının değerinin yabancı paralar karşısında düşürüldüğü ve istikrarsız bir ekonomik durumun mevcut olduğundan bahisle, ekonomik krizin öngörülebilir olduğu görüşünü benimsemiş ve konuyu “basiretli tacir” kavramı içerisinde yorumlamıştır⁷⁷³. Hatta Yargıtay tacirler bakımından benimsediği “ekonomik krizlerin öngörülebilir olduğu” olgusunu tüketiciler açısından da geçerli görmüş ve nihayet istikrarlı bir içtihat haline getirmiştir⁷⁷⁴. Yargıtay'ın dövizde endeksli sözleşmelere karşı tutumu bu yöndeyken, yaşanan ekonomik krizlerin getirdiği olumsuz sonuçlar neticesinde devlet tarafından da birtakım önlemler alınmaya çalışılmış; dönem dönem dövizde endeksli sözleşmeler ve döviz cinsinden

⁷⁶⁸ Burcuoğlu, 1995: 35; Yarg. 13. HD, 12.12.2002, 2002/10368E, 2002/13299K; Yarg. 11. HD, 07.10.2002, 2002/4430E, 2002/8651K.

⁷⁶⁹ Yılmaz, 2010: 145; Aybay, 2016: 338.

⁷⁷⁰ Yılmaz, 2010: 145.

⁷⁷¹ Aybay, 2016: 339; Yılmaz, 2010: 145;

⁷⁷² Yarg. HGK, 17.9.1997, 1997/11-460, 1997/651 K.

⁷⁷³ Yarg. HGK, 7.5.2003, 2003/13-32E, 2003/340K.

⁷⁷⁴ Yarg. HGK, 12.11.2014, 2014/13-1614E, 2014/900K.

sözleşmelere ilişkin kısıtlamalar getirilmiştir. Konumuz açısından önem arzeden en yeni gelişme, 13.09.2018 tarihli 30534 sayılı Resmi gazetede yayımlanarak yayımı tarihinde yürürlüğe giren Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 12.09.2018 tarihli ve 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı ile 07.08.1989 tarihli ve 32 sayılı Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında Karar'da (32 sayılı Karar) Türkiye'de yerleşik kişilerin kendi aralarında yapacakları sözleşmelere yönelik düzenlemelerdir.

5.5.2. Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 85 sayılı Cumhurbaşkanlığı Kararı

Ülkemizde çeşitli düzenlemelerle dövize endeksli sözleşmelere ilişkin kısıtlamalar getirilmiştir. Bu bakımdan ilk olarak Bakanlar Kurulu'nun, "Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar"ının⁷⁷⁵ yürürlüğe konulması ile 7/8/1989 tarihli ve 89/14391 sayılı Kararnamenin eki Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın 17 nci maddesinin (b) fıkrası değiştirilmiş, (d) fıkrasından sonra gelmek üzere de (e) ve (f) fıkraları eklenmiştir. Söz konusu fıkralar uyarınca bankaların Türkiye'de yerleşik kişilere ticari veya mesleki amaçla dövize endeksli kredi kullandırmasına izin verilmiş ise de dövize endeksli tüketici kredisi kullandırmaları yasaklanmıştır.

12.09.2018 tarihinde ise, Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair 85 Sayılı Karar ile Kararın 4. maddesine eklenen (g) bendinde şu düzenlemeye yer verilmiştir: "Türkiye'de yerleşik kişilerin, Bakanlıkça belirlenen haller dışında, kendi aralarındaki menkul ve gayrimenkul alım, satım, taşıt ve finansal kiralama dahil 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 kararlaştırılmaz".

Aynı Karar'a eklenen Geçici 8. maddede ise şu düzenlemeler yapılmıştır: "Bu Kararın 4. maddesinin (g) bendinin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren otuz gün içinde, söz konusu bentte belirtilen ve daha önce akdedilmiş yürürlükteki sözleşmelerdeki döviz cinsinden kararlaştırılmış bulunan bedeller, Bakanlıkça belirlenen haller dışında; Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenir".

Söz konusu Karar ile Türkiye'de yerleşik kişilerin⁷⁷⁶ döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşme yapması önemli ölçüde sınırlandırılmıştır. 6.10.2018 tarihinde yayınlanan Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karara İlişkin Tebliğ (Tebliğ No: 2008-

⁷⁷⁵ R.G. 16.06.2009, N. 27260.

⁷⁷⁶ Karar'ın 2/(b) maddesindeki tanıma göre Türkiye'de yerleşik kişiler:" Yurtdışında işçi, serbest meslek ve müstakil iş sahibi Türk vatandaşları dahil Türkiye'de kanuni yerleşim yeri bulunan gerçek ve tüzel kişileri" kapsar.

32/34)'de Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ (Tebliğ No: 2018-32/51)⁷⁷⁷ ise “döviz cinsinden ve dövize endeksli sözleşmeler başlığını taşıyan 8. maddeyi aşağıdaki şekilde düzenlemiştir:

MADDE 8 – (1) Türkiye’de yerleşik kişiler; kendi aralarında akdedecekleri, konusu serbest bölgeler dahil yurt içinde yer alan gayrimenkuller olan, konut ve çatılı iş yeri dâhil gayrimenkul satış sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar.

(2) Türkiye’de yerleşik kişiler; kendi aralarında akdedecekleri, konusu serbest bölgeler dahil yurt içinde yer alan gayrimenkuller olan, konut ve çatılı iş yeri dâhil gayrimenkul kiralama sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar.

(3) Türkiye’de yerleşik kişiler; yurt dışında ifa edilecekler dışında kalan, kendi aralarında akdedecekleri, iş sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar.

(4) Türkiye’de yerleşik kişiler; kendi aralarında akdedecekleri, aşağıda belirtilenler dışında kalan danışmanlık, aracılık ve taşımacılık dâhil hizmet sözleşmelerinde, sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar.

a) Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan kişilerin taraf oldukları hizmet sözleşmeleri,

b) İhracat, transit ticaret, ihracat sayılan satış ve teslimler ile döviz kazandırıcı hizmet ve faaliyetler kapsamında yapılan hizmet sözleşmeleri,

c) Türkiye’de yerleşik kişilerin yurt dışında gerçekleştirecekleri faaliyetler kapsamında yapılan hizmet sözleşmeleri,

ç) Türkiye’de yerleşik kişilerin, kendi aralarında akdedecekleri, Türkiye’de başlayıp yurt dışında sonlanan ve yurt dışında başlayıp Türkiye’de sonlanan elektronik haberleşme ile ilgili hizmet sözleşmeleri.

(5) Türkiye’de yerleşik kişiler; kendi aralarında akdedecekleri, 16/12/1999 tarihli ve 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda tanımlanan gemilerin inşası, tamiri ve bakımı dışında kalan eser sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştıramazlar.

5.5.2.1. Döviz Cinsinden ve Dövize Endeksli Olarak Yapılamayacak Sözleşmeler

Söz konusu Tebliğ ile birtakım sözleşmelerin⁷⁷⁸ döviz cinsinden veya dövize endeksli yapılmaları mümkün iken, konusu serbest bölgeler dahil yurt içinde yer alan gayrimenkuller

⁷⁷⁷ R.G. 6.10.2018, Sayı : 30557.

⁷⁷⁸ Tebliğ Madde 8-(6) Türkiye’de yerleşik kişilerin; kendi aralarında akdedecekleri, iş makineleri dâhil taşıt satış sözleşmeleri dışında kalan menkul satış sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden

olan, konut ve çatılı işyeri dahil gayrimenkul satış ve kiralama sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, danışmanlık, aracılık ve taşımacılık dahil hizmet sözleşmeleri, eser sözleşmeleri, iş makineleri dahil taşıt satış sözleşmeleri ve 13 Eylül 2018 tarihinden sonra akdedilmiş olan iş makineleri dahil taşıt kiralama sözleşmeleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak düzenlenemeyecektir. Ayrıca bu sözleşmeler kapsamında düzenlenecek kıymetli evraklarda yer alan bedellerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenmesi mümkün değildir (Madde 8/18).

kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür.

(7) Türkiye’de yerleşik kişilerin; kendi aralarında akdedecekleri, iş makineleri dâhil taşıt kiralama sözleşmeleri dışında kalan, menkul kiralama sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür.

(8) Türkiye’de yerleşik kişilerin; kendi aralarında akdedecekleri, bilişim teknolojileri kapsamında yurt dışında üretilen yazılımlara ilişkin satış sözleşmeleri ile donanım ve yazılımlara ilişkin lisans ve hizmet sözleşmelerinde sözleşme bedelini ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerini döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırmaları mümkündür.

(9) 4490 sayılı Türk Uluslararası Gemi Sicili Kanunu ile 491 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamede Değişiklik Yapılmasına Dair Kanunda tanımlanan gemilere ilişkin finansal kiralama (leasing) sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür.

(10) Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın 17 ve 17/A maddeleri kapsamında yapılacak finansal kiralama (leasing) sözleşmelerine ilişkin bedellerin döviz cinsinden kararlaştırılması mümkündür.

(11) Türkiye Cumhuriyeti Devleti ile vatandaşlık bağı bulunmayan Türkiye’de yerleşik kişilerin taraf olduğu iş sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür.

(12) Kamu kurum ve kuruluşları ile Türk Silahlı Kuvvetlerini Güçlendirme Vakfı şirketlerinin taraf olduğu gayrimenkul satış ve gayrimenkul kiralama dışında kalan sözleşmelerde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür.

(13) Kamu kurum ve kuruluşlarının taraf olduğu döviz cinsinden veya dövize endeksli ihaleler, sözleşmeler ve milletlerarası andlaşmaların ifası kapsamında olmak kaydıyla; yüklenicilerin üçüncü taraflarla akdedeceği gayrimenkul satış, gayrimenkul kiralama ve iş sözleşmeleri dışında kalan sözleşmelerde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür.

(14) Hazine ve Maliye Bakanlığının 28/3/2002 tarihli ve 4749 sayılı Kamu Finansmanı ve Borç Yönetiminin Düzenlenmesi Hakkında Kanun kapsamında gerçekleştirdiği işlemlerle ilgili olarak bankaların taraf olduğu sözleşmelerde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür.

(15) Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar hükümleri saklı kalmak kaydıyla, 6362 sayılı Sermaye Piyasası Kanunu ile bu Kanuna dayalı olarak yapılan düzenlemeler çerçevesinde sermaye piyasası araçlarının (yabancı sermaye piyasası araçları ve depo sertifikaları ile yabancı yatırım fonu payları da dahil olmak üzere) döviz cinsinden oluşturulması, ihracı, alım satımı ve yapılan işlemlere ilişkin yükümlülüklerin döviz cinsinden kararlaştırılması mümkündür.

(16) Dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de bulunan; şube, temsilcilik, ofis, irtibat bürosu, doğrudan veya dolaylı olarak yüzde elli ve üzerinde pay sahipliklerinin bulunduğu şirketler ile serbest bölgedeki faaliyetleri kapsamında serbest bölgelerdeki şirketlerin taraf olduğu iş ve hizmet sözleşmelerinde, sözleşme bedelinin ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülüklerinin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkündür.

(17) Türkiye’de yerleşik yolcu, yük veya posta taşıma faaliyetinde bulunan ticari havayolu işletmeleri; hava taşıma araçlarına, motorlarına ve bunların aksam ve parçalarına yönelik teknik bakım hizmeti veren şirketler; sivil havacılık mevzuatı kapsamında havalimanlarında yer hizmetleri yapmak üzere çalışma ruhsatı alan veya yetkilendirilen kamu ya da özel hukuk tüzel kişiliği statüsündeki kuruluşlar ile söz konusu kuruluşların kurdukları işletme ve şirketler ile doğrudan veya dolaylı olarak sermayelerinde en az %50 hisse oranına sahip olduğu ortaklıkların Türkiye’de yerleşik kişilerle döviz cinsinden veya dövize endeksli bedeller içeren gayrimenkul satış, gayrimenkul kiralama ve iş sözleşmeleri haricindeki sözleşmeleri akdetmeleri mümkündür.

5.5.2.2. Döviz Cinsinden ve Döviz Endeksli Sözleşmelerin TL'ye Uyarlanması

5.5.2.2.1. Sözleşmenin Yeniden Müzakeresi

Tebliğ'de yer alan diğer bir husus ise döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak yapılması yasaklanan sözleşmelerin Türk Lirasına uyarlanması ile ilgili tarafların yeniden müzakere yükümlülüğüdür. Nitekim Tebliğ'in yürürlüğe girmesinden önce akdedilmiş olan sözleşmeler konusunda şu düzenlemeler mevcuttur: *“Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde yer alan bedellerin Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesi kapsamında Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenmesi zorunludur”*(m. 8/23).

Görüldüğü üzere, işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hakkında TBK m. 138'de öngörülmemiş tarafların yeniden müzakere yükümlülüğü, döviz cinsinden veya döviz endeksli sözleşmelerin Türk Lirasına uyarlanması sırasında söz konusu olacaktır.

5.5.2.2.2. Sözleşmenin Uyarlanmasında Göz Önüne Alınacak Hususlar

Tebliğ'e göre taraflar yeniden müzakere sonucunda sözleşmedeki bedellerin uyarlanması konusunda bir sonuca varamamışlarsa, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası efektif satış kuru esas alınarak uyarlama yapılacaktır. Buna göre:

“Bu madde uyarınca sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya döviz endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde yer alan bedeller Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesi kapsamında Türk parası olarak taraflarca yeniden belirlenirken mutabakata varılamazsa; akdedilen sözleşmelerde döviz veya döviz endeksli olarak belirlenen bedeller, söz konusu bedellerin 2/1/2018 tarihinde belirlenen gösterge niteliğindeki Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası efektif satış kuru kullanılarak hesaplanan Türk parası cinsinden karşılığının 2/1/2018 tarihinden bedellerin yeniden belirlendiği tarihe kadar Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması suretiyle belirlenir.

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararın Geçici 8 inci maddesinin yürürlüğe girdiği tarihten önce akdedilen konut ve çatılı iş yeri kira sözleşmelerinde döviz veya döviz endeksli olarak belirlenen bedeller bu fıkranın ilk paragrafına göre iki yıllık süre için Türk parası olarak belirlenir. Ancak, Türk parası olarak belirlemenin yapıldığı kira yılının sonundan itibaren bir yıl geçerli olmak üzere; anılan paragraf uyarınca Türk parası olarak belirlenen kira bedeli, taraflarca belirlenirken mutabakata varılamazsa, belirleme tarihinden belirlemenin yapıldığı kira yılının sonuna kadar Türkiye İstatistik Kurumunun her ay için belirlediği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması yoluyla belirlenir. Bir sonraki kira yılı Türk parası cinsinden kira bedeli ise, taraflarca belirlenirken mutabakata varılamazsa, önceki kira yılında geçerli olan kira bedelinin Türkiye

İstatistik Kurumunun belirlediği tüketici fiyat endeksi (TÜFE) aylık değişim oranları esas alınarak artırılması yoluyla belirlenir ve belirlenen Türk parası cinsinden kira bedeli bu fıkra da belirtilen iki yıllık sürenin sonuna kadar geçerli olur”.

5.5.2.3. Değerlendirme

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Karar ve Buna ilişkin Tebliğ uyarınca döviz cinsinden veya dövize endeksli yapılmaları mümkün olmayan sözleşmeler belirlenmiş ve Karar’ın yürürlük tarihinden önce akdedilmiş olan sözleşmelerin Türk Lirası olarak belirlenmesi düzenlenmiştir. Bu kapsamda konusu serbest bölgeler dahil yurt içinde yer alan gayrimenkuller olan, konut ve çatılı işyeri dahil gayrimenkul satış ve kiralama sözleşmeleri, iş sözleşmeleri, danışmanlık, aracılık ve taşımacılık dahil hizmet sözleşmeleri, eser sözleşmeleri, iş makineleri dahil taşıt satış sözleşmeleri ve 13 Eylül 2018 tarihinden sonra akdedilmiş olan iş makineleri dahil taşıt kiralama sözleşmeleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak düzenlenemeyecektir. Ayrıca bu sözleşmeler kapsamında düzenlenecek kıymetli evraklarda yer alan bedellerin döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak belirlenmesi mümkün değildir. Yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, söz konusu düzenleme ile yapılan uyarılama, hukuki anlamda sözleşmenin uyarlanması olmayıp, sözleşme bedelinin TL olarak belirlenmesidir. Dolayısıyla buradaki uyarılama, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması olarak anlaşılmamalıdır.

Kanımızca bu düzenlemelerin amacı devletin izlemiş olduğu ekonomik politikaların bir gereğidir. Nitekim ekonomik krizlerin, ortaya çıktığı ülkedeki sosyal yaşamı olumsuz etkilediği bir gerçektir. Kriz dönemlerinde, vergi mükelleflerinin vergilerini ödeyememesi veya iflası nedeniyle mükellef sayısı azalır; buna bağlı olarak da devletin vergi gelirleri azalır. Bu süreçte devlet ya bir kısım vergilerin oranını düşürür veya tamamen ortadan kaldırır. Devletin vergi gelirlerindeki azalma kamu harcamalarında, yatırımlarda ve sosyal hizmetlerde aksaklıklara neden olur. Bunların başında eğitim, sağlık, ulaştırma ve çevresel sektörler sıralanabilir. Ekonomik kriz sürecinde; gelirlerin azalmasına paralel olarak devlet, kamu harcamalarında kısıtlamaya gidecek olursa, üretim ve tüketici gelirleri azalırken, enflasyon ve işsizlik artar.

Bu gelişmelere ek olarak dengesiz bir piyasa ortamında döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşmeler borçlu açısından büyük risk taşır. Ülkemizde dövize endeksli olarak yapılan sözleşmelerden dolayı büyük sayıda mağduriyetler yaşanması bu gibi ekonomik kararlar alınmasına neden olmuştur. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar sözleşmedeki bedellerin veya artış oranlarının uyarlanması bakımından önemli olsa da burada işlem temelini çökmesi ve aşırı ifa güçlüğü söz konusu değildir. Diğer bir deyişle bu kararlar

doğrultusunda sözleşmenin uyarlanması, sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması anlamına gelmez. Aşırı ifa güçlüğü halinde uyarlama TBK m. 138'de belirtilen şartların varlığı halinde işlem temelinin çökmesi nedeniyle yapılır. Aslına bakarsak devletin ekonomi politikaları bakımından bu şekilde düzenlemeler yapmasının temelinde de döviz cinsinden veya dövize endeksli sözleşmelerde ülkemiz bakımında işlem temelinin otomatik olarak çökmüş olduğunun zımni olarak kabul edildiği de düşünülebilir.

Esasen Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 Sayılı Kararda Değişiklik Yapılmasına Dair Karar'ın 17. maddesinde yapılan önceki değişikliklerle Türkiye'de yerleşik kişilerin ticari veya mesleki amaçla dövize endeksli kredi kullanması söz konusu iken gerçek kişilerin dövize endeksli kredi kullanması önemli ölçüde engellenmiştir.

Buna karşılık, dövize endeksli sözleşmelerin aşırı ifa güçlüğü nedeniyle değişen şartlara uyarlanması sorunu halen geçerliliğini korumaktadır. Nitekim sözleşme bedeli ve bu sözleşmelerden kaynaklanan diğer ödeme yükümlülükleri döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak kararlaştırılması mümkün olmayan sözleşmelerde tahsili yapılmış veya gecikmiş alacaklar için Tebliğ uygulama alanı bulmayacaktır (Madde 8/24). Ayrıca Tebliğ kapsamında döviz cinsinden veya dövize endeksli olarak yapılması mümkün olan sözleşmelerde de işlem temelinin çökmesi ve bu suretle aşırı ifa güçlüğüne meydana gelmesi her zaman ihtimal dahilindedir.

Her ne kadar ülkemizde dövize endeksli tüketici sözleşmeleri ve gerçek kişilerin dövize endeksli kredi sözleşmeleri neredeyse tamamen kaldırılmış olsa da daha önce yapılmış olan dövize endeksli kredilerin varlığı dikkate alındığında, uygulamada halen sıkıntıların yaşandığı bir gerçektir. Ayrıca ticari ve mesleki olarak kullanılan kredi sözleşmelerinde de ekonomik gelişmelere bağlı büyük sıkıntılar yaşanmaktadır. Bu bakımdan daha önceden akdedilmiş olan dövize endeksli kredilerin değişen şartlara uyarlanması sorunu Türk hukukunda halen geçerliliğini korumaktadır.

5.5.3. Dövize Endeksli Kredi Sözleşmelerin Uyarlanmasında Yargıtay Uygulaması

Sözleşme kurulduktan sonra ekonomik krizler, enflasyon gibi nedenlerle işlem temelinin çökmesi her zaman mümkündür. Aynı sonuç dövize endeksli kredi sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Örneğin dövize endeksli bir kredi sözleşmesinde yüksek enflasyondan dolayı işlem temelinin çökmesi halinde sözleşmede belirlenen yabancı para, Türk Lirasının karşısında olağanüstü bir değer kazanabilir; kriz nedeniyle kur artışı olmasaydı ödeyecek olduğu miktardan çok daha fazlasını borçlanmış olabilir. Bu gibi hallerde şartların

varlığı halinde TBK m. 138 uyarınca aşırı ifa güçlüğü'nün var olduğu kabul edilmeli ve sözleşme değişen şartlara uyarlanmalıdır. Buna karşılık Yargıtay'ın tutumu aksi yöndedir.

Dövizle endeksli sözleşmelerde Yargıtay her ne kadar ilke olarak ekonomik krizleri Türkiye bakımından öngörülemez bir durum olarak nitelendirmese de çoğu kararında enflasyon, devalüasyon ve ekonomik krizleri edimler arasındaki denge ilişkisini bozan bir olay olarak görür ve bu kavramları işlem temelinin bozulmasının tipik örnekleri arasında sayar. Bu konuda Yargıtay⁷⁷⁹

“Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonra önemli surette değişmişse artık taraflar edimleriyle bağlı tutulmazlar, değişen koşullar karşısında TMK. nun 2. maddesi uyarınca sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkânı hâsıl olur. Sözleşmenin edimleri arasındaki dengeyi bozan olağanüstü hallere harp, ülkeyi sarsan ekonomik krizler, enflasyon grafiğindeki aşırı yükselmeler, şok devalüasyon, para değerinin önemli ölçüde düşmesi gibi sözleşmeye bağlılığın beklenemeyeceği durumlar örnek olarak gösterilebilir”

demektedir.

Görüldüğü üzere Yargıtay bir yandan ekonomik kriz, enflasyon, devalüasyon ve para değerinin önemli ölçüde düşmesini aşırı ifa güçlüğü'nün klasik örnekleri arasında sayarken diğer yandan dövizle endeksli kredi sözleşmeleri bakımından Türkiye’de ekonomik krizlerin öngörülemez bir durum olmadığı görüşünü benimser. Bu konuda Yargıtay'ın görüşü⁷⁸⁰:

“(…) Bilindiği gibi, Türkiye Ekonomisinin alınan tedbirlere rağmen istikrarlı bir duruma gelmediği bilinen bir gerçektir. 1 Temmuz 1944 tarihinde Uluslararası Para Fonu’nun kurulmasından sonra ülkeler paralarını Amerikan Dolar’ına göre tanımlamışlar, gerçekçi bir kur politikası arayışı içinde Türk Lirası 7 Eylül 1946’da ABD doları karşısında % 50 oranında devalüe edilerek bir ABD doları 280 kuruş olmuştur 16/7/1958 tarihinde yapılan büyük çaptaki kur ayarlaması ile bir ABD dolarının değeri 260 kuruştan 980 kuruşa çıkarılmış, Türk parasının değeri ABD dolarına göre aşırı derecede düşürülmüş, bu uygulama yıllar boyunca devam etmiştir. 10.8.1970 tarihinde yeni bir devalüasyon kararı alınarak Türk Parasının değeri yabancı paralar karşısında %66 oranında düşürülmüş, 1 Amerikan doları 15 TL. olmuştur. Bu uygulama ile, başta yabancı paralar olmak üzere, kira bedelleri, her çeşit işçilik, malzeme ve mamul eşya fiyatları aşırı derecede artmış, enflasyon yıllar itibariyle üç haneli rakamlara ulaşmış, günlük ve gecelik faizler düşünülmecek kadar artmıştır.

Nitekim, 24 Ocak 1980’de yürürlüğe konan “İstikrar Tedbirleri” ne rağmen ekonomi tarihimizde ilk kez 1946’da % 104 olan üç rakamlı enflasyon, 1980’de % 107 olmuştur. Bu nedenle 1980 yılında 35 TL’den 77,5 TL’ye çıkarılan Dolar kuru, 1981 yılında ikinci kez yapılan %100’e yakın bir ayarlama ile 142 TL’ye çıkarılmıştır. Bu devalüasyon kararından sonra Bakanlar Kurulu, 27 Ocak 1984 tarihinde

⁷⁷⁹ 3. HD. 12.02.2018, 2018/16 E., 2018/859 K.; Aynı yönde 3. HD. 19.06.2017, 2017/6433 E., 2017/10426 K.

⁷⁸⁰ Yarg. HGK, 12.11.2014, 2014/1614 E., 2014/900 K. Nitekim aynı ilkeler, Hukuk Genel Kurulu’nun 15.10.2003, 2003/13-599 E.-2003/599 K.; 07.05.2003, 2003/13-332 E.-2003/340 K.; 13. HD, 2013/5493 E., 2014/2061 K. sayılı kararlarında da benimsenmiştir.

Merkez Bankası'nca TL' nin dolar karşısında %13,6 oranında devalüe edilmesini onaylamıştır. 5 Nisan 1994 tarihinde bilinen ekonomik kararlar alınmıştır. Bu kararlar sonucunda borsalar, para piyasaları, banka kredi faizleri aşırı derecede artmış; Ocak 1994 ayına göre yabancı paralardaki artış %250-%300'lere ulaşmıştır.

Türk parasının yabancı paralar karşısındaki değer kaybının engellenmesi ve yükselen enflasyonun düşürülmesi amacıyla, T.C. Merkez Bankası 10 Aralık 1999 tarihinde, "Döviz Çıpasına Dayalı İstikrar Programı'nı açıklamış; ancak 27 Kasım 2000 tarihinde bankacılık sisteminden kaynaklanan kriz nedeniyle, repo faizleri ve iç faizler rekor düzeyde yükselmiştir. Krizin giderek derinleşmesi sonucu döviz piyasalarından kaynaklanan Şubat 2000 krizi yaşanmış, ekonomideki bu açmazlar sonucunda hisse senedi borsaları çökmüş, bankalara Devlet el koymak zorunda kalmıştır. Türkiye IMF'ye başvurarak ekonomisine bir yön vermeye çalışmıştır. Merkez Bankası ciddi para politikalarına yönelmiş, 21.2.2001 tarihinde "Döviz Çıpasına Dayalı Sabit Kur" dan dalgalı kura geçilmek suretiyle Doların, faizin, enflasyonun aşırı artmasına engel olmaya çalışılmıştır.

23.12.1999 tarihinde bir ABD doları 534.000 TL iken 21.2.2001 tarihinde 687.000 TL. olmuş, 11.7.2002 tarihinde 1.700.000 TL olan ABD doları Irak savaşı sırasında 18.4.2003 tarihinde 1.790.000 TL ya, bu kararın verildiği tarih itibarıyla piyasa şartları sonucu 2.258,00 TL. olmuştur. (...)

Taraflar arasındaki (davaya konu) konut kredi sözleşmesi 15.08.2008 tarihinde düzenlenmiş, davacı TL (YTL) üzerinden kredi kullanma imkânı varken, Japon Yeni üzerinden dövizde endeksli konut kredi kullanmıştır. Yaklaşık üç yıl boyunca da kurda aşırı bir değer artışı meydana gelmediğinden, davacı kullandığı kredi taksitlerini ödemiştir.

Yukarıdan beri açıklandığı gibi, Türkiye'de yıllardan beri ekonomik paketler açılmakta, ancak istikrarlı bir ekonomiye kavuşamamaktadır. Devalüasyonların ülkemiz açısından önceden tahmin edilemeyecek bir keyfiyet olmadığı, kur politikalarının her an değişebileceği bir gerçektir. Devalüasyon ve ekonomik krizlerin aniden oluşmadığı, piyasadaki belli ekonomik darboğazlardan sonra meydana geldiği bilinmektedir.

Ülkemizde 1958 yılından beri devalüasyonlar ilan edilmekte sık sık para ayarlamaları yapılmakta, Türk parasının değeri dolar ve diğer yabancı paralar karşısında düşürülmektedir. Ülkemizdeki istikrarsız ekonomik durum davacı tarafından tahmin olunabilecek bir keyfiyettir. Somut olayda uyarlamanın koşullarından olan öngörülmezlik unsuru oluşmamıştır".

Bu bakımdan Yargıtay'ın dövizde endeksli krediler bakımından değerlendirmesi şu şekilde özetlenebilir; davacının başlangıçta seçme özgürlüğü varken TL yerine döviz bazında kredi kullanması, bir başka deyişle serbest iradesiyle kredi türünü belirlemesi, ülkemizde zaman zaman ekonomik krizlerin vuku bulması ve bu bağlamda dövizle borçlanmanın risk taşıdığı da toplumun büyük bir çoğunluğu tarafından bilinen bir olgu olması, davacının, bu riski önceden öngörebilecek durumda olmasına rağmen dövizle kredi kullanma yolunu tercih etmiş olması, işlem temelinin çökmesinden bahsedilmeyeceği anlamına gelir⁷⁸¹.

⁷⁸¹ Yarg. 13. HD, 27.01.2014, 2013/13413 E., 2014/2073 K.

Yargıtay'ın bu uygulaması doktrinde haklı eleştirilere uğramıştır⁷⁸². Kanımızca da Yargıtay'ın bu tutumu isabetsizdir. Öncelikle ekonomik krizlerin Türkiye açısından öngörülebilir bir durum olduğu ekonomi bilimi tarafından dahi izah edilemeyecek bir vakıadır; ekonomi uzmanları tarafından dahi öngörülemez olan enflasyon oranlarının sözleşme taraflarınca öngörülmesinin beklenmesi haksızlık olur⁷⁸³. Bu konuda Yargıtay'ın görüşü esasen iki yönden eleştiri konusu yapılabilir; iktisadi açıdan krizlerin öngörülebilirliği ve işlem temelinin çökmesi teorisinin uygulanabilirliği. Bu nedenle Yargıtay iktisadi açıdan ve işlem temeli teorisi açısından değerlendirilmelidir.

5.5.3.1. Yargıtay'ın Görüşünün İktisadi Açıdan İncelenmesi

Konuyu iktisadi açıdan inceleyecek olursak; Birinci Dünya Savaşı sonrası Türkiye ekonomik krizlerle ilk olarak 1924 dünya ekonomik krizi ile tanışmıştır. Bu kriz ABD kaynaklı bir kriz olup çoğu ülke ile birlikte Türkiye'yi de etkilemiştir⁷⁸⁴. Diğer bir kriz ise 1973'te meydana gelen Arap-İsrail Savaşı'ndan kaynaklanmıştır. Bu savaşta petrol ihraç eden ülkeler savaşta Arap tarafını tutmuş ve petrol ihracatını durdurmuşlardır. Bunun neticesinde birçok devletin yanı sıra Türkiye de olumsuz yönde etkilenmiştir. Devam eden süreçte 2001 yılında ABD enerji devi ENRON iflas etmiş, 11 Eylül saldırısı gerçekleşmiş ve bunların yanında başkaca nedenlerle 2007 yılında ABD tüketici kredisi (mortgage) krizi ortaya çıkmıştır. Bu kriz neticesinde gelişmiş ve gelişmekte olan birçok devlet etkilenmiştir⁷⁸⁵.

Türkiye'de belirli zamanlarda devalüasyon kararları alındığı bir gerçektir. Ancak bu kararların alınmasının altında devletin ekonomi politikaları yatar. Örneğin Cumhuriyet tarihinin ilk devalüasyonu 1946 yılında gerçekleşmiş ve 2. Dünya Savaşı sonrası döneme ve ekonomi politikalarına ayak uydurmak ve önlem alma amaçlanmıştır. Nitekim bu dönemde Türkiye IMF'ye katılmadan önce buradan izin almadan kur ayarlaması yapabilmiştir⁷⁸⁶. 1970 yılında başka bir nedenden dolayı devalüasyon gerçekleşmiştir. Burada amaçlanan aşırı ithalat nedeniyle ortaya çıkan ödemeler dengesinin sürekli açık vermesi sonucu ithalatı frenleyip ihracatın artırılmaya çalışılmasıdır⁷⁸⁷.

4 Şubat 1988'de ise yaşanan ekonomik olumsuzlukları gidermek amacıyla istikrar kararları alınmıştır. Bu kapsamda faizler artırılarak piyasadaki para miktarı azaltılmış ve enflasyon önlenmeye çalışılmış, ihracatı özendirme politikaları yapılmıştır. 1989 yılında ise

⁷⁸² Aybay, 2016: 344 vd; Burcuoğlu, 1995: 41; Baysal, 2017: 76; Serozan, 2000a: 1025; Yılmaz, 2010: 146 vd; Tüzüner ve Öz, 2015: 459.

⁷⁸³ Arat, 2006: 100.

⁷⁸⁴ Kazgan, 2008: 33.

⁷⁸⁵ Sönmez, 2009: 83.

⁷⁸⁶ Karluk, 2005: 403.

⁷⁸⁷ Çapraz, 2001: 145.

Türk Parası Kıymetini Koruma Hakkında 32 sayılı Karar'da değişiklik yapıp sermaye hareketleri açısından serbestlik sağlanmaya çalışılmıştır. Buna karşılık 1990'da patlak veren Körfez Krizi ile iktisadi politikalar önemli zararlar görmüştür.

1994 krizinden sonraki dönemde meşhur 5 Nisan kararları alınmıştır. Bu kararların genel amacı enflasyonu hızla düşürmek, Türk Lirasına istikrar kazandırmak, ihracatı artırmak, ithalatı azaltmak, tarım, sosyal güvenlik ve özelleştirme alanlarında reformlar gerçekleştirmek ve kamunun ekonomideki rolünü yeniden düzenlemektir⁷⁸⁸.

Kasım 2000 krizi ise, bunlardan farklı olarak bir para krizidir. Bu krizi etkileyen en önemli faktör dış sermayenin hızlı bir şekilde ülkeyi terk etmesidir. Bu ekonomik kriz ortamında IMF'nin yanlış yönlendirmeleri sonucu 2001 Şubat krizinin ortaya çıktığı ileri sürülmektedir. IMF, Şubat krizi sonrası yanlışlarını sürdürmüş ve istikrar programının temelini oluşturan kur çapasının kaldırılması gerektiğini tavsiye etmiştir. Kur çapasının terk edilmesiyle bu kez de ülke yüksek enflasyonla birlikte ekonomide devalüasyon etkisine girmiştir⁷⁸⁹.

Görüleceği üzere ülkemizde yaşanan ekonomik krizlerin önemi bir çoğunluğu dünyada yaşanan krizlerden, küresel boyutlu savaş veya politik gerilimlerden kaynaklanmıştır. Ayrıca 1999'da yaşanan deprem sonucunda da piyasalarda önemli ekonomik daralmalar meydana gelmiştir. Hatta bazı krizlere IMF'nin yanlış tavsiye ve yönlendirmelerinin neden olduğu ileri sürülmüştür. Tüm bunlardan yola çıkarak konumuz açısından yapılabilecek değerlendirme, ekonomik krizlerin birden fazla nedenleri olduğu, ülkelerin piyasalarının birbiri ile etkileşimde olduğu ve ekonomik krizlerin öngörülebilir bir durum olmadığıdır. Esasen Türkiye'de krizlerin olağan ve öngörülebilir bir durum olduğunun kabulü, ülke ekonomisine de ciddi zararlar verir. Nitekim ekonomik krizlerde tüketicilerden tacirlere kadar toplumun her kesimi olumsuz etkilenir; yeni davranış tarzları geliştirir⁷⁹⁰. Bu gibi durumlarda kişiler çekingen davranır, tüketimden ve maliyetli sözleşme ilişkilerinden uzak durur; piyasalara belirsizlik ve güvensizlik hakim olur.

Ekonomik kriz dönemlerinden devletin iktisadi önlemler almasının yanında hukuki önlemler de alması gerekir. Böylece kişilerin sözleşme ilişkisi içerisine girerken, hal ve şartların sonradan öngörülemez şekilde değişmesi durumunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanacağına ve bozulan dengenin yeniden sağlanacağına yönelik bir güven duyması gerekir. Böyle bir güvenin oluşması için bir yandan kanuni düzenlemelerin yapılması

⁷⁸⁸ Tokgöz, 1999: 223.

⁷⁸⁹ Eğilmez ve Kumcu, 2007: 406.

⁷⁹⁰ Odabaşı, 2010: 67.

gerekirken diğer yandan somut olay adaletine uygun içtihatlar geliştirilmelidir. Bu nedenle iktisadi açıdan krizlerin öngörülebilir bir durum olduğunun kabulü kanaatimizce isabetsizdir.

5.5.3.2. Yargıtay'ın Görüşünün İşlem Temelinin Çökmesi Teorisi Bakımından Değerlendirilmesi

TBK m. 138 uyarınca işlem temelinin çökmüş olduğunun kabulü için, sözleşme kurulduktan sonra taraflardan kaynaklanmayan olağanüstü bir olayın meydana gelmesi gerekir. Her ne kadar kanun lafzından hareketle olağanüstü olaylar halinde TBK m. 138'in uygulama alanı bulacağı anlaşılrsa da kanımızca borçlunun sözleşmeyle bağlı kalmasını dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek şekilde mevcut olguların ağır bir şekilde değiştiği durumlarda da işlem temelinin çökmesi kabul edilmelidir⁷⁹¹. Bu durumda, eğer taraflardan birinin şartların bu şekilde değişeceğini bilseydi, sözleşmeyi hiç veya en azından bu haliyle yapmayacağı şüphe götürmez bir şekilde tespit edilebiliyorsa, işlem temelinin çökmesine neden olacak bir değişikliğin gerçekleştiği kabul edilmelidir⁷⁹².

Bunun yanında işlem temelinin çökmesine neden olayın önceden öngörülemez bir olay olması gerekir. Ancak doktrinde⁷⁹³ haklı olarak savunulduğu üzere sözleşme yapıldığı sırada hal ve şartlarda bir değişiklik mevcut olsa da sözleşme yapıldıktan sonra şartların beklenmedik şekilde daha da ağırlaşması halinde de işlem temelinin çökmesi mümkündür. Nitekim sözleşme kurulduğu sırada bir olayı öngörmek başka şey; bu olayın sonuçlarını öngörmek daha başka bir şeydir. Örneğin sözleşme kurulduğu sırada piyasalarda krize yönelik bazı göstergeler veya savaş çıkacağına yönelik söylentiler söz konusu olabilir. Ancak sözleşme kurulduktan sonra piyasaları ciddi şekilde etkileyen bir ekonomik kriz veya ülkeyi derinden etkileyen bir savaş çıkacağı öngörülmemiş olabilir. Hatta taraflar bazen ekonomik krizi öngörmüş de olabilirler. Buna karşılık krizin sonuçlarının bu derece olacağı öngörülemez olabilir. Örneğin Arap-İsrail savaşı aslında Türkiye'yi ilgilendirmeyen bir savaştır. Ama bu savaşta petrol ihracatı yapan ülkelerin petrol ihracatını durdurması ciddi krizlere yol açmış ve Türkiye'yi de etkilemiştir. Dolayısıyla meydana gelen olay öngörülebilir iken bu olayın gerçek boyutlarının öngörülmemesi mümkündür. Böyle durumlarda sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanacağı kabul edilmelidir⁷⁹⁴.

⁷⁹¹ Aynı yönde Bk.. Hochloch, 2004: § 313 Nr. 22; Emmerich, 2005: 437; Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 58; Schulze, § 313 Nr. 13.

⁷⁹² Hochloch, 2004: § 313 Nr. 22; Emmerich, 2005: 437; Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 58; Schulze, 2005: § 313 Nr. 13.

⁷⁹³ Belling/Hartmann, 1997: 100; Chiotellis, 1891: 58; Finkenauer, 2012: § 313 Nr. 74; Unberath, 2012: § 313 Nr. 26.

⁷⁹⁴ Belling/Hartmann, 1997: 100.

Sonuç olarak tarafların ekonomik krizleri öngörmelerinin mümkün olup olmadığı somut olaya ilişkin bir değerlendirme yapılarak tespit edilmelidir. Burada sözleşmenin süresi, sözleşme yapıldığı sıradaki ülkenin ekonomik durumu gibi birçok husus göz önünde bulundurulmalıdır. Sözleşme yapıldığı sırada ülkede bir krizin mevcut olmadığı hallerde sonradan bir ekonomik krizin meydana gelmesi halinde ise şüphesiz işlem temelinin çökmesi mümkündür. Hatta ekonomik kriz öngörülebilir olsa da sonuçlarının öngörülmesi mümkün olmayabilir. Bu hallerde de diğer şartların varlığı halinde işlem temelinin çöktüğü kabul edilmelidir. Bu nedenle Yargıtay'ın ekonomik krizlerle ilgili tutumu işlem temelinin çökmesi teorisinin mantığına uygun değildir. Ekonomik krizler gelişmiş veya gelişmekte olan her ülke için söz konusu olabilir. Buna karşılık sıklıkla yaşanması nedeniyle ekonomik krizlerin işlem temelinin kapsamı dışında tutulması, bu teorisinin uygulama alanını oldukça daraltır; hatta uygulanamaz hale getirir.

SONUÇ

Borçlar hukukunun en temel ilkelerinden birisi olan sözleşmeyle bağlılık ilkesi uyarınca sözleşmenin tarafları, sözleşmeden kaynaklanan borçlarını yerine getirmeli, verdikleri sözleri tutmalıdır. Bu ilkenin diğer bir anlamı ise, şartlar ne surette değişirse değişsin sözleşme mevcut halini korur, ve değişmez. Sözleşmeyle bağlılık ilkesinin sıkı sıkıya uygulanması, her hal ve şart altında sözleşmenin mutlak olarak geçerli olacağı ve değişen şartlara uyarlanmaması sonucunu doğurur. Buna karşılık sözleşme kurulduktan sonra ortaya çıkan bazı değişikliklerin neticesine taraflardan birisi açısından sözleşmeyle bağlı kalmak dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edebilir. Bu hallerde dahi sözleşmeyle bağlılık ilkesinin katı bir şekilde uygulanması adaletsiz sonuçlar ortaya çıkarabilir. Bu nedenle somut olaydaki adaleti yeniden sağlamak amacıyla sözleşmeyle bağlılık ilkesinin bir istisnası olarak değişen şartlar halinde sözleşmenin uyarlanması hemen hemen her hukuk sisteminde kabul görür.

Gerçekten de taraflardan kaynaklanmayan bir nedenle önceden görülmeyen olağanüstü bir olay nedeniyle, borçludan borcunu ifa etmesinin beklenmesi dürüstlük kuralına aykırı olacak ise sözleşmeye müdahale edilmelidir. Sözleşmeye yapılacak olan müdahale, hukuk sisteminde buna ilişkin olan hukuki temele ve hukuki sonuca göre farklılık gösterir. Ancak sözleşmeye yapılacak müdahaleye imkan veren her hukuk sisteminde, sözleşmeyle bağlılık ilkesine bu istisnanın getirilmesinin altında yatan amaç, somut olay adaletidir.

Tarihsel bakımdan bu konuda ileri sürülen ilk teori *clausula rebus sic stantibus* teorisidir. Bu teori uyarınca her sözleşme kurulduğu andaki koşullar aynı kalmak şartıyla geçerli olacaktır. *Clausula* hem Roma hukukunda hem de ilerleyen dönemlerde genel kabul görmemiştir. Zira sözleşmelerin geçerliliğini koşulların sabit kalması şeklinde bir zımni şarta bağlamıştır. Buna karşılık sözleşmelerin değişen şartlara uyarlanması bakımından ilk olarak geliştirilen teoridir.

Clausula rebus sic stantibus günümüzde tarihi anlamından ve bu anlamının altında yatan zımni şarttan sıyrılmış ve “sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması” konusunda genel bir ilke anlamı kazanmıştır. Özellikle İsviçre hukukunda sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması, *clausula* kavramı ile ifade edilir. Her ne kadar sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin genel bir kural içermese de, İsviçre hukukunda değişen şartlar halinde uyarlama doktrin ve içtihatlarla kabul edilen bir husustur. Bu konuda birçok farklı görüş ileri sürülmüştür. Bu konuda hakim konumunda olan görüş *clausula*’yı dürüstlük kuralına dayandıran görüştür. Buna göre sözleşme kurulduktan sonra taraflardan kaynaklanmayan ve öngörülme-yen bir değişiklik meydana gelmişse ve borçludan borcunu ifa etmesi beklenemiyorsa, sözleşmeye müdahale

edilmeli ve değişen şartlara uyarlanmalıdır. Bu uyarlamanın hukuki temeli ise dürüstlük kuralından kaynaklanır.

Sözleşmenin uyarlanması konusunda genel nitelikli bir kanun düzenlemesine sahip olan Almanya ise, Birinci Dünya Savaşı'nın getirdiği yıkım ve ekonomik kriz ortamının da etkisi ile sözleşmelerin uyarlanması hususunu daha etraflı değerlendirmiş ve hukuki temel arayışına girmiştir. Bu bakımdan ilk olarak ileri sürülen Windscheid'in kayıt teorisi kabul görmemiş fakat halefi olan işlem temeli teorisinin gelişimine büyük katkıda bulunmuştur.

Nitekim kayıt teorisinin eksikliklerini gidermek ve eleştirilen noktalarını düzeltmek amacıyla Oertmann işlem temeli teorisini geliştirmiştir. Bu teori o zamanki sıkıntılı ve buhranlı dönemlerde oldukça yankı uyandırmıştır. Devam eden süreçte işlem temeli teorisi değişik görüşler doğrultusunda yorumlanmış, Objektifleştirilmiş ve geliştirilmiştir. Nihayetinde uzun yıllar boyunca doktrinde ve içtihatlarda genel kabul gören bir teori haline gelmiş ve Reform Kanunu ile kanunlaşmıştır.

Sonradan meydana gelen değişiklikler nedeniyle sözleşmeye müdahalede bulunulması sadece Kıta Avrupası hukukuna özgü bir kavram değildir. Nitekim Anglo Sakson hukukunda da değişen koşullar halinde sözleşmeye müdahale çok eskiden beri kabul edilmiş bir kavramdır. İngiliz Hukuku'nda bu husus sözleşme ile istenen amacın hüsrana uğraması ifadesine karşılık gelmek üzere, frustration teorisi kapsamında değerlendirilir. Ancak bu teori, değişen koşullar halinde sözleşmenin uyarlanmasına imkan vermez; imkansızlık hallerini de içine alacak şekilde sözleşmenin sona ermesine imkan verir.

Türk hukukunda da değişen şartlara göre sözleşmenin uyarlanması, doktrinde ve içtihatlarda kabul edilmiş bir husustur. 6098 sayılı Borçlar Kanunu ile de “aşırı ifa güçlüğü” başlığını taşıyan TBK m. 138 ile kanunlaşmıştır. Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğü halinde sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasının hukuki temeli işlem temeli teorisi ve dürüstlük kuralıdır. Buna karşılık dürüstlük kuralı, kaynak kanun olan BGB § 313 düzenlemesindeki işlem temelinin de özel bir görünüm türünü oluşturur. Diğer bir deyişle hem işlem temelinin çökmüş olduğunun tespitinde, hem sözleşmenin uyarlanıp uyarlanmayacağını tespitinde hem de uyarlama sırasında dürüstlük kuralı her aşamada söz konusu olacak ve gözetilecek bir ilkedir. Dürüstlük kuralı ile birlikte işlem temeli teorisi de aşırı ifa güçlüğü'nün hukuki temelini oluşturur.

Aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olabilmesi için taraflarca öngörülmemiş ve öngörülmesi de mümkün olmayan bir değişikliğin meydana gelmesi gerekir. Bu değişiklik taraflardan kaynaklanmamış olmalıdır. Kanun metninde meydana gelen durum değişikliğinin “olağanüstü” olması açıkça aranmıştır. Nitekim değişikliğin olağanüstü olması, işlem temeli

teorisine göre, taraflarca öngörülebilir olup olmadığının tespitinde değerlendirilen bir husustur. Bir olay ne kadar olağanüstü ise o derece öngörülemezdir. Buna karşılık “olağanüstü” durum değişikliklerini sırf toplumun tümünü tehdit edici nitelikte olan felaketler ve tabi olaylarla sınırlamak somut olay açısından isabetli olmayacaktır. Nitekim işlem temeli teorisi kapsamında önemli olan öngörülemez nitelikte bir değişiklikten dolayı borçludan edimi ifasının istenmesinin dürüstlük kuralına aykırılık oluşturmastır. Buna karşılık olağan olaylar, işlem temeline konu olamayacaklardır. Zira bu tür olaylar her zaman öngörülebilecek olan olaylardır.

Aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olması ve TBK m. 138 kapsamında sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması için, borçlunun borcunu henüz ifa etmemiş veya aşırı derecede güçleşmesinden doğan haklarını saklı tutarak ifa etmiş olması da gerekir. Dürüstlük kuralı kapsamında ifanın beklenemez olması ise, borçlunun sözleşmeyle bağlı kalmasının kendisinden beklenemez olması ile ilgilidir. Bu kapsamda işlem temelinin çökmüş olması için, yasal ve sözleşmesel risk dağılımı çerçevesinde ifanın beklenemez olması gerekir. Yasal ve sözleşmesel risk dağılımı kapsamında değerlendirme yapılması, Alman işlem temeli teorisinde de geçerli olan bir unsurdur ve TBK m. 138'de açıkça belirtilmese de yine de göz önünde tutulacaktır. Bu kapsamda işlem temeli haline gelen sözleşme rizikolarına ilişkin kanunda ya da sözleşmede bir düzenlemenin bulunmaması gerekir.

Kanımızca sözleşmenin uyarlanması genellikle geleceğe etkili olur. Ancak geçmişe etkili uyarlama da mümkündür. Zira sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması hakimın sözleşmedeki uyarlanma boşluklarını doldurması faaliyetidir; hakimın sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin olarak vereceği kararı da işlem temeli haline gelen rizikoların meydana geldiği tarihten itibaren geçerli olacaktır. Diğer bir deyişle uyarlamaya esas teşkil edecek olan karar, durum değişikliklerinin meydana geldiği zamana ilişkindir. Bu bakımdan sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin karar geleceğe etkili olabileceği gibi geçmişe etkili de olabilir. Bu durum TBK m. 138 kapsamında ancak borcun aşırı derecede ağırlaşmasından kaynaklanan hakların saklı tutularak ifa edilmesi halinde söz konusu olabilir. Dolayısıyla sözleşmeden kaynaklanan edim TBK m. 138'de belirtildiği gibi saklı tutularak ifa edilmiş ise, bu durumda geçmişe etkili olarak uyarlama yapılacaktır.

Sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması bizim görüşümüze göre dava yoluyla kullanılması gereken bir yenilik doğuran haktır. Bu kapsamda uyarlama hakkı yenilik doğuran bir dava hakkıdır. Bu sonuç TBK m. 138 düzenlemesinin lafzından da açıkça anlaşılmaktadır.

Sözleşme kurulduktan sonra öngörülemeyen bir durum değişikliği sonucunda işlem temelinin çökmesi ve dolayısıyla aşırı ifa güçlüğü'nün söz konusu olması, sözleşmede ve

kanunda da risk dağılımına ilişkin bir düzenleme bulunmaması halinde ortada bir uyarlama boşluğu söz konusu olacaktır. Aşırı ifa güçlüğü halinde mağdur olan tarafın meydana gelen uyarlama boşluklarının doldurulmasını ve bu anlama gelmek üzere sözleşmenin değişen şartlara uyarlanmasını sözleşmenin diğer tarafından talep edebilir. Ancak irade serbestisi kapsamında sözleşmenin diğer tarafının böyle bir talebi kabul etme zorunluluğu bulunmamaktadır. Ayrıca tarafların işlem temelini çökmesi halinde bu durumu yeniden müzakere etme yükümlülükleri de yoktur. Bu nedenle tarafların kendi aralarında sözleşmenin uyarlanması yoluna başvurmadan, uyarlama boşluklarının doldurulmasını ve sözleşmenin uyarlanmasını hakimden talep etme hakları vardır. Eğer yargılama halinde sözleşmede herhangi bir uyarlama boşluğu bulunmadığına karar verilirse, hakim davayı reddeder.

Hakimin bu yönde vermiş olduğu karar niteliği itibariyle bir tespit hükmüdür. Ancak sözleşmede bir uyarlama boşluğunun bulunması halinde hakimin bu boşlukları doldurması suretiyle sözleşmeyi değişen şartlara uyarlaması niteliği itibariyle inşai bir karardır. Eğer hakimin uyarlamaya ilişkin kararı sadece uyarlama boşluklarının doldurulmasına ilişkin ise, bu hükmün ayrıca icrasına gerek olmayıp, kararın kesinleştiği anda hukuki sonuçları doğar. Diğer bir deyişle sözleşmenin uyarlanmasının hukuki sonucu kendiliğinden gerçekleşir. Ancak bazı hallerde uyarlama kararının verilmesinden sonra bir de eda davasının açılması gerekebilir. Özellikle dava aşamasında davacı olan borçlunun borcunu ifa etmeye devam etmesi hatta dava kesinleşinceye kadar borcun tümünün ifa edilmesi halinde bir de eda davasının açılması gerekebilir.

Uyarlama davası sırasında sorun hakimin dürüstlük kuralı çerçevesinde, somut olayın özellikleri ve işin mahiyetini göz önünde bulundurarak, kendi koyacağı kurallarla çözülür. Hakim bu sırada tamamlayıcı yoruma başvurabilir ve tarafların farazi iradelerini araştırabilir. Ancak tarafların farazi iradelerinin tespit edilememesi veya farazi iradenin dürüstlük kuralına aykırı sonuçlar doğurması halinde uyuşmazlık MK m. 1/II kapsamında hakimin koyacağı kurallarla çözülür. Bu kapsamda aşırı ifa güçlüğü hallerinde hakimin uyarlama boşluğunu nasıl dolduracağı, uyarlamaya karar verip vermeyeceği, uyarlama yapılacaksa ne ölçüde olacağı, inşai nitelikteki karar kesinleşince belli olur. Bu nedenle davacının talebinde uyarlamanın nasıl yapılması gerektiğine ilişkin talepte bulunması hakimi bağlamayacaktır.

MK m. 1/II uyarınca hareket edecek olan hakim uyuşmazlıkta bir uyarlama boşluğu bulunup bulunmadığını tespit edecek, eğer boşluk varsa dürüstlük kuralına göre kendi koyacağı kurallarla bu boşluğu dolduracak ve sözleşmeyi uyarlayacaktır. Dolayısıyla aşırı ifa güçlüğünden mağdur olan davacının sadece “sözleşmenin uyarlanması” veya “uyarlama

boşluklarının doldurulması” talebinde bulunması yeterlidir; ayrıca bu talebini somutlaştırmasına gerek yoktur.

Buna karşılık uyarlama davası sonunda nasıl bir uyarlama yapılacağı yukarıda izah edildiği üzere hakimın inşai kararı ile belli olacağı için, taraflardan birisinin sonradan eda davası açmasını gerektiren durumlar söz konusu ise, örneğin karar kesinleşene kadar borcunu ifa etmiş ise, eda davasına ilişkin olan taleplerin somutlaştırılması gerekir. Nitekim burada daha önce ödenmiş olan edimlerin iadesinin ne ölçüde isteneceği, kapsam ve türüne göre kesin bir şekilde beyan edilmesi gerekir.

Hakimin ne yönde karar vereceği bu sırada belirli olmadığı için, uyarlama davasında edaya ilişkin taleplerin somutlaştırılması büyük zorluklar oluşturur. Bu nedenle sözleşmenin uyarlanmasına ilişkin yenilik doğuran dava hakkı kullanıldıktan sonra ayrıca eda davasının da terditli olarak açılması yoktur. Kanımızca uyarlama davasında hakimın nasıl karar vereceği belirli olmadığı için buna karşılık edaya ilişkin taleplerin somutlaştırılması gerektiği için, uyarlama davasına ilişkin inşai karar kesinleştikten sonra eda davasının açılması gerekir.

Sözleşmenin uyarlanması mümkün değilse veya uyarlama mümkün olsa dahi borçludan halen ifada bulunması beklenemiyorsa son çare olarak sözleşmeden dönme veya sözleşmenin feshi yoluyla sözleşme sona erdirilir. Bu bakımdan BGB § 313’te olduğu gibi TBK m. 138’de de son çare olarak sözleşmenin sona erdirilmesi, tabiri caiz ise “sıfıra uyarlama” söz konusu olur.

Sözleşmenin uyarlanmasının mümkün olmaması kavramı, kanımızca sözleşmenin uyarlanmasının bir anlam ifade etmemesi, işlem temelinin bozulması nedeniyle sözleşmenin amacının bozulmuş olması hallerinde söz konusu olacaktır. Zira edimler arasındaki denge ilişkisinin bozulduğu hallerde çoğu zaman bir şekilde uyarlama mümkünatı bulunacaktır. Buna karşılık uyarlama imkanı varsa dahi borcun ifası borçludan beklenemeyecek halde ise sözleşme sona erdirilmelidir. Burada söz konusu olan beklenilemezlik, her somut olayın özelliklerine göre ayrı şekilde değerlendirilmelidir.

Sözleşmenin sona erdirilmesi, özel yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olup, inşai nitelikte bir irade açıklaması ile meydana gelir. Bu bakımdan uyarlama davasında aşırı ifa güçlüğü nedeniyle işlem temelinin çökmüş olduğu ve sözleşmeyle bağlı kalmanın dürüstlük kuralına göre bir taraftan beklenemeyeceğine karar verilmiş ise, ayrıca sözleşmenin uyarlanmasına imkan olmadığı da mahkemece saptanmışsa, hakim kararına ya da dava açmaya gerek kalmadan, aşırı ifa güçlüğünden mağdur olan tarafın inşai nitelikteki irade beyanı ile sözleşmeden dönme veya fesih gerçekleşir.

Yukarıda da izah ettiğimiz üzere görüşümüze göre sözleşmenin değişen şartlara uyarlanması sözleşmedeki uyarlama boşluklarını doldurmasıdır. Bu bakımdan aşırı ifa güçlüğü hallerinde hakim TMK m. 1/II uyarınca hareket eder ve dürüstlük kuralına göre sözleşmeyi değişen şartlara uyarlar. Genel olarak bu sırada hakim, makul, dürüst ve ilgili iş çevresindeki ortalama kişilerin benzeri durumlarda neyi kararlaştıracak olduğunu tespit eder ve tarafların farazi iradelerini araştırır. Ancak hakim sözleşmedeki uyarlama boşluklarını doldurma yetkisinin dışına çıkarak sözleşmenin sona erdirilmesine karar vermek yetkisi yoktur. buna karşılık sözleşmenin uyarlanma imkanı yoksa ya da edimlerin artırılması ya da eksiltilmesi yoluyla uyarlama yapılması tarafların karşılıklı menfaatlerine uygun düşmüyorsa hakim taraflara “sözleşmeyi sona erdirme hakkı” tanıyabilir. Ancak bu karar inşai bir karar değil açıklayıcı nitelikte bir karardır. Ancak bizim görüşümüze göre hakimin taraflara kanundan ya da sözleşmeden kaynaklanmayan bir “dönme hakkı” tanınması isabetli değildir. Kanımızca sözleşmeden dönme hakkı, işlem temelinin çökmüş olduğu fakat geniş anlamda uyarlama imkanının bulunmadığına ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra taraflardan birisinin tek taraflı irade beyanı ile gerçekleşir.

Nitekim TBK m. 138 hükmünden de anlaşılacağı üzere işlem temelinin çökmesi halinde borçlunun “sözleşmenin uyarlanmasını isteme” bu mümkün olmadığı takdirde “sözleşmeden dönme” hakkına sahiptir. Bu nedenle aşırı ifa güçlüğü halinde öncelikli olarak sözleşmenin uyarlanması için yenilik doğuran dava hakkının kullanılması gerekir. Bunun mümkün olmaması halinde ise özel yenilik doğuran bir hak olan sözleşmeden dönme veya fesih hakkı kullanılır.

KAYNAKÇA

- Aeppli, V. (1991). (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilbd. V 1h: Das Erlöschen der Obligationen, Erste Lieferung: Art. 114 - 126 OR, 3. Aufl., Zürich.
- Auer, M. (2005). Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit, Mohr Siebeck, Tübingen.
- Akipek, Ş. ve Küçükgüngör, E. (2002). Sözleşmeler Rehberi 2.Basım, Yetkin Kitabevi, Ankara.
- Aksoy Dursun, S. (2008). Borçlar Hukukunda Hakimin Sözleşmeyi Tamamlaması, İstanbul.
- Akyol, Ş. (1995). Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasağı, İstanbul.
- Akyol, Ş. (2006). Medeni Hukuka Giriş, İkinci Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Alangoya, Y., Yıldırım, K. ve Deren-Yıldırım, N. (2009). Medenî Usul Hukuku Esasları Genişletilmiş Gözden Geçirilmiş 7. Baskı, İstanbul.
- Andritoi, C. (2011). "The Clause "Rebus Sic Stantibus" In The State Practice", Land Forces Academy Review, 16(1): 220-252.
- Antalya, G. (1991). Hukuki İşlemlerin Şekle Bağlanması Gereken Noktaları, Hukuk Araştırmaları, s. 68-75.
- Aral, F. (2006). Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara.
- Aral, F. ve Ayrancı, H. (2015). Borçlar Hukuku (Özel Borç İlişkileri), 11. Baskı, Yetkin Yayınları.
- Arat, A. (2006). Sözleşmenin Değişen Şartlara Uyarlanması, Ankara.
- Arsebük, E. (1953). Akit Mefhumi Etrafında İncelemeler, AÜHFD, s. 369-424.
- Atamer, Y. (2004). Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu için Armağan, s. 292-331.
- Ayan, S. (2014). "Yabancı Para Borçlarının İfası", Yaşar Üniversitesi Elektronik Dergisi, 2014, s.511-569.
- Ayan, S. (2018). Kefalet Sözleşmesi, Ankara, Adalet.
- Aybay, M. E. (2016). Sözleşmenin Değişen Koşullara Göre Uyarlanması (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı İncelemesi), Prof. Dr. Cevdet Yavuz'a Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 22, S. 3, 2016. (324-348).
- Ayhan, H. (2018). Uluslararası Antlaşmalar Hukukunda Şartların Esaslı Değişikliği İlkesi; Rebus Sic Stantibus İlkesi, Adalet Yayınevi, Ankara.
- Ayrancı, H. (2003). Sözleşme Kurma Zorunluluğu, AÜHFD, 52(3): 229-252.

- Ayrancı, H. (2006). Ön Sözleşme, Ankara.
- Barlas, N. (1999). Çerçeve Sözleşme Kavramı ve Çerçeve Sözleşmelerin Özellikleri, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu'na 65. Yaş Günü Armağanı, s. 805- 828.
- Barth, H. R. (1958). Schadenersatz bei nachträglicher Unmöglichkeit der Erfüllung, Zürich.
- Başpınar, V. (1998). Borç Sözleşmelerinin Kısmî Butlanı, Ankara.
- Baygın, C. (2000). Culpa In Contrahendo Sorumluluğu ve Amerikan Hukukundaki Uygulaması, AÜEHFD., IV(1-2): 345- 377.
- Baysal, B. (2017). Sözleşmenin Uyarlanması, (BK m. 138-Aşırı İfa Güçlüğü), İstanbul.
- Baumann, M. (1998). (Zürcher) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, I. Bd: Einleitung -Personenrecht, 1. Teilband: Art. 1-7 ZGB, (Kommentierung zu Art. 2 und 3 ZGB), Zürich.
- Beale, H., Bishop, W. ve Furmston, M. (2007). Contract: Cases & Material. 5th edn Oxford Press.
- Becker, H. (1941). (Berner) Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. VI: Obligationenrecht, I. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-183 OR, 2. Aufl., Bern.
- Belling, D. (1996). Die außerordentliche Anpassung von Tarifverträgen an veränderte Umstände, NZA, s. 906 ff. (NZA).
- Belling, D. ve Hartmann, C. (1997). Die Unzumutbarkeit als Begrenzung der Bindung an den Tarifvertrag, ZfA, s. 87 ff.
- Belser, E. M. (2000). Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht, Freiburg.
- Bender, W. (2004). Der Wegfall der Geschäftsgrundlage bei arbeitsrechtlichen Kollektivverträgen am Beispiel des Tarifvertrages und des Sozialplans, Köln Univ., Diss., Köln.
- Bilge, N. (1971). Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara.
- Bischoff, J. (1983). Vertragsrisiko und clausula rebus sic stantibus, Zürich Univ., Diss., Zürich.
- Bloch, M. (2005). Feodal Toplum. (çev. M. A. Kılıçbay), 4. Basım, DoğuBatı Yayınları, Ankara.
- Brunner, C. (2009). Force Majeure And Hardship Under General Contract Principles, Kluwer Law International.
- Bucher, E. (1988). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Aufl., Zürich.
- Bullington, J. P. (1927). International Treaties and the Clause "Rebus Sic Stantibus", University of Pennyslvenia Law Review, s. 153-177.

- Burcuoğlu, H. (1945). Hukukta Beklenmeyen Hal ve Uyarlama (Taşınmaz Kirası Sözleşmelerinde ve Dövizle Endeksli Kredi Sözleşmelerinde Uyarlama Uygulaması), İstanbul.
- Busche, J. (1999). Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen, Mohr-Siebeck Verlag.
- Buz, V. (2005). Medeni Hukukta Yenilik Doğuran Haklar, Ankara.
- Buz, V. (2014). Borçlunun Temerrüdünde Sözleşmeden Dönme, Yetkin Yayınları.
- Canaris, C.-W. (2001). Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, Vortrag auf der Zivilrechtslehrertagung Berlin, JZ, s. 499 ff.
- Canbolat, F. (2012). Sözleşmelerde Amacın Gerçekleşmesi, Çökmesi ve Boşa Çıkması, Ankara.
- Chiotellis, A. (1981). Rechtsfolgenbestimmung bei Geschäftsgrundlagenstörungen in Schuldverträgen, München.
- Çapraz, N. (2001). Ekonomik Bunalımların Dünya’da ve Türkiye’de Yansımaları, İstanbul: Der Yayınları
- Çelebician Karadeniz, Ö. (2000). Roma Hukuku, 7. Basım, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara.
- Deschenaux, H. (1986). Der Einleitungstitel, Schweizerisches Privatrecht Bd. II, Basel/Stuttgart 1967, Nachdruck.
- Doğramacı, H. Ş. (2010). Çerçeve Sözleşmeler. Yayımlanmamış Doktora Tezi. Anadolu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Dural, M. (1976). Borçlunun Sorumlu Olmadığı Sonraki İmkansızlık (BK 117), Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Dural, M. (1980). Miras Sözleşmeleri, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Dural, M. ve Sarı, S. (2017). Türk Özel Hukuku, Cilt I, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul.
- Edis, S. (1973). Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Akdin Lüzumlu Vasıflarında Hata, Ankara.
- Edis, S. (1993). Medeni Hukuka Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Ankara.
- Egger, A. (1930). Zürcher Kommentar, Bd. I: Einleitung und Personenrecht (Art. 1-89 ZGB), 2. Auf., Zürich.
- Eğilmez, M. ve Kumcu, E. (2007). Ekonomi Politikası, İstanbul: Remzi Kitabevi, 11.Basım.
- Elçin Grassinger, G. (1996). Borçlar Kanunu’na Göre Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkânları, Alfa, İstanbul.

- Emmerich, V. (2005). Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl., München.
- Erdin, R. (1997). Unvorhergesehenes beim Werkvertrag mit Festpreis, Zur Tragweite von Art. 373 Abs. 2 OR, Diss. St. Gallen.
- Erdoğan, B. (1995). Roma Hukuku Tarihi Giriş, Hukuk Tarihi, Genel Kavramlar, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Eren, F. (1975). Sorumluluk Hukuku Açısından Uygun İliyet Bağ Teorisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Eren, F. (2008). İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar, Prof. Dr. Turgut Akıntürk'e Armağan, İstanbul.
- Eren, F. (2016a). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara.
- Eren, F. (2016b). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Ankara.
- Erman, H. (1973). Borçlar Hukukunda Akit Serbestisi ve Genel Olarak Sınırlamaları, İÜHFM, s. 601-619.
- Erman, H. (1979). İstisna Sözleşmelerinde Beklenmeyen Haller, İstanbul.
- Erzurumluoğlu, E. (1970). Türk-İsviçre Borçlar Hukuku Sistemine Göre Borçluya Yüklenebilen Nedenlerden Dolayı Edimin Yerine Getirilememesi, Ankara.
- Esser, J. (1958). Fortschritte und Grenzen der Theorie von der Geschäftsgrundlage bei Larenz, JZ, s. 115 ff.
- Esser, J. ve Schmidt, E. (2000). Schuldrecht Bd. I, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8. Aufl., Heidelberg.
- Feyzioğlu, N. (1978). Borçlar Hukuku İkinci Kısım Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri) Cilt I, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Fakülteler Matbaası.
- Fikentscher, W. (1971). Die Geschäftsgrundlage als Frage des Vertragsrisikos, München.
- Fikentscher, W. ve Heinemann, A. (2006). Schuldrecht, 10. Aufl., Berlin.
- Finkenauer, T. (2012). Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 6. Auflage, München.
- Flume, W. (1979). Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band: Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., Berlin.
- Funken, K. (2009). Anerkennungsprinzip Internationalen Privatrecht, Tübingen, Mohr-Siebeck Verlag.
- Gaier, R. (2003). Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 314 BGB), 4. Aufl., München. (MünchKomm/Gaier).
- Gauch, P. (1968). System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg Univ., Diss., Freiburg.

- Gauch, P. (1996). Werkvertrag, 4. Auf., Zürich.
- Gauch, P. ve Schluep, W. (1995). Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band III, 6. Auf., Zürich.
- Gauch, P., Schluep, W. R., Schmid, J. ve Rey, H. (2003). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil ohne ausservertragliches Haftpflichtrecht, Bd. I, 8. Aufl., Zürich.
- Gökyayla, K. E. (2009). Eser Sözleşmesinde Ek İş ve İş Değişikliği, İstanbul.
- Gönensay, S. (1939). Mukavelelerin Hâkim tarafından Tadil veya Feshi, Cemil Bilsel'e Armağan, Kenan Basımevi, İstanbul, s. 161-171.
- Görk, S. (1995). Deutsche Einheit und Wegfall der Geschäftsgrundlage: Vertragsstörungen aufgrund des Zusammenbruchs der sozialistischen Planwirtschaft in der DDR und der deutsch-deutschen Vereinigung, München.
- Gözler, K. (2009). İdare Hukuku, Bursa, Ekin Kitabevi, Cilt II, İkinci Baskı.
- Grüneberg, C. ve Roth, H. (2003). Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1, Gesamtsachverzeichnis §§ 1-610 BGB, (Kommentierung zu §§ 242, 275, 313 und 314 BGB), Herausgegeben von Bamberger, Georg/Roth, Herbert, München. (Bamberger/Roth-Grüneberg).
- Guhl, T., Koller, A., Schnyder, A. K. ve Druet, J. N. (2000). Das Schweizerische Obligationenrecht mit Einschluss des Handels- und Wertpapierrechts, 9. b., Schulthess, Zürich.
- Gümüş, M. A. (2012). 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'na Göre Kira Sözleşmesi, İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2013). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:1, İstanbul.
- Gümüş, M. A. (2014). Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Cilt:2, İstanbul.
- Günday, M. (2017). İdare Hukuku, 11. Baskı, Ankara, İmaj Yayınevi.
- Güran, T. (1991). İktisat Tarihi, Acar Yayıncılık, İstanbul.
- Gürsoy, K. T. (1950). Hususi Hukukta Clausula Rebus Sic Stantibus, Emprevizyon Nazariyesi, Ankara.
- Gürzümar, O. B. (1995). Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistem"lerin Hukuken Korunması, İstanbul.
- Haarmann, W. (1979). Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Dauerrechtsverhältnissen, Münster Univ., Diss., Berlin.
- Harke, J. D. (2001). Unmöglichkeit und Pflichtverletzung: Römisches Recht, BGB und Schuldrechtsmodernisierung, Jahrbuch Junger, Zivilrechtswissenschaftler, Das Neue Schuldrecht, Stuttgart, Berlin, München, s. 29-59.

- Hatemi, H. (2018). Miras Hukuku, İstanbul.
- Hatemi, H. ve Gökyayla, E. (2015). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 3. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul.
- Heaton, H. (2005). Avrupa İktisat Tarih, (çev. M. A. Kılıçbay ve O. Aydoğuş), 1. Basım, Paragraf Yayınları, Ankara.
- Heinrichs, H. (2004). Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 63. Aufl., (Kommentierung zu §§ 157, 275, 313 und 314 BGB), München.
- Hirsch, C. (2005). Kündigung aus wichtigem Grund und Geschäftsgrundlage, Berlin.
- Hohloch, G. (2004). Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. I, (Kommentierung zu §§ 242, 313 und 314 BGB), 11. Aufl., Münster/Köln.
- Honsell, H. (2002). Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Zivilgesetzbuch I, Art. 1 - 456 ZGB, (Kommentierung zu Art. 1 und 2 ZGB), 2. Aufl., Basel. (BaslerKommentar/Honsell)
- Honsell, H., Vogt N. P. ve Wiegand, W. (2003). Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1-529. b., Helbing&Lichtenhahn, Basel-Frankfurt am Main.
- Höfling, W. (1991). Vertragsfreiheit, Heidelberg, C. F. Müller Juristischer Verlag.
- Huber, U. (1972). Verpflichtungszweck, Vertragsinhalt und Geschäftsgrundlage, JuS, s. 57 ff.
- Huguenin-Jacobs, C. (2006). Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Schulthess, Zürich.
- Hübner, U. (1990). Preis, Preisfreiheit und rechtliche Instrumente der Preiskontrolle in der sozialen Marktwirtschaft, Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin, s. 589 ff.
- Hürlimann, R. (1984). Teilnichtigkeit von Schuldverträgen, Freiburg/Schweiz.
- İşıktaç, Y. (2007). Hukukun Kaynağı Olarak Sözleşme, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- İmre, Z. (1976). Medeni Hukuka Giriş, Temel Kavramlar, Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri ve Hakiki Şahıslar Hukuku, 2. Bası, İstanbul.
- İnce, N. (2016). Alman Hukukunda İfa İmkansızlığı ile İşlem Temelinin Bozulması Arasındaki İlişki, LHD, 14(165): 4845- 4906.
- Jäggi, P. ve Gauch, P. (1980). (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Obligationenrecht, Teilband VIb: Art. 18 OR, 3. Aufl., Zürich, (Art. 18 OR).
- Jauernig, O. (2003). Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, mit Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Kommentar, (Kommentierung zu § 133 BGB), 10. Aufl., München. (Jauernig/Yazar Adı).
- Kaneti, S. (1972). Hukuki İşlemlerin Çevrilmesi (Tahvili), İstanbul.

- Kapancı, K. B. (2015). Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, 2. Baskı, İstanbul, Vedat Yayıncılık.
- Kaplan, İ. (1987). Hâkimin Sözleşmeye Müdahalesi, Sözleşmenin Yorumu, Sözleşmenin Tamamlanması, Sözleşmenin Değişen Hâl ve Şartlara Uydurulması, Ankara.
- Karahasan, M. R. (2003). Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul.
- Karluk, R., (2005. Cumhuriyet'in İlanından Günümüze Türkiye Ekonomisinde Yapısal Dönüşüm, İstanbul: Beta Yayın, 10. Baskı.
- Kaufmann, E. (1911). Das Wesen des Völkerrechts und die clausula rebus sic stantibus, Tübingen.
- Kazgan, G. (2008). "Türkiye'de Ekonomik Krizler: (1929-2001) Nedenleri ve Sonuçları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İrdeleme", (İstanbul Bilgi Üniversitesi), 2526-27 Eylül, DEGEV-Türkiye İş Bankası.
- Kegel, G. (1953). Empfiehlt es sich, den Einfluss grundlegender Veränderungen des Wirtschaftslebens auf Verträge gesetzlich zu regeln und in welchem Sinn? Sonderdruck aus Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, Bd. I: Gutachten, Tübingen, s. 135 ff.
- Keller, M. ve Schöbi, C. (1988). Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I: Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel und Frankfurt.
- Kılıçoğlu, M. A. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, Ankara.
- Kırca, Ç. (2004). Bilgi Vermeden Dolaylı Üçüncü Kişiye Karşı Sorumluluk, Ankara.
- Klinke, U. (1983). Causa und genetisches Synallagma – Zur Struktur der Zuwendungsgeschäfte, Berlin.
- Kocaağa, K. (2008). "Sözleşmenin Kurulabilmesi İçin Tarafların İrade Beyanları Arasındaki Uygunluğun Kapsamında Yer Alması Gereken Noktalar", TBB Dergisi, (79): 73-102.
- Kocaağa, K. (2014). İnşaat Sözleşmesi, Yetkin Yayınları.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1987). Miras Hukuku, değiştirilmemiş 3. B., Filiz Kitapevi, İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (1996). "Değişik Kısmî Hükümsüzlük" ve "Genişletilmiş Kısmî Hükümsüzlük" Kavramları ile İlgili Düşünceler, Selim Kaneti'ye Armağan, İstanbul, s. 25-33.
- Kocayusufpaşaoğlu, N. (2000). İşlem Temelinin Çökmüş Sayılabilmesi İçin Sosyal Felaket Olarak Nitelendirilebilecek Olağanüstü Bir Olayın Gerçekleşmesi Şart mıdır?, Prof. Dr. Kemal Oğuzman' ın anısına Armağan, İstanbul, s. 503-514.

- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2016). İfa, İfa Engelleri Haksız Zenginleşme, Üçüncü Cilt, İstanbul.
- Kocayusufpaşaoğlu, N., Hatemi, H., Serozan, R. ve Arpacı, A. (2017). Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Birinci Cilt, İstanbul.
- Kocshaker, P. ve Ayiter, K. (1993). Paul Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Matbaası, İzmir.
- Koffman, L. ve Macdonald, E. (1998). The Law of Contract, Tolley.
- Koller, A. (2006). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen des Obligationenrechts Entstehung der Obligationen, Bd. I, Bern.
- Köbler, R. (1991). Die clausula rebus sic stantibus als allgemeiner Rechtsgrundsatz, Tübingen.
- Köhler, H. (1971). Unmöglichkeit und Geschäftsgrundlage bei Zweckstörungen im Schuldverhältnis, München.
- Köhler, H. (2000). Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I. Bürgerliches Recht, München, s. 295 ff. (FG 50 Jahre BGH).
- Kramer, E. A. ve Schmidlin, B. (1986). Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 1. Teilband.: Allgemeine Einleitung in das schweizerische Obligationenrecht und Kommentar zu Art. 1 - 18 OR, (Kommentierung zu Art. 18 OR), Bern. (Kramer ve Schmidlin (Yazar Adı)).
- Krebs, P. (2005). Anwaltkommentar, DeutscherAnwaltVerein, BGB, Band 2: Schuldrecht, Teilband 1: §§ 241 bis 610 BGB, (Kommentierung zu §§ 313 und 314 BGB), Bonn.
- Krückmann, P. (1929). Die Voraussetzung als virtueller Vorbehalt, AcP 131, s. 1 ff.
- Kuntalp, E. (2013). Karışık Muhtevalı Akit, Banka ve Ticaret Hukuku Enstitüsü Yayınları, Ankara.
- Kuru, B. (1958). 1794 Tarihli Prusya Umumî Memleket Kanununda (ALR) ve 1811 Tarihli Avusturya Medenî Kanununda (ABGB) Kanunların Tefsiri, AHFD, 1(4): 102-140.
- Kuru, B. (1961). Nizasız Kaza, Ajans Türk Matbaası, Ankara.
- Kuru, B., Arslan, R. ve Yılmaz, E. (2014). Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 25. Bası, Ankara.
- Küçükyağcı, A. (2004). Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması, AÜHFD, LIII(4): 101-124.

- Lange, H. (1958). Ausgangspunkte, Wege und Mittel zur Berücksichtigung der Geschäftsgrundlage, Festschrift zum 70. Geburtstag von Paul Gieseke, Karlsruhe, s. 21 ff.
- Larenz, K. (1963). Geschäftsgrundlage und Vertragserfüllung, Die Bedeutung “veränderter Umstände” im Zivilrecht, 3. Aufl., München.
- Larenz, K. (1979). Richtiges Recht, Grundzüge einer Rechtsethik, München.
- Larenz, K. (1987). Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 14. Aufl., München.
- Larenz, K. (1991). Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin. (Methodenlehre).
- Larenz, K. ve Wolf, M. (2004). Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., München.
- Lembke, G. (1991). Vorhersehbarkeit und Geschäftsgrundlage, Köln.
- Lenel, O. (1889). Die Lehre von der Voraussetzung, AcP 74, s. 213 ff.
- Mayer-Maly, T. (1993). Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil §§ 1-240 BGB, Bd. 1, (Kommentierung zu § 157 BGB), 3. Aufl., München.
- Mayer-Maly, T. ve Busche, J. (2001). Bürgerlichen Gesetzbuch, Allgemeiner Teil §§ 1-240 BGB, Bd. 1, (Kommentierung zu § 157 BGB), 4. Aufl., München. (MünchKommMayer- Maly/Busche).
- McKendrick, E. (1995). Force Majeure And Frustration Of Contract, 2.b., Lloyd’s of London Press, London.
- McKendrick, E. (2005). Contract Law, Text, Cases and Materials, Oxford University Press, 2. b., Oxford.
- Medicus, D. (2002). Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl., Heidelberg.
- Medicus, D. ve Lorenz, S. (2010). Schuldrecht I AT, 19. Neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck München.
- Medicus, D. ve Petersen, J. (2013). Bürgerliches Recht Eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 24., neu bearbeitete Auflage.
- Meier-Hayoz, A. (1951). Verträge (gesetzliche nicht geregelte) SJK. Nr.1134-1135.
- Meier-Hayoz, A. (1951). Der Richter als Gesetzgeber, Zürich, Juris Verlag.
- Meier-Hayoz, A. (1966). Berner Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht Einleitung Art. 1-10, Bd. I, 1. Abteilung, Bern, Stämpfli. (Berner Komm./ Meier-Hayoz).
- Merz, H. (1942). Die Revision der Verträge durch den Richter, ZSR 61, s. 393a ff. (ZSR).
- Merz, H. (1962). Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung, Kommentar zu Art. 2 ZGB, Bern. (BernerKommentar/Merz).

- Merz, H. (1970). Privatautonomie Heute, Grundsatz und Rechtswirklichkeit. (Privatautonomie).
- Muthers, C., Henssler, M. ve von Westphalen, F. (2002). Praxis der Schuldrechtsreform, 2., aktualis. u. wesentl. erw. Aufl.
- Nauen, B. (2001). Leistungerschwerung und Zweckvereitelung im Schuldverhältnis, Berlin.
- Nicklisch, F. (1980). Ergänzende Vertragsauslegung und Geschäftsgrundlagenlehre- ein einheitliches Rechtsinstitut zur Lückenausfüllung? BB, s. 949 ff.
- Nomer, H. N. (2017). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- Odabaşı, Y. (2010). “Küresel Kriz Ortamında Tüketici Davranışları”, Müberra Babaoğlu ve Arzu Şener, (Ed.), Tüketici Yazıları II, Hacettepe Üniversitesi, Tüketici-Pazar-Araştırma-Dayanışma, Test ve Eğitim Merkezi.
- Oertmann, P. (1921). Die Geschäftsgrundlage, Ein neuer Rechtsbegriff, Leipzig.
- Oftinger, K. (1939/40). Die kriesenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge (Von der sog. clausula rebus sic stantibus), SJZ 36, s. 229 ff. und 245 ff.
- Oftinger, K. (1948). Vertragsfreiheit, in “Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht”, Zürich.
- Oftinger, K. (1978). Ausgewählte Schriften, Zürich.
- Oğuzman, K. ve Barlas, N. (2017). Medeni Hukuk, Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, İstanbul.
- Oğuzman, K. ve Öz, T. (2018). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul.
- Oser, H. ve Schönenberger, W. (1929). (Zürcher) Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Bd.: Das Obligationenrecht, 1. Halbband.: Art. 1 - 183 OR, 2. Aufl., Zürich.
- Öktem, N. (2011). “Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi”, Anayasa Yargısı, 28, s. 82-96.
- Önen, E. (1981). İnşai Dava, Ankara.
- Öz, T. (1989). İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi, İstanbul.
- Öz, T. (1990). Öğreti ve Uygulamada Sebepsiz Zenginleşme- Borçlar Kanunu 61-66. Maddelerine İlişkin İçtihatlar ile, Kazancı, İstanbul.
- Öz, T. (2010). Vakıf Senedinde Aksine Hüküm Bulunmasına Rağmen Vakıf Mallarının Değiştirilmesi, Prof. Dr. M. Kemal Oğuzman'ın Anısına. Armağan, İstanbul, s. 753-769.
- Özen, B., (2016). Kefalet Sözleşmesi (6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde), 4. Baskı, İstanbul, Vedat Kitapçılık.

- Özsunay, E. (1986). Medeni Hukuka Giriş, Gözden Geçirilmiş 5.Bası, Güryay Matbaası, İstanbul.
- Pekcanıtez, H., Atalay, O. ve Özekes, M. (2006). Medeni Usul Hukuku, 5. Bası, Ankara.
- Peters, C. (2009). The Implication Of Terms In Fact, The Cambridge Law Journal.
- Pichonnaz, P. (1997). Impossibilité et exorbitance, Ed. Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg.
- Pichonnaz, P. (2011). From Clausula rebus Sic Stantibus To Hardship: Aspects Of The Evolution Of The Judge's Role, Fundamina: A Journal of Legal History, s.125-143.
- Poole, J. (2006). Textbook On Contract Law, 8th edn Oxford University Press.
- Rado, T. (2018). Roma Hukuku Dersleri, 14. Bası, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Reichel, H. (1933). Vertragsrücktritt wegen veränderter Umstände, Berlin.
- Rein, W. (1858). Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von den ältesten Zeit bis auf Justiniaus, Leipzig, Friedrich Fleicher.
- Reisoğlu, S. (2014). Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, 25. Baskı, İstanbul.
- Rieder, R. (1951). Das Eingriffsrecht des Richters in bestehende Verträge auf Grund veränderter Umstände, Basel.
- Roth, H. (2003). Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2 a, Schuldrecht Allgemeiner Teil, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 313 BGB), 4. Aufl., München. (MünchKomm-Roth).
- Rüthers, B. (1997). Die unbegrenzte Auslegung, 5. Aufl., Heidelberg.
- Schlageter, M. (1945). Die Vertragsänderung durch den Richter auf Grund veränderter Umstände, Basel.
- Schmidt, J. (1995). J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu § 241 BGB ff., §§ 241-243 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 13. Aufl., Berlin. (StaudingersKomm- Schmidt).
- Schmiedlin, S. (1985). Frustration of Contract und clausula rebus sic stantibus, Eine rechtsvergleichende Analyse, Basel and Frankfurt am Main: Helbing & Lichtenhahn.
- Schmitz, F. (1945). Veränderte Umstände und clausula rebus sic stantibus im schweizerischen Privatversicherungsrecht, Bern Univ., Diss., Bern.
- Schönle, H. (1993). Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, TeilBand V 2a, Erste Lieferung, (Art. 184-191 OR), Herausgegeben von Peter Gauch, Zürich, Schulthess.

- Schulze, R. (2005). NomosKommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden. (HandKommentar/Schulze).
- Schwarz, A. (1944). Harbin Hususi Akitler Üzerine Etkisi Harbin Hususi Akitler Üzerindeki Tesiri”, Adliye Dergisi, s. 186- 202.
- Schwenzer, I. (2006). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl., Bern.
- Seichter, D. K. (1971). Beiderseits zu vertretende Unmöglichkeit beim gegenseitigen vertrag, Hamburg.
- Seliçi, Ö. (1977). Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul.
- Serozan, R. (1983). Einschränkung der Vertragsfreiheit durch soziale Schutzgedanken, JurBl., 561 ff. (Vertragsfreiheit).
- Serozan, R. (2000a). Karşılıklı sözleşmelerde baştan dayatılmış veya sonradan oluşmuş edimler arası dengesizliğin uyarılma yoluyla düzeltilmesi -kronolojik açıdan ayrımlı olguları ortak bir rejime bağlama denemesi, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın anısına Armağan, İstanbul, s. 1013 vd.
- Serozan, R. (2000b). Taşınır Mülkiyetinin Devrinde Ayni Tasarruf Sözleşmesinin Borçlanma Sözleşmesinden Ayrılığı ve Soyutluğu, Prof. Dr. Tahir Çağa'nın Anısına Armağan, Beta, İstanbul, 397-412.
- Serozan, R. (2004a). Medeni Hukuk, Genel Hükümler, İstanbul.
- Serozan, R. (2004b). Sözleşme İlişkisinin Çözülmesi: Sözleşme Gereğince Elde Edilmiş Edimi Geri Verme Yükümü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Seçkin, Ankara, 195-207.
- Serozan, R. (2006). BK Tasarısının Eksiklik ve Aksaklıklarının İfa ve İfa Engelleri Hukuku Alanından Örneklerle Sergilenmesi, HPD, Mayıs, 2006/6, (38-51).
- Serozan, R. (2007). Sözleşmeden Dönme, İstanbul.
- Serozan, R. ve Engin, B. İ. (2018). Miras Hukuku, İstanbul.
- Sieghart, A. (1924). Der Einfluss veränderter Verhältnisse auf laufende Verträge nach der Praxis schweizerischer Gerichte seit dem Kriege, Festgabe der juristischen Fakultät der Universität Freiburg (Schweiz) zur 59. Jahresversammlung des Schweizerischen Juristenvereins, Freiburg, s. 77 ff.
- Sirmen, L. (1992). Türk Özel Hukukunda Şart, Ankara.
- Slapper G. ve Kelly D. (2012). The English Legal System (2012-13), 13th ed., Routledge, Abingdon.

- Sönmez, C. (2009). Güncel Ekonomik Sorunlar: Global Kriz, Uzunoğlu, Sadi, (Ed.), Küresel Krizin Çıkış Kaynağı: Mortgage Kredileri, İstanbul: Literatür Yayınları
- Stadler, A. (2004). Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar,(Kommentierung zu §§ 275, 313 und 314 BGB), 11. Aufl., München. (JauernigKomm- Stadler).
- Sulzer, S. R. (2002). Zweckstörungen im schweizerischen Vertragsrecht, Zürich.
- Sungur, H. (1943). Borçlar Kanunu ve Tatbikatı II, Akdin Muhtelif Nevileri, Cumhuriyet Matbaası, BK m. 365, İstanbul, s. 240/241.
- Sungurbey, İ. (1974). Dürüstlük İlkesinin İkincilliği (taliliği) – MK 2’deki dürüstlük ilkesinin sonucu olan clausula rebus sic stantibus’tan ya da objektif işlem temelinin çökmesinden ve BK 264’deki önemli nedenden dolayı sözleşmeye son vermenin gerekleri, Medeni Hukuk Sorunları, İkinci Cilt, İstanbul, s.123 vd.
- Sungurbey, İ. (1984). Clausula Rebus Sic Stantibus İlkesi, Medeni Hukuk Sorunları, Beşinci Cilt, İstanbul.
- Şener, O. H. (2017). Teorik ve Uygulamalı Ortaklıklar Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık.
- Şenol, K. E. (2016). “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27”, İÜHFM, 74(2): 709-738.
- Şıpka, Ş. (1994). Türk Hukukunda Kanuni Önalım (Şu’fa) Hakkı – Hukuki Niteliği ve Kullanma Koşulları, İstanbul.
- Tahiroğlu, B. ve Erdoğan, B. (2003). Roma Hukuku Dersleri, Der Yayınları, Ankara.
- Tandoğan, H. (1985a). Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/1, 5. Bası, İstanbul.
- Tandoğan, H. (1985b). Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, Ankara.
- Tandoğan, H. (1987). Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt II, 3. Bası, Ankara. (I,II).
- Tandoğan, H. (2010). Türk Mesuliyet Hukuku, Akit Dışı ve Akdi Mesuliyet, İstanbul.
- Teichmann, A. (1990). Soergel, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht I, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 242 BGB), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln.
- Tercier, P., Pichonnaz, P. ve Develioğlu, M. (2016). Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul.
- Tekinay, S. S., Akman, S., Burcuoğlu, H. ve Altop, A. (1993). Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul.
- Titze, H. (1921). Richtermacht und Vertragsinhalt, Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen.

- Tokgöz, E. (1999). Türkiye'nin İktisadi Gelişme Tarihi (1914-1999), Ankara: İmaj Yayıncılık, 5. Baskı.
- Topuz, S. (2009). Denge Bozulması ve İfa Güçlüğü Durumlarında Sözleşmeye Müdahale (Hakimin Sözleşmeyi Uyarlaması), Ankara.
- Trakman, L. E. (1983). Frustrated Contracts and Legal Fictions, *The Modern Law Review*, s. 39-55.
- Treitel, G. (2004). Frustration and force majeure, 2.b., Thomson Sweet & Maxwell, London. (Force Majeure).
- Treitel, G. H. (2003). Law of Contracts, 11. b., Thomson Sweet & Maxwell, London. (Law of Contracts).
- Tunçomağ, K. (1966). Alman Hukukunda Borcun İfasında Aşırı Güçlük (Muamelenin Temeli) ile İlgili Objektif Görüşler, *İÜHFM*, 32(2-4): 884-905. (Muamelenin Temeli).
- Tunçomağ, K. (1976). Türk Borçlar Hukuku, Cilt I, Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul.
- Tüzüner, Ö. ve Öz, K. (2015). Aşırı İfa Güçlüğüne İlişkin İçtihat İncelemesi, *Ankara Barosu Dergisi*, S. 3, 2015. (421-470).
- Uluslan, İ. (1977). Medeni Hukukta Fedakârlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, Fakülteler Matbaası, İstanbul.
- Umur, Z. (1987). Roma Hukuku Ders Notları, Beta Kitabevi İstanbul.
- Unberath, H. (2012). Kommentar Zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, §§ 1-610 CISG, 3. Aufl., München.
- Van Zyl, D. H. (1983). History and Principles of Roman Private Law, Butterworth Publishers.
- Vogt, H. U. (2013). Schweizer Obligationenrecht 2020 Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil, "Schulthess Juristische Medien AG", s. 61-63.
- von Büren, B. (1964). Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich.
- von Tuhr, A. ve Peter, H. (1979). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich.
- von Tuhr, A. ve Escher, A. (1974). Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts Bd. II, 3. Aufl., Zürich.
- Weber, R. H. (2000). Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. VI: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 5. Teilband: Die Folgen der Nichterfüllung, Art. 97 – 109 OR, Bern.
- Weber, W. (1961). J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zu § 241 ff. BGB, §§ 241- 243 BGB, (Kommentierung zu §242 BGB), 11. Aufl., Berlin. (StaudingersKomm- Weber).

- Weiskopf, N. (1970). Frustration of Contractual Purpose-Doctrine or Myth, St. John's Law Review.
- Widmer, U. (1971). Der richterliche Eingriff in den Vertrag, Zürich.
- Wiedemann, H. (1990). Soergel, Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 2: Schuldrecht I, §§ 241-432 BGB, (Kommentierung zu § 275 BGB), 12. Aufl., Stuttgart/Berlin/ Köln. (Soergel-Wiedemann).
- Wiegand, W. (1996). Basler Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I, Art. 1 - 529 OR, (Kommentierung zu Art. 18 OR und 119 OR), 2.Aufl., Basel/Frankfurt. (BaslerKommentar/Wiegand).
- Windscheid, B. (1850). Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, Düsseldorf.
- Windscheid, B. ve Kipp, T. (1906). Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I 9. Aufl., Frankfurt.
- Winiger, B. (2003). Commentaire Romand, Code des obligations I, Code des obligations art. 1-529, Loi sur le crédit à la consommation, Loi sur les voyages à forfait, commentaire, Genève, Bâle, Munich.
- Yavuz, C., Acar, F. ve Özen, B. (2016). Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), Beta, İstanbul.
- Yılmaz, H. (2006). İhtirazi Kayıt İradesinin Açıklanması (İhtirazi Kayıt İleri Sürme Hakkının Kullanılması), TBB Dergisi, (66), s. 307-329.
- Yılmaz, S. (2010). Dövizli Endeksli Tüketici Kredilerinde Uyarılama Sorunu ve Yargıtay'ın Bakışı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 59, Yıl: 2010, Sayı: 1, (131-172).
- Yongalık, A. (2010). Şahıs Şirketlerinde Ortak Davası (Actio Pro Socio), Ankara.
- Zevkliler, A. ve Gökyayla, K. E. (2017). Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul.
- Zimmermann, R. (1979). Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung ansöbzigübermäßiger Verträge, Berlin.

ÖZGEÇMİŞ

Adı ve SOYADI	Latif TİLE
EĞİTİM DURUMU	
Mezun Olduğu Lise	Alanya Lisesi, Alanya
Lisans Diploması	Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2010
Yüksek Lisans Diploması	Kadir Has Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı, 2013
Tez Konusu	“Türk Hukuku’nda Joint Venture Düzenlemeleri”
Yabancı Diller	İngilizce, Almanca
E-Posta	latiftile@gmail.com